

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Nelson Finotti Silva

**Substituto Processual: limites subjetivos da coisa julgada
em relação ao substituído diante das garantias
constitucionais do Acesso à Justiça e do Contraditório**

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Nelson Finotti Silva

**Substituto Processual: limites subjetivos da coisa julgada em
relação ao substituído diante das garantias constitucionais do
Acesso à Justiça e do Contraditório**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais – subárea Direito Processual Civil), sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

**SÃO PAULO
2008**

BANCA EXAMINADORA

São Paulo, ____ de _____ de 2.008.

DEDICATÓRIA

A Eliane e Rafael que sempre apoiaram os meus sonhos e a concretização dos mesmos, ainda que tivessem que suportar em silêncio a minha ausência.

Aos meus pais Maria Henrique e Genézio, que nunca mediram esforços na minha formação.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Sérgio Shimura, de quem tenho a honra de ser orientando, registro a minha eterna gratidão pela confiança depositada e não menos importante a doação do seu valioso e preciso conhecimento jurídico, e no exemplo de vida que é.

Agradeço ao Professor e Amigo Anselmo Prieto Alvarez, pela inestimável ajuda.

Enfim, a todos que colaboraram direta ou indiretamente para a realização deste trabalho, em especial ao Centro de Estudos da Procuradoria Geraldo Estado de São Paulo que propiciou em todos os sentidos esta oportunidade.

RESUMO

A partir da Constituição de 1988, o sistema processual brasileiro sofreu profundas mudanças com a inclusão de princípios e garantias processuais no corpo da Lei Maior, os quais antes não existiam e irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico processual civil. Os princípios e garantias constitucionais são estruturantes do sistema processual, remetendo o operador do direito a investigar e reler as normas processuais a partir da Constituição Federal. A Constituição está condicionada a um momento histórico, não podendo se separar desta realidade concreta de seu tempo. A nova realidade constitucional resgatou a força normativa da Constituição. Os princípios e garantias apontam a direção e qualquer que seja a norma que neles se sustenta, não pode contrariar o norte imposto; não cabe, pois, ao intérprete nenhuma conclusão que possa contrariar os princípios e garantias constitucionais, sob pena de comprometer toda a estrutura constitucional. Não há a menor dúvida de que a Constituição de 1988 trouxe uma nova concepção de Estado e valores por ele protegidos e, no que diz respeito ao processo civil em particular, o sistema processual, como já afirmado, sustentado em princípios fundamentais constitucionais impondo uma ordem político-jurídica como um todo, tem a sua sustentação em quatro alicerces: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. Constituem estes a estrutura normativa constitucional e o presente trabalho procura, através do exame dos princípios e garantias constitucionais do acesso à justiça e do contraditório, rever o instituto do substituto processual e a coisa julgada, diante da força normativa constitucional dos princípios e garantias mencionados.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Direito Processual, princípios e garantias, contraditório, acesso à justiça, substituto processual, coisa julgada.

RESUMEN

Con la Constitución de 1988 el sistema procesal brasileño ha sufrido profundos cambios por la inclusión de principios y garantías procesales en el cuerpo de la Ley Mayor, los cuales antes no existían y empezaron a irradiar efectos sobre el ordenamiento jurídico procesal civil. Los principios y garantías constitucionales son estructurantes del sistema procesal y remiten al operador del derecho investigar y releer las normas procesales desde la Constitución Federal. La Constitución está condicionada a un momento histórico, y no puede separarse de esta realidad concreta de su tiempo. La nueva realidad constitucional ha rescatado la fuerza normativa de la Constitución. Los principios y garantías señalan la dirección, y una norma cualquiera que en ellos se sostenga no puede oponerse al norte impuesto; no cabe, pues, al intérprete ninguna conclusión que pueda contrariar los principios y garantías constitucionales, so pena de comprometer toda la estructura constitucional. No hay la menor duda de que la Constitución de 1988 ha traído una nueva concepción de Estado y valores por él protegidos y, por lo que respecta al proceso civil en particular, el sistema procesal como afirmado anteriormente, al sostenerse en principios fundamentales constitucionales e imponer un orden político-jurídico como un todo, tiene su sustentación en cuatro bases: la jurisdicción, la acción, la defensa y el proceso. Éstos constituyen la estructura normativa constitucional y el presente trabajo busca, a través del examen de los principios y garantías constitucionales del acceso a la justicia y del contradictorio, rever el instituto del sustituto procesal y cosa juzgada ante la fuerza normativa constitucional de los principios y garantías mencionados.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Derecho Procesal, principios y garantías, contradictorio, acceso a la justicia, sustituto procesal, cosa juzgada.

RIASSUNTO

Dalla Costituzione di 1988, il sistema processuale brasiliano subì profondi cambiamenti con l'inclusione di principi e garanzie processuali al corpo della Legge Suprema, i quali innanzi non vi erano e irradiano effetti sul tutto l'ordinamento giuridico processuale civile. I principi e le garanzie costituzionali strutturano il sistema processuale, riportando l'operatore del diritto ad una investigazione e rilettura delle norme processuali, a partire dalla Costituzione Federale. La Costituzione è condizionata ad un momento storico e non si può separarla da questa realtà concreta del suo tempo. La nuova realtà costituzionale recuperò la forza normativa della Costituzione. I principi e le garanzie indicano la direzione e qualunque sia la norma che su essi si appoggia, non può contrariare il nord imposto; non appartiene, quindi, all'interprete nessuna conclusione che possa contrariare i principi e garanzie costituzionali, sotto pena di compromettere tutta la struttura costituzionale. Non vi sono assolutamente dubbi che la Costituzione di 1988 introdusse una nuova concezione di Stato e valori da esso protetti e, per quanto riguarda il processo civile in particolare, il sistema processuale, come già affermato, appoggiato su dei principi fondamentali costituzionali impondo un ordine politico-giuridico come un tutto, ha le sue basi su quattro punti fondamentali: la giurisdizione, l'azione, la difesa ed il processo; essi compongono la struttura normativa costituzionale. Per mezzo dell'esame dei principi e garanzie costituzionali di accesso alla giustizia e del contraddittorio, si cerca, con il presente lavoro, di rivedere l'istituto del sostituto processuale e la cosa giudicata, dinanzi alla forza normativa costituzionale dei suddetti principi e garanzie.

Parole chiavi: Diritto Costituzionale, Diritto Processuale, principi e garanzie, contraddittorio, accesso alla giustizia, sostituto processuale, cosa giudicata.

ABSTRACT

Since the 1988 Constitution, Brazilian procedural system has suffered deep changes with the inclusion of principles and procedural warranties within it. These did not exist before and provoke effects into all civil procedural jural order. The principles and constitutional warranties are the basis of the procedural system, remanding the right operator to investigate and reread the procedural rules from National Constitution. The Constitution is embodied in a historical period and cannot be separated from this time concrete reality. The principles and the warranties point the direction and whatever the rule supported by them is not supposed to contradict the imposed North; thus, the interpreter has no right to any conclusion that might vitiate all constitutional structure. It is undisputed that the 1988 Constitution has brought a new conception of State and the values assured by it. Specifically concerning the civil procedure, the procedural system, as mentioned before, supported by constitutional fundamental principles and imposing a jural political order as a whole, has been maintained upon four bases: the jurisdiction, the action, the defense and the proceeding. These constitute the normative constitutional structure and the present work seeks to, through examining the constitutional principles and warranties of the access to justice and adversary, reevaluate the institute of procedural substitute and the *res judicata* in the presence of constitutional normative force of mentioned principles and warranties.

Key words: Constitutional Law, Procedural Law, principles and warranties, contradictory, access to Justice, procedural substitute, *res judicata*.

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Capítulo I –	
Constituição e Processo.....	15
Capítulo II –	
Princípios do Processo Civil.....	27
2.1 Noções gerais.....	27
2.2 Princípios informativos do processo civil.....	36
2.3 Princípios constitucionais do processo civil.....	44
2.3.1 Princípio do devido processo legal.....	49
2.3.2 Princípio da igualdade.....	53
2.3.3 Princípio do juiz natural e do promotor natural.....	55
2.3.4 Princípio da proibição da prova ilícita.....	61
2.3.5 Princípio da publicidade dos atos processuais.....	65
2.3.6 Princípio da motivação das decisões judiciais.....	68
2.3.7 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	70
2.3.8 Princípio da celeridade processual	81
Capítulo III -	
Princípios do Acesso à Justiça e do Contraditório.....	85
3.1 Noções gerais.....	85
3.2 Princípio do acesso à justiça.....	88
3.3 Princípio do contraditório.....	97
Capítulo IV –	
Conceito de Partes e Terceiro no Processo Civil.....	112

4.1 Noções gerais.....	112
4.2 Conceito de parte.....	116
4.2.1 Capacidade de ser parte e de estar em juízo.....	130
4.2.2 Da aquisição da qualidade de ser parte.....	131
4.2.3 Princípios relativos às partes.....	133
4.2.4 Da pluralidade de partes.....	135
4.2.5 Da legitimação ordinária e extraordinária.....	137
4.3 Conceito de terceiros no processo civil.....	138
Capítulo V –	
Substituto Processual.....	143
5.1 Noções gerais.....	143
5.2 Conceito.....	150
5.3 Classificação.....	154
5.4 Atuação do substituto processual.....	158
5.5 Algumas características da substituição processual.....	163
Capítulo VI –	
Coisa Julgada – Limites Subjetivos.....	166
6.1 Noções gerais.....	166
6.2 Limites Subjetivos.....	176
Capítulo VII –	
Substituição processual e os Limites Subjetivos Coisa Julgada em relação ao Substituído.....	187
Conclusão.....	212
Referências Bibliográficas.....	223

INTRODUÇÃO

Primeiramente é de se esclarecer que o presente estudo é feito sob a ótica da tutela individual, e não coletiva, tendo por objeto rever o instituto da substituição processual e a relação com a coisa julgada, mais precisamente verificar os limites subjetivos da coisa julgada em relação ao substituído diante dos princípios e garantias constitucionais do acesso à Justiça do contraditório.

Inicialmente, até pela lógica, é necessário tratar do Processo e da Constituição, procurando demonstrar a importância e a influência da nova realidade constitucional no processo civil.

O estudo do moderno processo deve ser feito a partir da leitura ou releitura da Constituição Federal, afastando-se do âmbito exclusivo do estudo do direito processual civil para o chamado direito processual constitucional, tendo em vista a extensão normativa constitucional do processo, porquanto a Lei Maior abriga princípios, garantias e institutos processuais.

Decorre, portanto, a vinculação do direito processual ao direito constitucional e uma nova postura científica no estudo do processo, qual seja, a de considerar sua relação com as normas constitucionais.

Num segundo momento, o presente estudo aborda os princípios informativos e fundamentais que norteiam o processo civil, procurando demonstrar a importância de cada um deles.

Em seguida, depois de apontar que o sistema processual é fundado em princípios e garantias constitucionais, que são a sua estrutura e responsáveis pela fixação da ordem político-jurídica como um todo, são abordados especificamente os princípios do acesso à Justiça e do contraditório, pois, o primeiro como já afirmaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth é o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹ e o segundo, o poder de resistir, caracterizando-se como o exato contraposto da ação, como enfatiza Cândido Rangel Dinamarco², entre as bases fundamentais do direito processual está a defesa, onde então é abordado o princípio do contraditório. A análise destas duas garantias constitucionais servirá de base, porque a questão chave está justamente na ordem constitucional, especificamente, nos princípios do acesso à Justiça e do contraditório.

Na seqüência, como não poderia deixar de ser, são apreciados os conceitos de parte e terceiros no processo civil, incluindo a noção de legitimação ordinária e extraordinária.

Seguindo, como o presente tem por objeto de estudo a relação entre a coisa julgada e o substituído, será abordada o instituto do substituto processual e da coisa julgada e os seus limites subjetivos, tendo em vista que

¹ CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Brayant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

² Eis a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “As grandes categorias de direito processual, que compõem e exaurem o objeto das normas processuais, são a *jurisdição*, a *ação*, a *defesa* e o *processo*. A *jurisdição* é o poder que o juiz exerce para a pacificação de pessoas ou grupos e eliminação de conflitos; a *ação* é o poder de dar início ao processo e participar dele com vista à obtenção do que pretende aquele que lhe deu início; a *defesa* é o poder de resistir, caracterizando-se como o exato contraposto da ação; o *processo* é ao mesmo tempo o conjunto de atos desses três sujeitos, o vínculo jurídico que os interliga e o método pelo qual exercem suas atividades”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1. p. 293. grifos do autor).

o substituído não participou da relação jurídica processual, ao menos formalmente.

O último capítulo destina-se ao exame e confronto da coisa julgada e o substituído frente aos princípios do acesso à Justiça e do contraditório, ou seja, diante das novas perspectivas constitucionais, procurou-se verificar se é possível admitir que o substituído possa ser atingido pela coisa julgada.

Tendo em vista o enfoque constitucional deste trabalho, que é uma imposição de seu próprio objeto, porque a Constituição de 1988 inova, explicitando princípios e garantias, dando a direção a ser seguido, qualquer que seja a norma infraconstitucional que neles se sustenta, não cabe ao intérprete nenhuma conclusão que possa contrariar os princípios e garantias constitucionais, sob pena de comprometer toda a estrutura constitucional.

Depois de analisar o direito de acesso à Justiça e o contraditório como direitos fundamentais e fazer uma releitura do fenômeno denominado substituto processual e da coisa julgada em relação ao substituído, concluiu-se por admitir que este possa ser atingido pela coisa julgada só se lhe for dada a possibilidade de participar da relação jurídica processual ou que a coisa julgada em relação ao substituído opera *secudum evento litis*.

Assim, o enfoque constitucional é a via própria para a releitura da norma processual constante no art. 6º, última parte do código de processo civil³.

³ “Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, **salvo quando autorizado por lei**” (grifo nosso).

Desde o preâmbulo, a Constituição Federal aponta a construção de um Estado Democrático de Direito e, como ensina José Joaquim Gomes Canotilho⁴, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões e pressupostos do princípio do Estado de Direito, sendo que a nossa Lei Maior consagrou amplamente essas dimensões nos três primeiros artigos, ao afirmar que são princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Destacam-se do art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito e como o capítulo é o dos Princípios Fundamentais, tem-se aqui o encontro do “princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”⁵.

E é justamente sob esta ótica que deve ser revisto o instituto do substituto processual, porquanto é inegável que o acesso à Justiça e o contraditório ou o direito de defesa como princípios e garantias constitucionais, compreendem os direitos fundamentais do processo, os quais garantem não só a cidadania, como a própria dignidade da pessoa humana, legitimando a própria prestação jurisdicional.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 237.

⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (Org.) **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. 180-236. p. 191.

CAPÍTULO I

Constituição e Processo

A Constituição Federal de 1988, denominada por Ulisses Guimarães de “Constituição Cidadã”, é um marco divisor no Brasil, porque, a partir do dia 5 de outubro daquele ano, começa a ser recontada a história deste país.

Passamos a viver a legalidade e efetividade constitucional⁶, uma vez que as normas constitucionais passaram a ser tratadas como normas jurídicas, dotadas de imperatividade e aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam.

Como afirmam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,

⁶ Nas palavras do professor Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a legalidade constitucional decorre da estabilidade da Constituição, ainda que a mesma sofra emendas: “a legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes” e a efetividade decorre do *status* de normas jurídicas, adquirido pelas normas constitucionais: “e a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARRASO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 327-378, p. 329. grifos dos autores)

[...] a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos ⁷.

Não estava exagerando Santi Romano quando afirmava não ser o direito constitucional um simples ramo do direito, e sim, o próprio tronco do Direito do Estado de onde partem todos os demais ramos.⁸

O processo não é mais um simples instrumento de solução dos litígios, mas, meio de realização do direito e instrumento de proteção e respeito aos direitos fundamentais.

O direito processual constitucional tem sua origem nos estudos de Hans Kelsen, diante do seu pioneirismo na defesa da necessidade “de se fornecer às Constituições as garantias processuais e jurisdicionais de uma instância julgadora diferenciada, incumbida do controle de

⁷ Ibidem, p. 329.

⁸ “O direito constitucional [...] mais que um ramo da ordenação estatal é o próprio tronco ao qual se prendem, mas do qual também derivam os vários ramos da mesma ordenação. Enquanto o direito constitucional é o início de todo direito do Estado e cada um dos ramos deste o pressupõe, sendo, por assim dizer, gerados e amparados por ele, sem que com ele possam ser confundidos. Suas particulares instituições, suas normas e, em geral seus elementos têm sempre um fundamento constitucional embrionário, embora, depois, se desenvolvam com vida própria”. (ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 10.)

constitucionalidade dos atos normativos”⁹, ou seja, Kelsen se ocupou do estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais.

Segundo Nelson Nery Junior, direito constitucional processual significa o conjunto das normas de direito processual que se encontram na Constituição Federal, e direito processual constitucional é a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Por isso, não se trata de ramos novos do direito processual.¹⁰

José Augusto Delgado apresenta as mesmas diferenças, afirmando que o direito constitucional processual não representa um ramo do direito constitucional, e sim, “uma posição científica da qual se procura extrair da Carta Maior princípios de processo” e que o Direito Processual Constitucional

[...] é o conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdicional das normas da Constituição

⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 69, n. 18, p. 111-112, jan./mar. 1993. p. 111. Neste mesmo trabalho o autor considera como obra pioneira o trabalho do uruguaio Eduardo Couture, com o ensaio intitulado **Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil**, publicado em 1953, onde chamava atenção para as bases constitucionais da ação judicial, demais institutos e princípios fundamentais do processo.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000. p. 20.

[neste ponto, fazendo referência a Frederico Marques]¹¹, sendo exemplo da primeira, o direito de ação e da segunda, o mandado de segurança (art. 5º, ns. XXXV e LXIX, ambos da CF).

No mesmo sentido, Sálvio de Figueiredo Teixeira, salienta não serem eles novos ramos da ciência jurídica, porque não apresentam conteúdo específico, matérias próprias, institutos peculiares, não passando de condensações metodológicas e sistemáticas, cuidando o direito constitucional processual das normas de processo contidas na Constituição, e o direito processual constitucional cuidando do conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e a jurisdição constitucional.¹²

Roberto Rosas afirma que a norma constitucional é a matriz da qual surgem princípios e institutos de direito processual, o chamado

[...] Direito Processual Constitucional individual, norma de direito processual que, por seu caráter de fundamentalidade na disciplina do processo, tem encontrado colocação na carta constitucional, portanto, compreende todos os princípios e institutos constitucionais do Direito Processual, ao passo que o

¹¹DELGADO, José Augusto. Princípios processuais constitucionais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 11, p. 195-201, out./dez., 1986. p. 156.

¹²TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, n. 14, p. 78-84, jan./mar. 1989. p. 79.

Direito Constitucional Processual trata do processo constitucional (legitimação constitucional) ¹³.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco vêem o direito processual constitucional sob duas óticas; de um lado,

[...] a tutela constitucional dos princípios fundamentais à organização judiciária, correspondente às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias e do processo, em sua dúplici configuração, o direito de acesso à justiça (direito de ação e de defesa) e ao processo (ou garantias do devido processo legal);

e, de outro lado,

[...] a jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, como o uso dos remédios constitucionais-processuais ¹⁴.

Para Francisco Gérson Marques de Lima, o direito processual constitucional tem por objeto de estudo os institutos processuais dispostos na

¹³ ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**. Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 11.

¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et al. **Teoria Geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 79

Constituição, ou seja, “os temas constitucionais do processo e, ao mesmo tempo, os temas processuais da Constituição”.¹⁵

Willis Santiago Guerra Filho afirma que, no direito processual constitucional, seriam estudadas as estruturas da organização judicial; os princípios gerais do processo consagrados na Constituição Federal e as ações prevista na Lei Maior, com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento constitucional, não admitindo a dualidade *direito processual constitucional e direito constitucional processual*,

[...] visto que o primeiro, sim, pode vir a ser considerado um novo ramo do Direito Processual, tendo por objeto a temática indicada no texto, enquanto de um Direito Constitucional Processual (ou Civil, Penal etc.) só se pode falar em um sentido metafórico¹⁶.

Paulo Bonavides entende tratar-se de uma nova disciplina em gestação (Direito Processual Constitucional), pois, por conta da “publicização do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no direito Processual

¹⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. Para o autor, o direito processual constitucional e o direito constitucional processual ainda não se encontram bem definidos na doutrina, afirmando existir até confusão em relação aos termos; “contudo, não se nos afigura tenha a doutrina evoluído o bastante para distinguir, com nitidez, o direito processual constitucional da sua ainda alma-gêmea-o direito constitucional processual”.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. P. 17.

contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados”.¹⁷

O direito processual constitucional, deve ser visto como o ramo do direito onde se estudam a organização judicial, os princípios constitucionais referentes ao processo e os instrumentos previstos na Constituição Federal para fazer valer o próprio ordenamento constitucional, inclusive os meios hábeis ao controle da normatividade, ou seja, o exame da constitucionalidade das leis.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário, que é o direito constitucional de ação ou da inafastabilidade, representa a possibilidade, conferida a todos, de provocar a atividade jurisdicional, retirando-a de sua inércia e dando início ao processo, com as garantias a ele inerentes, tais como o devido processo legal, a igualdade processual, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural etc.

O processo como instrumento do Estado para o exercício da jurisdição, tendo entre as finalidades a solução do conflito, através de uma decisão com poder de comando em substituição à vontade do particular, decorre da própria Constituição Federal, não sendo, pois, um mero conjunto

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros. 2001.p. 31.

de regras para a declaração do direito material, mas um instrumento público para a realização da justiça.

O processo, portanto, deve ser assegurado para todos e deve representar um instrumento idôneo a conferir a tutela a quem realmente fizer jus a ela.

Ada Pellegrini Grinover afirma que, em última análise, o processo não é apenas um instrumento técnico, mas, acima de tudo, ético, diante da influência que recebe dos acontecimentos históricos, sociológicos e políticos. Assim, “o Estado de direito só pode atingir seu real coroamento através desses instrumentos processual-constitucionais de tutela dos direitos fundamentais do homem”.¹⁸

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco,

[...] o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975. p. 6.

(contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade¹⁹.

Há no processo um fim político. É necessário “encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei “.²⁰

O elemento político está intimamente ligado ao fenômeno do poder, mas, em se tratando do processo, existem outros dois aspectos fundamentais, a liberdade e a participação, sendo estes os três valores fundamentais no Estado e na democracia, cabendo à função jurisdicional a promoção da efetividade desses valores.

Assim, o processo deve ser capaz de prover os direitos públicos e privados, da máxima garantia social, com o mínimo de sacrifício das liberdades individuais e coletivas.

A legitimidade do poder, o culto à liberdade e a institucionalização da participação democrática são objetivos que vão justificar o sistema processual e o exercício continuado da jurisdição. O “processo é um

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: _____ (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. cap. 1.3, p. 123.

instrumento, é preciso lembrar que ele constitui meio para realização de todos os fins da ordem processual, inclusive destes que se situam na ordem política”.²¹

Ademais, a nova ordem constitucional impôs um processo de constitucionalização do direito, que se realiza pela abertura do texto constitucional a novos direitos que são fundamentais e passam, pois, a gozar de regime jurídico próprio.

Não há como negar que esteja constitucionalizado o processo, porquanto há um regime constitucional do processo no texto da Lei Maior pela interação de dispositivos que consagram os direitos fundamentais portadores de uma dimensão processual.²²

Diante da compreensão ampla do processo em sede constitucional, não se afigura necessária a dicotomia *direito constitucional processual* e *direito processual constitucional*, entretanto, nada impede de dizer que o mais pertinente seria a expressão direito processual constitucional pelo

²¹ Ibid., p. 124.

²²Explicando a constitucionalização do processo, afirma Miguel Calmon Dantas: “[...] a constitucionalização do processo apenas se caracteriza pela existência de um regime constitucional do processo, ou seja, não basta a mera referência a alguns institutos e alguma garantias processuais de forma tópica e enunciativa, fazendo-se mister a consagração sistemática do processo que viabilize a identificação de um regime jurídico-constitucional”. (DIDIER JUNIOR, Fredie et. al. **Constituição e Processo**. Salvador: Podivm, 2007, p367-435, p. 388).

conteúdo processual da Constituição, sob o enfoque processual dos direitos e garantias fundamentais, e da jurisdição constitucional.²³

Em tempos modernos, o estudo do processo deve ser feito a partir dos princípios, garantias e disposições constantes na Constituição Federal.

É inegável a profunda influência da Lei Maior no processo civil, devendo suas regras serem interpretadas em consonância com o que está estabelecido na Constituição Federal.

Como a tutela pelo processo é feita mediante a observância dos princípios e garantias constitucionais, tem-se que a Constituição Federal dita o padrão político do processo, por uma série de preceitos constitucionais (princípios e garantias) que devem ser rigorosamente observados pelo legislador ao estabelecer normas infraconstitucionais, e pelo intérprete, notadamente o juiz, responsável imediato por interpretar os textos legais.

²³ Ao se posicionar pela expressão direito processual constitucional, Cândido Rangel Dinamarco o faz porque trata de “[...] método consistente em examinar o sistema processual e institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O *método constitucionalista* inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na *tutela constitucional do processo* e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem; inclui também o exame do arsenal de medidas integrantes da chamada *jurisdição constitucional das liberdades* (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 1v. 2001, p. 188. grifos do autor).

A Constituição Federal, situada no ponto extremo da hierarquia das fontes do direito e contendo fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação infraconstitucional, é fonte formal das normas processuais por traçar princípios e garantias constitucionais de índole marcadamente política e que “[...] correspondem a importantíssimas opções do moderno Estado-de-direito. Em última análise, a tutela constitucional do processo consiste na projeção da índole e características do próprio Estado sobre o sistema processual”.²⁴

Entretanto, para que a tutela processual constitucional tenha efetividade, é fundamental que os princípios tenham eficácia imperativa de modo que a inobservância pode não só afetar a validade ou eficácia do ato como também a sua própria existência.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 1v. 2001. p. 194.

CAPÍTULO II

Princípios do Processo Civil

2.1 Noções gerais

A palavra *princípio* tem raízes no latim, *principium*, significando origem, ponto de partida, começo, em sentido técnico.

O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa registra o significado de princípio como:

1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. [...] 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.].²⁵

O mesmo dicionário, mais adiante, registra o significado de princípios – no plural -: “Princípios. [...]. 4. Filos. Proposições diretoras de

²⁵FERREIRA, Alberto Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1393.

uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”.²⁶

Princípio, portanto, significa a disposição de idéias, pensamentos ou normas por uma linha mestra, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam ou à qual se subordinam.

Clemente de Diego, citado por Ruy Samuel Espíndola, afirma que para o Direito esta é a idéia de princípio:

Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarn el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (ratio juris), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla em la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan.²⁷

Este pensamento encontra-se no conceito dado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

²⁶ Ibid., p. 1393.

²⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 48.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²⁸

O professor Miguel Reale define princípio a partir de seu significado lógico como sendo

[...] verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade e, vistos sob esta ótica, os princípios são verdades fundantes.²⁹

Completa Miguel Reale, definindo princípios gerais de direito

como:

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 747.

²⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60.

[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura de Direito quanto o de sua atualização prática.³⁰

Na literatura estrangeira, também é a lição de Vezio Crisafulli, citado por Paulo Bonavides:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.³¹

Razão assiste a Eros Roberto Grau, quando afirma que “um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípio de direito”.³²

³⁰ Id. **Lições preliminares de direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 300.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 230.

³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 84.

Para Luís Roberto Barroso, princípios constitucionais

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins [...] são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica³³ e, em complementação ao presente conceito, assinala-se que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica.³⁴

A normatividade dos princípios encontra-se no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil; os princípios positivos de Direito estão no vocábulo “lei”, e os princípios gerais de Direito, na expressão que lhe empresta o próprio nome.³⁵

Os princípios, sejam eles positivos ou gerais de Direito, são vistos como normas de direito, portanto, têm eles positividade, vinculatividade e obrigatoriedade.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147. - Adverte o autor que já se encontra superada a distinção que era feita entre norma e princípio, de modo que as normas jurídicas e as normas constitucionais podem ser enquadradas em duas categorias, normas-princípios e normas-disposição.

³⁴ ESPÍNDOLA, op. cit. p. 44. (nota 15)

³⁵ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (LICC).

Quanto à normatividade dos princípios jurídicos, o jurista Norberto

Bobbio afirma:

[...] os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?³⁶

Percebe-se, pois, que os princípios constitucionais apresentam elementos diferenciadores e estão intimamente ligados a elementos valorativos superiores de uma sociedade política, ou seja, refletem a ideologia da Constituição, onde normalmente os enunciados são encontrados. Sem entrar na discussão filosófica sobre o positivismo e jusnaturalismo, os

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 158.

princípios constitucionais, por tratarem de bens supremos, não se esgotam na letra da lei, até porque não têm caráter absoluto e não são estáticos.

As normas jurídicas, que compõem o ordenamento positivo, é gênero que comporta duas espécies, os *princípios* e as *regras jurídicas*.

Enquanto as regras jurídicas são aplicadas

[...] à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência [...] suas prescrições incidirão, necessariamente, sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando a incidência de outras regras;

Os princípios, quando de suas aplicações, por sua natureza, finalidade e formulação, porque não se prestam a provocar conflitos, no máximo criam estados de *tensão*, não estão subordinados à lógica do tudo ou nada.³⁷

Os princípios são fontes inesgotáveis em constante mutação, servindo de norte para as regras, já que uma regra a ser interpretada deverá sê-lo em absoluta consonância com os princípios, levando à dupla

³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 80.

característica dos princípios constitucionais: a *aderência*, de modo que qualquer regulamentação jurídica ou atividade institucional do Estado ou individual não pode excepcionar as diretrizes vinculantes neles traçados; e a *informatividade*, já que todas as relações jurídicas que ingressem no sistema encontrarão nos princípios constitucionais a fonte de conteúdos. Assim, “[...] as regras manifestam aplicação integral (completa) dos princípios – porque deles não se devem afastar em momento algum -, ainda que não os apliquem integralmente – porque nunca conseguem esgotá-los”.³⁸

Um princípio impõe uma razão, um fundamento, que dá ao intérprete uma direção a ser tomada, mas não leva a uma decisão específica, única, ou seja, “[...] os princípios não se apresentam como imperativos categóricos, mas apenas enunciam motivos para decidir num certo sentido”.³⁹

Quando houver o conflito entre regras, só uma poderá subsistir, sendo a outra declarada inválida. Quanto aos princípios, em havendo colisão, um até pode ceder diante do outro, mas isto não significa que seja declarado inválido. Num caso concreto, entre dois princípios, um será de maior peso e prevalecerá sobre o outro, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

³⁸ROTHENBURG, Walter Claudius. C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 31.

³⁹COELHO, op.cit., p. 82.

O princípio da proporcionalidade, que tem suas bases no direito público alemão, apresenta como essência e destinação a preservação dos direitos fundamentais.

Willis Santiago Guerra Filho afirma que, pelo princípio da proporcionalidade, entendido como “[...] um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível”, há de se estabelecer uma:

[...] correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o conteúdo essencial de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.⁴⁰

Ainda, há de se observar outros subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, a adequação e a exigibilidade, que impõem, na hipótese concreta da aplicação do princípio da proporcionalidade, que

⁴⁰GUERRA FILHO, Willis Santiado. **Introdução do direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 48.

[...] o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, adequado. Além disso, esse meio deve se mostrar exigível, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.⁴¹

Deve-se, ainda, distinguir princípios de garantias.

Sendo os princípios as linhas mestras existentes na Constituição Federal, para que tenham efetividade, são dotados de eficácia imperativa, denominada garantia. Na lição de Candido Rangel Dinamarco, as garantias constitucionais consistem em

[...] preceitos dotados de *sanção*, isso significando que sua inobservância afetará de algum modo a validade ou eficácia do ato transgressor, o qual não pode prevalecer sobre os imperativos constitucionais. Por isso é que geralmente os dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser frequente o uso indiferente dos vocábulos *princípio e garantia* para designar a mesma idéia.⁴²

2.2 Princípios informativos do processo civil

⁴¹GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução do direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 49.

⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol 1. p. 195. (grifo do autor)

Como todos os demais ramos da ciência jurídica, também o direito processual civil está subordinado a princípios na elaboração, interpretação e aplicação de suas normas. A doutrina costuma distingui-los em princípios informativos e princípios fundamentais ou gerais de direito processual, não sendo unânime quanto aos critérios diferenciadores.

Não há maiores divergências quanto a serem princípios informativos o da lógica, o jurídico, o político e o econômico; e os fundamentais, o do devido processo legal, da igualdade, do juiz natural, do promotor natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional ou o do direito de ação, do contraditório e da ampla defesa, da proibição da prova obtida ilicitamente, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição e, mais recentemente, o da celeridade processual⁴³.

Para Arruda Alvim, os princípios informativos são regras de ordem predominantemente técnica, sem maiores conotações ideológicas, podendo ser consideradas quase que axiomas, porque prescindem de demonstração; já

⁴³O princípio da celeridade processual foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45/04, relativa à Reforma do Judiciário, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º; *in verbis*: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Entretanto, o que a Emenda Constitucional proporcionou não foi a inovação do princípio em comento, porque a celeridade processual como garantia processual já existia antes mesmo da EC 45, em decorrência não só da interpretação e aplicação do princípio do devido processo legal, como também da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

os princípios fundamentais, são diretrizes inspiradas por características políticas, com carga ideológica significativa. *In verbis*:

Desta forma, os princípios informativos necessariamente são mais universais do que os fundamentais, eis que, por serem predominantemente técnicos, com muito mais facilidade se desprendem dos sistemas positivos e são menos ou pouco influenciadas pela realidade social; são regras adquiridas mercê da evolução técnico-jurídica e incorporadas ao patrimônio da ciência.

Já os fundamentais, justamente pela carga ideológica que carregam, cada um deles, admitem por definição, princípios outros, que se lhes contraponham.⁴⁴

No mesmo sentido, para Nelson Nery Junior, que afirma ter a divisão em princípios informativos e princípios fundamentais origem no século XIX,

[...] os princípios informativos do processo civil independem de demonstração, pois são de cunho axiomático, resta-nos examinar os princípios fundamentais do processo civil sob o ângulo do direito constitucional, já que adotados pelo sistema mediante critérios político-ideológicos.⁴⁵

Sonia Marcia Hase de Almeida Baptista, ao tratar dos princípios do processo civil, afirma que os princípios informativos “[...] têm índole

⁴⁴ ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1. p. 81.

⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 29.

generalíssima e existem sempre, em qualquer tempo e lugar, e os fundamentais são menos gerais e menos abstratos”.⁴⁶

Depois de afirmar que está superada a distinção entre princípios do processo e do procedimento e que os princípios informam segundo um grau de maior ou menor generalidade, Vicente Greco Filho distingue os princípios em deontológicos, “quando se situam no plano do ideal”, e epistemológicos, “quando atuam diretamente sobre a realidade, deles se extraindo conseqüências práticas interpretativas ou integrativas”, sendo quatro os princípios deontológicos do processo: lógico, jurídico, político e econômico. Ele arremata:

Esses princípios, se pudessem concretizar-se integralmente como realidade, formariam o processo ideal. As dificuldades práticas, porém, acabam determinando um distanciamento entre a realidade e o dever-ser, de modo que este permanece como um modelo ao qual o processo deve tender, seja ao ser elaborada a lei sobre processo, seja no momento de sua aplicação.⁴⁷

Outra não é a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, que distinguem os princípios gerais do direito processual (princípios fundamentais) de forte conteúdo ético e que

⁴⁶ BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 11.

⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v. p. 80.

[...] não se limitam ao campo da deontologia e perpassam toda a dogmática jurídica, apresentando-se ao estudioso do direito nas suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo; e princípios informativos, normas ideais que representam aspiração de melhoria do aparelho processual.⁴⁸

Iniciada a relação jurídica processual, esta estará sempre em movimento porque o processo é dinâmico; vários atos são praticados dentro de uma lógica e o processo vai racionalmente caminhando para frente através de meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade, e de evitar o erro. Esta é a estrutura lógica do processo.

Além disso, o processo deve seguir regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, proporcionando aos litigantes igualdades no processo e justiça na decisão. Este é o princípio jurídico.

Pelo princípio político, o processo deve ser capaz de permitir que as partes tenham, ao seu dispor, um instrumento capaz de dar “[...] a máxima garantia social dos direitos com o mínimo sacrifício individual de liberdade, atribuindo-se forças para o processo no sistema de equilíbrio dos poderes do Estado e da garantia de direitos da pessoa”, ou seja, o processo deve ser um

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; et al. **Teoria geral do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 50.

instrumento capaz de prover os direitos públicos e privados, com o mínimo de sacrifício das liberdades individuais e coletivas.⁴⁹

Ada Pellegrini Grinover afirma ser uma decorrência do princípio político o da participação,

[...] numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação às consultas, à cogestão, à realização dos serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como a caracterizar graus mais ou menos intensos de participação.⁵⁰

O princípio político estimula o caráter instrumental do processo, que o torna um elo entre a população e o reconhecimento de seus direitos.

Por outro lado, é imperioso que se obtenha o resultado do processo no menor espaço de tempo e com o menor custo para as partes e para o Estado. Procura-se obter o máximo com o mínimo de esforço, observadas as garantias das partes e as regras procedimentais e legais. É o princípio econômico.

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.p. 81.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 222.

O processo não pode ser tão dispendioso a ponto de deteriorar o seu objeto ou discriminar os pobres na obtenção da justiça; o processo deve ser acessível a todos.

A economia processual se fundamenta em quatro elementos, a economia de tempo, de custo, de atos e na eficiência da atividade jurisdicional.

Além dos quatro tradicionais princípios informativos, já tratados, Rui Portanova apresenta mais dois, a instrumentalidade e a efetividade, que são analisados pelo autor diante da nova realidade processual brasileira por conta do significativo avanço dessas idéias no mundo do processo, aquela traduzida na menor preocupação com a forma dos atos e mais voltada para o resultado processual, e esta, a efetividade, porquanto se busca alcançar com o processo a supremacia do interesse social, não bastando solucionar o conflito, mas pacificando com justiça social.

A justiça social não é um ideal só do direito material ou processual, mas de toda a sociedade.⁵¹

⁵¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 20.

Para o autor, o princípio instrumental tem como enunciado o dever do processo de cumprir os seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo o pleno acesso ao Judiciário, a utilidade dos procedimentos e a efetiva busca da justiça no caso concreto.⁵²

O princípio da efetividade garante que o processo deve ser impregnado de justiça social.

O processo abre amplo espaço para a crítica e para a prática contra um sistema que dá relevância ao individualismo contra um Estado que não cumpre sua tarefa de gerente da redistribuição de riquezas e contra uma parte que põe sua razão em direitos afrontosos ao interesse social.⁵³

Outra não é a lição de José Carlos Barbosa Moreira que, ao tratar da função social do processo, afirma que:

[...] de um lado, cuida-se das possibilidades de estimular a marcha em direção a uma igualdade maior, no sentido da eliminação – ou, quando menos, da atenuação – das diferenças de tratamento dos membros da comunidade em razão de diversidades de riquezas, de posição social, de cultura, de pertinência a esta ou aquela classe, raça, credo religioso ou corrente política. De outro lado, reclama atenção a questão da capacidade do sistema jurídico para assegurar, na medida necessária, a primazia

⁵² Ibid., p. 48.

⁵³ Ibid., p. 55.

dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais.⁵⁴

Portanto, os princípios informativos são regras de ordem predominantemente técnica, sem maiores conotações ideológicas e refletem na prestação jurisdicional; estarão sempre presentes no processo, de modo que a ausência de qualquer um deles levará a uma atividade viciada, não exteriorizando a real aplicação da lei, nem protegendo os direitos subjetivos das partes.

2.3 Princípios constitucionais do processo civil

O processo, como instrumento de atuação do Estado para garantir a prestação da jurisdição, tem assento constitucional.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “[...] o processo afirmou-se como direito individual formalizado segundo princípios específicos a figurarem nos sistemas entre os direitos fundamentais do indivíduo”.⁵⁵

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, v. 37, n. 10, p. 140-150, jul./set. 1985. p. 140.

⁵⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. p. 192.

Sempre que violados os direitos e garantias fundamentais do cidadão, o processo com base nos princípios previstos na Constituição é o instrumento que o Estado está obrigado a usar e representa uma prestação de garantia de fazer com que os valores incorporados pela Lei Maior sejam cumpridos, restabelecendo a paz social.

Da Constituição, como um conjunto de normas jurídicas fundamentais, definidoras de uma ordem jurídico-política e de uma ordem de valores reconhecidos pela Nação, devem ser extraídos os princípios que comandam as garantias processuais.

Ada Pellegrini Grinover já assinalava este pensamento na vigência da antiga ordem constitucional:

Todo direito processual, portanto, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Todo o direito processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter seus pressupostos constitucionais – como os demais ramos do direito – é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao

menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus colorários.⁵⁶

Eduardo Juan Couture, demonstrando a importância dos princípios no processo, afirma que o legislador em trabalho prévio, antes de escrever os artigos de um código, deve observar os princípios que regerão este código; ou seja, “[...] o que, em primeiro lugar, se apresenta ao legislador não é a tarefa de redigir as leis, mas a de formular princípios”.⁵⁷

É fundamental a função dos princípios constitucionais do processo para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias oferecidas aos jurisdicionados, ou seja, para a efetivação do ordenamento jurídico.

Quanto à efetivação do ordenamento jurídico, não se pode esquecer que a lide é o conflito de interesses qualificados por uma pretensão deduzida em juízo, decorrendo daí duas relações, uma de direito material, originária do direito substancial que regula os fatos da vida humana, e outra, de direito processual, que tem por escopo, também, o de fazer cumprir as normas de direito material.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973. p. 12.

⁵⁷ COUTURE, Eduardo Juan. **Interpretação das leis processuais**. 4. ed. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 38.

Ensina Cândido Rangel Dinamarco:

O processo é um instrumento ativado pelo Estado para o exercício de uma sua específica função soberana, que é a jurisdição. É através dele que o Estado julga as pretensões que lhe são apresentadas, dizendo na sentença quem tem razão e quem não tem. É através do processo que o Estado realiza a execução de suas próprias decisões, invadindo o patrimônio do devedor inadimplente e retirando o necessário para a satisfação do direito do credor. O direito processual é, pois, o complexo de normas e princípios que regem toda essa atividade dos órgãos estatais, chamada jurisdição, bem como a atividade dos sujeitos que perante os juízes defendem os seus direitos e interesses.⁵⁸

HumbertoTheodoro Júnior afirma:

O direito processual assume, assim, uma dignidade exponencial, passando à posição de verdadeira condição de atuação e prevalência de todos os demais ramos ou componentes do ordenamento jurídico. Isto porque sem o concurso do direito instrumental e sem a regular atuação de seus institutos, os preceitos do direito material não passam de simples letra morta, quando não se transformam em pretextos para tirania e prepotência seja de particulares belicosos, seja dos governantes tirânicos.⁵⁹

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 43. vol. I.

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, n. 6, p. 173-191, jul./set., 1981. p. 177

A forma de convivência em sociedade é o espelho da cultura de um povo, não que exista alguma sociedade sem conflitos, mas, as regras processuais devem ser vistas como regras de exceção, na medida em que se acredita que o ser humano saiba viver e conviver harmoniosamente numa sociedade.

Assim, os princípios constitucionais fundamentais ou gerais de direito processual apresentam uma carga ideológica, demonstrando o Estado de Direito que impera no país.

O direito processo civil, como mencionado, tem suas linhas fundamentais na Constituição Federal, incluindo os princípios, os remédios processuais e seus procedimentos. É nos princípios explícitos e implícitos constitucionais que toda a disciplina processual está assentada.

José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar do princípio do Estado de Direito e seus subprincípios, afirma que,

[...] do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a

Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo.⁶⁰

Portanto, os princípios processuais constitucionais são relevantes, porquanto atuam como forma de proteção das liberdades jurídico-políticas.

Como os princípios do acesso à Justiça e do contraditório serão analisado em capítulo próprio, neste serão abordados os demais princípios constitucionais do processo civil, quais sejam: do devido processo legal, da isonomia, do juiz natural e do promotor natural, da proibição da prova obtida ilicitamente, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual.

2.3.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal tem profunda influência nos demais princípios e, segundo Nelson Nery Junior, o devido processo legal é “[...] o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.⁶¹

⁶⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 265.

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 31.

O devido processo legal, como garantia escrita, tem origem na Inglaterra em 1215, quando a Magna Carta *Libertatum*, assinada por João Sem Terra, promulgou a *Law of the land*. Aliás, nesta lei, segundo Vicente Greco Filho, *Liberdades*, “[...] significavam privilégios para os barões, tais como o de não pagarem ao rei taxas extraordinárias sem votação prévia deles próprios, o de escolherem os próprios oficiais ou o de manterem uma corte de justiça”⁶², os quais tinham a seguinte redação:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra (*law of the land*).⁶³

Na Inglaterra, antigamente, o sistema já era o da *common law*, pelo qual o direito surgia após um determinado caso concreto apreciado pelos juízes, gerando o precedente. “A opinião da Corte se torna, a partir daí, lei da terra (*law of the land*)”.⁶⁴

⁶² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23.

⁶³ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: due process of law**. 2ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 23.

⁶⁴ *Ibid.*, p.23.

A expressão *devido processo legal* só foi surgir em 1354, quando, no reinado de Eduardo III, o Parlamento Inglês editou uma lei em que a locução *per legem terrae* foi substituída por *due process of law*.

O princípio de tal envergadura acabou saindo dos limites territoriais da ilha para alcançar o continente, inclusive a grande colônia que, quando de seu processo de independência, fé-lo constar nas Declarações do Direito – *Bill of Rights*, alcançando o *status* de supremacia na 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, com o passar do tempo, o devido processo legal acabou também sendo visto sob o prisma do direito material, *substantive due process*, quando, em 1856, um tribunal de Nova York (*N.Y. v. Wynehamer*) invalidou uma lei estadual, referente à proibição do uso de bebida alcoólica, analisando exclusivamente sua substância e conteúdo, reconhecendo que o devido processo não servia apenas para o procedimento, mas, também, para “[...] alcançar o conteúdo substantivo da legislação”⁶⁵. O que nos interessa, entretanto, é o sentido processual da expressão e seu alcance.

⁶⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: *due process of law***. 2ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 177.

A nossa Constituição, em seu artigo 5º, inciso LIV, prevê de forma clara e precisa o princípio, ao determinar que “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, lembrando que somente na Constituição de 1988 é que o princípio em questão apareceu de forma taxativa.

A expressão *devido processo legal*, em sentido unicamente processual, como a doutrina pátria tem empregado ao longo dos anos, advém da garantia de pontos fundamentais como a igualdade, o contraditório e a ampla defesa.

Ada Pellegrini Grinover afirma que esse princípio constitui, de um modo geral, a garantia das partes, do processo e da jurisdição:

[...] garantias das partes e do próprio processo; eis o enfoque completo harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limitou ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentua, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia

da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.⁶⁶

O devido processo legal é uma garantia constitucional, dada ao jurisdicionado, de ter um processo justo, em que se resguarda de forma efetiva o acesso à justiça com a possibilidade de deduzir uma pretensão e dela se defender do modo mais amplo possível, sempre guardando a igualdade entre as partes, conseqüência natural do Estado Democrático de Direito.

2.3.2 Princípio da igualdade

Decorre do devido processo legal o tratamento igualitário entre as partes, defluindo o princípio do *caput*, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, e do inciso I, do art. 125, do Código de Processo Civil.⁶⁷

Sob a ótica do direito processual, o princípio da isonomia é postulado vital, porque “[...] a igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz”.⁶⁸

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha**, contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 7.

⁶⁷ “Art. 5º, CF – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]”

Art. 125, do CPC – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento.”

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975. p. 25.

Nota-se, no Código de Processo Civil, grande preocupação com o postulado da igualdade, como por exemplo, no art. 9º, no qual ao réu fictamente citado, preso ou incapaz, o legislador garante o curador especial, exatamente para resguardar a igualdade real; e no artigo 125, inciso I, que impõe ao juiz o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento. Assim, diante da desigualdade, impõe-se promover a igualização.

Nos dias atuais, o processo não é visto como um fim em si mesmo, mas como meio para um fim, assumindo, assim, sua característica instrumental, bem como não deve existir tão somente como meio de solução do conflito, mas de solução com justiça.

A busca incontida de justiça no direito processual convencionou-se chamar de *efetividade do processo*⁶⁹. Esta encontra fundamento na igualdade das partes, na medida em que a paridade de armas seja efetiva de fato e não formalmente.

Situações existem, no processo civil, por disposição da própria lei ordinária processual, de tratamento diferenciado, com a nítida finalidade de

⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.

diminuir as desigualdades existentes como, além dos exemplos já citados, o tratamento diferenciado dado pela lei à Fazenda Pública, ao Ministério Público e ao Defensor Público, quando trata de conceder prazos diferenciados, dispensa o adiantamento de despesas processuais, impõe o reexame obrigatório de decisões, a não condenação em honorários ou critérios diferentes para a sua fixação.

Ademais, em cada caso, deve ser verificado se entre as partes litigantes não há um desequilíbrio de forças, de tal modo que comprometa a igualdade. Sendo o direito processual civil um ramo do direito público, portanto em que há prevalência do interesse público sobre o privado na busca processual da verdade, prevalecem os fins sociais sobre a vontade dos particulares, o que impõe uma constante atividade do Estado-juiz em dar às partes as mesmas armas ou, ao menos, as mesmas oportunidades, impedindo, assim, que o processo se torne mecanismo de exploração de individualismo, de prevalecimento do forte sobre o fraco.

2.3.3 Princípio do juiz natural e do promotor natural

Os incisos XXXVII e LIII, do art. 5º, da Constituição Federal, consagram o princípio do juiz natural, ao disporem respectivamente que “[...]”

não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Depreende-se, dos dispositivos constitucionais mencionados, a garantia dada aos que forem processados ou julgados, de o serem por juízes investidos de jurisdição e de atribuições jurisdicionais fixadas e limitadas pela Lei Maior e pela lei (competência), proibindo uma justiça de privilégios ou de exceção.

Garante-se a todos que o julgamento seja realizado somente por juízes legais, ou seja, aqueles investidos nas suas funções de conformidade com as exigências constitucionais, o que afasta qualquer possibilidade para a criação de juízos destinados a julgamento de determinados casos ou de pessoas específicas.

O princípio do juiz natural recebe do Estado, como afirma José Delgado:

[...] a atribuição constitucional de exercer a função jurisdicional, com observância rigorosa aos princípios fundamentais constantes no art. 93 da Carta Magna. O juiz natural, não obstante nascido da lei, não tem poder próprio. O que ele exerce é atribuição decorrente de delegação que lhe é dada pelo povo, de onde emana todo o poder, que lhe é transmitido por meio direto, enquanto

ao Executivo e ao Legislativo tal transmissão se faz por representantes eleitos. É a aplicação integral da máxima democrática contida na Declaração de Direitos da Virgínia, de 16.6.1776, onde está dito: ‘Todo o poder reside no povo e, por consequência, deriva do povo; os magistrados são seus mandatários e servidores e responsáveis a todo tempo perante a lei.’⁷⁰

Percebe-se nitidamente que a idéia de juiz natural não está somente ligada à hipótese da proibição de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), existindo um outro aspecto, qual seja, o relativo ao juiz constitucional (art. 5º, LIII).

No pensar de Ada Pellegrini Grinover, quanto ao juiz competente:

[...] no sistema brasileiro a própria Constituição atribui aos órgãos jurisdicionais as competências de jurisdição funcional e objetiva, sem preocupar-se com a competência de foro, regulada pelos Códigos. Assim, é acertada a afirmação de que o juiz natural, no nosso ordenamento, é o órgão constitucionalmente competente, ou seja, aquele cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. A expressão do art. 5º, inc. LIII, CF (Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente) deve ser lida, portanto, como garantia do juiz constitucionalmente competente para processar e julgar. Não será juiz natural, por isso, o órgão constitucionalmente incompetente, e o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente.⁷¹

⁷⁰ DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, n. 17, p. 89-103, jan./mar., 1992.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 417.

É importante ressaltar que a idéia de competência, tratada no inciso LIII, do art. 5º, da Constituição Federal, como acima mencionado, não é por todos aceita, como por exemplo, para Angélica Arruda Alvim, para quem:

[...] desde logo, curialmente, há que se descartar que esse texto diga respeito, propriamente, ao tema ‘competência’, salvo para estabelecer a imodificabilidade das competências constitucionalmente estabelecidas, e é por seu intermédio que se consagra o chamado princípio do Juiz natural. Com isso quer-se significar que existe garantia constitucional de que os jurisdicionados somente sejam julgados por alguém legitimamente integrante do Poder Judiciário....Para os Tribunais encontramos a previsão do elenco do art. 92, I a VII da Constituição, com o que, se se instituir irregularmente Juízo ou Tribunal, estar-se-á violando a garantia do art. 5º, XXXVII. De outra parte, os integrantes desses Juízos e Tribunais, haverão de aí ter ingressado na forma da legalidade constitucional e infraconstitucional, sob pena de não se reputarem Juízes competentes, como sentido que a essa expressão empresta o inc. LIII, do art. 5º.⁷²

A par da divergência, o princípio é amplamente acolhido, fazendo parte de seu conteúdo a garantia de que o juiz poderá julgar com independência e de acordo com seu sentimento, devidamente fundamentado na justiça.

⁷² ALVIM, Arruda. Princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, n. 19, p. 20-39. Abr./jul. 1994, p. 36.

Não afronta o princípio do juiz natural, a existência de tribunais especiais ou especializados no processo e julgamento de determinados litígios, segundo sua natureza. Assim, não é inconstitucional a previsão de tribunal superior com competência originária para o processo e julgamento de determinadas pessoas por prerrogativas da função.

Não há como confundir esta prévia distribuição de competência, com critérios fixados pela lei, com os tribunais de exceção, pois estes são transitórios, arbitrários e funcionam *ad hoc*, ao passo que a justiça especializada se aplica a todos os casos em face da matéria ou a casos que envolvam determinadas pessoas.

Portanto, a idéia de que só é juiz natural o juiz constitucional, em nada afasta a necessidade da conveniência da justiça especializada, pois, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, esta se justifica

[...] levando-se em consideração a instrumentalidade do processo e a diversa natureza das relações jurídicas de direito material que constituem seu objeto, a exigirem não só diferenças entre os vários procedimentos, como também a instituição de tribunais especializados que distribuam a justiça com eficiência e celeridade.⁷³

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 11-33, jan./mar., 1983. p. 21.

⁸³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p 45.

O princípio do promotor natural tem origem na doutrina que reivindicava a proibição as simples e discricionárias designações feitas pelo Procurador Geral de Justiça, ficando condicionada eventual designação do Promotor de Justiça à necessidade de havendo cargo específico com atribuição própria a ser exercida pelo membro do *parquet*.

Encontra-se consagrado no artigo 128, § 5º, I, *b*, da Constituição Federal⁷⁴, com a proibição de designações casuísticas do Promotor de Justiça, proibindo a figura do acusador de exceção.

Trata-se, na verdade, de autêntica garantia constitucional da própria sociedade, como explica Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

[...] este princípio, na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do *parquet* e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-

⁷⁴ “Art. 128. O Ministério Público abrange:

§ 5º Leis, complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I – as seguintes garantias:

b) inamobildade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;”.

á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros.⁷⁵

O princípio do promotor natural e o do juiz natural, impõe ao jurisdicionado a garantia constitucional de ser processado e julgado pelas autoridades competentes, previamente estabelecidas pela Constituição Federal, pelas leis infraconstitucionais processuais e de organização judiciária.

Não ofende o princípio do promotor natural a existência de grupos especializados dentro do Ministério Público, porque a pré-constituição do Promotor de Justiça, ou seja, sua investidura antes do fato a ser perseguido, atende ao princípio.⁷⁶

2.3.4 Princípio da proibição da prova ilícita

O direito à prova, uma decorrência natural dos princípios do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, não é absoluto.

⁷⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural atribuição e conflito**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 45.

⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 93.

Segundo a moderna doutrina constitucional, os direitos do homem não podem ser entendidos em sentido absoluto diante da necessidade da convivência das liberdades.

As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.⁷⁷

A Constituição Federal, no inciso LVI, do art. 5º, contempla a proibição do uso de provas obtidas ilicitamente. Assim, “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A Constituição posicionou-se no sentido da inadmissibilidade da produção de prova obtida ilicitamente, proibição também prevista no artigo 332, do Código de Processo Civil, segundo o qual “[...] todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 46.

Prova ilícita e ilegítima não se confundem. Entende-se por prova ilegítima aquela que viola normas processuais e prova ilícita, ou ilicitamente obtida, aquela colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo constitucional, que digam respeito às questões das liberdades públicas que asseguram direitos e garantias relativas à intimidade, à liberdade e à dignidade humana.

Os meios de prova devem ser idôneos e juridicamente admissíveis, “[...] conforme doutrina prevalecente, assentada especialmente no pensamento de Nuvolone, ilegítima é a prova quando a vedação à sua obtenção for de natureza processual e ilícita quando a proibição for de natureza material”.⁷⁸

A vedação ao uso da prova ilícita, aquela que aparenta regularidade formal, mas obtida com violação à norma de direito material, tem oscilado desde a sua proibição absoluta, por mais relevantes que sejam os fatos apurados, uma vez que a obtenção da prova violou princípios constitucionais; até os casos em que elas são admitidas sem qualquer restrição, desde que se trate de prova relevante e pertinente, impondo apenas punição no âmbito penal ou administrativo para o responsável pelo ato ilícito na obtenção ilegal da prova.

⁷⁸MELLO, Rodrigo Pereira. **As provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 67

Tem-se admitido um meio termo, uma posição temperada, nem a proibição nem a permissão absoluta; adota-se o critério ou princípio da proporcionalidade, que, como já mencionado, tem assento no direito público alemão.

Pelo princípio da proporcionalidade, devem ser sopesados os interesses e direitos em discussão, de modo a entregar a solução mais justa, permitindo o não atendimento de um preceito, que não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.⁷⁹

Tendo em vista que a prova ilícita está presa à questão das liberdades públicas, nas quais estão assegurados os direitos e garantias relativos à intimidade, à liberdade e à dignidade humana, e como não pode haver incompatibilidade entre normas constitucionais, é curial que os direitos constitucionais, que aparentemente estão em conflito, sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma, porque, tratando-se de colisão entre direitos fundamentais, estes não estão sujeitos à reserva da lei, como é o caso do conflito de regras.

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 165.

O ponto central está em localizar o equilíbrio entre dois valores contrapostos, quais sejam, a tutela da norma violada com o uso de prova obtida ilicitamente.

Feitas as devidas ressalvas, não se admitem as provas obtidas ilicitamente por violarem direito material. Por esta razão também são repudiadas com a mesma veemência as provas delas diretamente derivadas, provas por derivação⁸⁰.

A proibição do uso da prova obtida ilicitamente é um limite importante ao princípio da verdade real, baseado na máxima os fins não justificam os meios.

2.3.5 Princípio da publicidade dos atos processuais

Uma das grandes conquistas da Revolução Francesa foi a publicidade do processo, possibilitando o controle da justiça pela população: o povo é o juiz dos juízes.

⁸⁰ Provas ilícitas por derivação, concepção representada na doutrina internacional pela expressão norte-americana *fruits of poisonous tree*, se ilícita a prova originária, a que dela for derivada também será considerada ilícita. (Cf. MELLO, Rodrigo Pereira. **As provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 67).

A publicidade constitui um precioso instrumento do Estado de Direito Democrático, pois o ato praticado em público inspira mais confiança do que o praticado às escondidas. E a justiça não pode ser secreta, já que, na prestação jurisdicional há um interesse público maior do que o privado, defendido pelas partes.

A garantia constitucional em questão está prevista no inciso LX, do art. 5º, segundo o qual “[...] a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; e no art. 93, n. IX, que determina que

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos..., sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação⁸¹.

No âmbito infraconstitucional, o artigo 155, do C.P.C, determina:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:
I – em que o exigir o interesse público;

⁸¹ Redação dada pela Emenda Constitucional 45/04.

II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Vê-se que a publicidade não é absoluta, porque a própria Constituição Federal dispôs acerca da possibilidade de a lei restringir a publicidade, quando os interesses particulares ou interesse público o exigirem.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas autoriza a relativização da publicidade, impondo o trâmite do processo em segredo de justiça, por respeito à intimidade das partes, à moral, aos bons costumes e à defesa da família.

Apesar da relatividade da publicidade, segundo o ensinamento de Cintra - Grinover e Dinamarco, a publicidade do processo:

[...] constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juizes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões

hãõ de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo.⁸²

A publicidade garante ao povo uma justiça que nada tem a esconder, permitindo a fiscalização dos atos judiciais e da conduta daqueles que atuam no processo.

Para o sistema processual democrático, a publicidade é essencial, garantindo a efetiva participação das partes no processo, mas “[...] a publicidade, como garantia política – cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana”.⁸³

2.3.6 Princípio da motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais, semelhante ao da publicidade, permite o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional.

⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et. al. **Teoria geral do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 69.

⁸³ Ibid., p.23.

Dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal, que as decisões judiciais serão motivadas, sob pena de nulidade, “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

A exigência de fundamentação consiste na necessidade de o julgador declinar quais foram as razões de fato e de direito que o levaram à tomada da decisão.

A fundamentação deve ser substancial, e não meramente formal, pois o juiz deve analisar as questões postas para julgamento.

Rui Portanova, ao responder à indagação feita a respeito do alcance da necessidade de fundamentar uma decisão, leva em conta a visão tridimensional do direito, qual seja, fato, valor e norma, mostrando que

[...] o inc. II, do art. 45,8 do CPC, diz que um dos requisitos da sentença é a apresentação de fundamentos em que o ‘juiz analisará as questões de fato e de direito’. Isso não significa que a sentença possa omitir questões valorativas. O direito não é só fato e norma. Sendo o direito constituído, pelo menos, de fato, valor e norma, tem-se que é necessário virem a lume também considerações axiológicas.⁸⁴

⁸⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 251.

Antônio Cláudio da Costa Machado afirma que a fundamentação tem sua base no livre convencimento do julgador e que só tem razão de ser na sentença e no acórdão, porque só nestas decisões há em regra julgamento do mérito.⁸⁵

O comando constitucional impõe que toda decisão, independentemente da sua natureza, deva ser fundamentada, sob pena de nulidade. Trata-se de uma garantia contra o arbítrio.

2.3.7 Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição, por não estar previsto explicitamente na Constituição como os demais, leva parte respeitável da doutrina a não aceitá-lo como garantia constitucional.

⁸⁵ Não quer dizer com isso que as decisões interlocutórias não devam ser fundamentadas, já que a fundamentação pode ser concisa. “[...] somente a esses dois atos (fazendo referência à sentença e ao acórdão) se impõe a observância da exigência de fundamentação do art. 458, inciso II, escapando ao alcance da determinação, as decisões interlocutórias que podem ser fundamentadas concisamente (art. 165). Nada mais lógico: como as interlocutórias são decisões que tem por objeto matérias estritamente processuais, a lei reserva a exigência de análise minuciosa das questões fáticas e jurídicas apenas para a sentença (ou acórdão), onde o juiz decide o mérito, à luz dos fundamentos materiais do pedido e da defesa”. (MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 548.)

A dualidade de instâncias consiste na possibilidade de uma decisão proferida por um órgão jurisdicional inferior ser reexaminada, em regra, por um órgão hierarquicamente superior.

A sua existência no sistema não é de agora criticada ou elogiada. Chiovenda já apresentava argumentos para uma e outra posição, não muito diferentes das que hoje são sustentadas pela doutrina, afirmando que o princípio da pluralidade era hostilizado porque adverso à essência da jurisdição e ilógico, já que, se o juiz superior é melhor do que o inferior, não se justifica a dualidade da instância.

Por outro lado, a pluralidade dos graus dá maior confiança à opinião pública, uma vez que o juiz, por melhor que seja, pode errar e persistir no próprio erro, sem esquecer que o controle estimula o juiz inferior a melhor julgar⁸⁶.

Carnelutti trata do princípio da impugnação como sendo a possibilidade de se voltar a julgar uma decisão pela natural propensão do homem em não aceitar ter sido vencido.⁸⁷

⁸⁶CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v 2.

⁸⁷CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 111.

Em que pese a consagrada expressão

[...] duplo grau de jurisdição, ela peca por lhe faltar melhor técnica, pois a jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano.⁸⁸

Luiz Guilherme Marinoni afirma que seria mais apropriado dois órgãos do Poder Judiciário analisando a mesma causa, o que leva à denominação *duplo juízo sobre o mérito*, partindo-se do princípio do duplo grau de jurisdição, quer dizer, o juízo sobre o mérito pode ser realizado por dois órgãos do Poder Judiciário.⁸⁹

As razões básicas, para sustentar o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, estão, em primeiro lugar, na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada; em segundo lugar, na necessidade de dar, ao vencido que não se conformou com o resultado, uma outra oportunidade para o reexame da sentença; em terceiro lugar, os tribunais, formados por juízes em geral mais experientes e constituindo-se em

⁸⁸CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et. al. **Teoria geral do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros. 1996..p. 141.

⁸⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141.

órgãos colegiados, proporcionam maior segurança; em quarto lugar, o juiz de primeiro grau, sabendo que sua decisão será reexaminada, cerca-se de maiores cuidados no julgamento. Sem falar na possibilidade de decisões proferidas por juízes que estejam tomados por alguma influência, temor ou sentimentos menos dignos. Enfim, trata-se de segurança da justiça.⁹⁰

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco também justificam o princípio do duplo grau de jurisdição pelas mesmas razões acima apontadas, ressaltando, contudo, que o principal fundamento é de natureza política:

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.⁹¹

⁹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Atualizado por Aricê Moacyr Amaral Santos. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v.1, p. 82.

⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra, et. al. **Teoria geral do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 75.

Nelson Nery Junior lança os mesmos argumentos, acrescentando o fato de que um único juiz poderia tornar-se despótico.

O duplo grau de jurisdição é uma “garantia fundamental da boa justiça” e o fundamento constitucional está em que a própria Constituição estabelece que os tribunais do país tenham competência para julgar causas originariamente e *em grau de recurso*.⁹²

O professor Humberto Theodoro Júnior afirma tratar-se de um mecanismo para prevenir o abuso de poder do juiz que tivesse a possibilidade de decidir sem qualquer revisão de sua decisão. É um *antídoto* contra a tirania judicial.

Argumenta, ainda, em cima da falibilidade do ser humano, ou seja, não é aceitável imaginar que o juiz seja imune a falhas no mister de julgar, portanto não se pode imaginar o recurso sobre o viés de que se tenha no tribunal um julgamento melhor, mais justo, por fim, soma-se, o elemento natural do inconformismo daquele que sucumbe diante de uma decisão

⁹²NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio fundamentais** – teoria geral dos recursos. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

contrária aos seus interesses, o princípio do duplo grau de jurisdição é uma *garantia fundamental de boa justiça*.⁹³

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho⁹⁴, para quem o duplo grau atende aos ideais da justiça, na medida em que o juiz de primeiro grau será mais cauteloso e a decisão mais justa, se tiver conhecimento de que sua decisão poderá ser reexaminada e modificada por um tribunal superior.

Djanira Maria Radamés de Sá⁹⁵ e Silvânio Covas⁹⁶, para demonstrar que o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional, acrescentam uma argumentação diferenciada, qual seja, o fato de o Brasil ser signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, que prevê, expressamente, a existência do duplo grau como garantia constitucional.

Os argumentos desfavoráveis ao duplo grau de jurisdição além da não previsão constitucional, ocasionar uma demora na prestação jurisdicional, gerar desprestígio do julgador de primeiro grau, levar a inefetividade do

⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Princípio fundamentais – teoria geral dos recursos**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 164.

⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v. p. 265.

⁹⁵ SÁ, Djanira Maria Radamés de. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 2 v. p. 191.

⁹⁶ COVAS, Silvânio. O duplo grau de jurisdição. In: ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 3 v. p. 600.

processo, o professor Sérgio Shimura apoiado em doutrina ainda aponta: a) o juiz de primeiro grau tem mais condições de julgar, pois é ele quem colhe as provas; b) se fosse verdade que o tribunal julga melhor do que o juiz do primeiro grau, por que então não se permite o ingresso direto no tribunal?; c) muitas vezes o recurso é utilizado tão somente com a finalidade de procrastinar o bom andamento do processo; d) a prestação jurisdicional seria mais rápida, mais econômica.⁹⁷

Não há dúvidas de que o julgador, que esteve presente durante toda a instrução do processo, mantendo contato direto com as partes, testemunhas, advogados, etc. tem a possibilidade de formar um *juízo* mais preciso sobre os fatos do que o colegiado que não participou da instrução.

A importância dada pelo legislador à identidade física do juiz é tamanha que, no parágrafo único, do artigo 132, do C.P.C., está prevista a possibilidade de serem refeitas as provas que o juiz sucessor entender necessárias.⁹⁸

⁹⁷ SHIMURA, Sérgio. **Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais.** In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 604-615. p. 604.

⁹⁸ Art. 132. [...]

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Assim, o duplo grau de jurisdição sobre o mérito desprestigia a principal vantagem do princípio da oralidade, que é fundamental para que se permita uma efetiva participação das partes no processo.

Além disso, o duplo grau acarreta a demora na entrega da prestação jurisdicional, principalmente nas situações de menor complexidade, “[...] diante das quais o órgão de segundo grau dificilmente chegaria a uma decisão diversa daquela que foi tomada pelo juiz de primeiro grau de jurisdição”.⁹⁹

Ainda, o duplo grau apresenta a idéia de que o juiz de primeira instância perde importância e confiança, na medida em que a sentença, apenas em situações excepcionais, pode ser executada na pendência do recurso, sendo, ainda assim, uma execução sem muita efetividade, sem falar na falsa idéia de que o juiz do tribunal tenha maior conhecimento e experiência em relação ao de primeiro grau.

Portanto, o duplo grau de jurisdição transforma o julgador monocrático em simples juiz instrutor. Como advertem Marinoni e Arenhart:

⁹⁹ MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 146.

[...] no sistema da common law o juiz de primeiro grau goza do mesmo prestígio dos juízes das Cortes superiores, até porque o trial-judge, ao menos em nível federal, é considerado um magistrado que nada deve aos demais em termos de conhecimento e experiência. O que se quer dizer, em outras palavras, é que o sistema da common law confia mais no juiz, dando a ele, por conseqüência, maior poder. Contudo, se no sistema da civil law, o método de seleção e a estrutura do Poder Judiciário são diferentes dos da common law, isto não pode implicar, por si só, na transformação do juiz de primeiro grau em um mero instrutor.¹⁰⁰

A Constituição Federal prevê os recursos especial e extraordinário, ambos com requisitos específicos, porque não servem para impugnar matéria de fato, só violação à autoridade da lei federal e da Constituição.

Para Oreste Nestor de Souza Laspro,

[...] os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, apesar de ligados entre si, não traduzem relação de dependência ou continência. Isto porque é possível assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição e vice-versa.¹⁰¹

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 495.

¹⁰¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 94.

Por outro lado, não há que se confundir, no nosso sistema processual, o duplo grau de jurisdição com o direito de recorrer.

Recorrer é, antes de tudo, um ato que exige um elemento volitivo, qual seja, a vontade de recorrer, pois a parte que sucumbiu deverá impugnar a decisão, caso contrário a terá aceitado e ela se torna válida e eficaz.

O duplo grau de jurisdição está assegurado, em algumas hipóteses, independentemente da interposição do recurso. Por outro lado, no sistema recursal brasileiro, existem recursos que são julgados pelo próprio juízo prolator da decisão impugnada, o que não seria possível para que se tivesse o duplo grau de jurisdição. Assim, Oreste Nestor de Souza Laspro conclui: “[...] com efeito, garantir o direito de recorrer não significa (...), garantir o duplo grau de jurisdição”.¹⁰²

Como ressalta o professor Sérgio Shimura, decorre do princípio do duplo grau de jurisdição que a lide deve ser julgada por um órgão jurisdicional e re julgada por outro, mas não se quer dizer que o duplo grau esteja catalogado como direito fundamental, permitindo, assim, que lei ordinária crie, suprima ou modifique a sistemática dos recursos: “Vale dizer, a atual Constituição Federal – ao contrário da Constituição de 1824 – apenas

¹⁰²Id. **Garantia do duplo grau de jurisdição**. In: TUCCI. José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 192 e 206.

prevê e admite, mas não cataloga como direito fundamental, nem assegura de modo absoluto e ilimitado o princípio do duplo grau de jurisdição”.¹⁰³

Não se está a dizer que a Constituição Federal não tenha feito a opção pela possibilidade de recursos contra as decisões judiciais, tanto que ela estabelece a competência dos tribunais de superposição para o julgamento dos recursos especial e extraordinário, ou quando dispõe sobre os recursos a serem endereçados aos tribunais que compõem a justiça especializada, ou ainda, ao prever a existência de órgãos superiores e inferiores no âmbito da justiça estadual.

O que se está a afirmar é que em relação ao princípio do duplo grau de jurisdição, o mesmo, ao contrário de outros princípios, não é imposto pela Constituição Federal como determinação certa a ser observada pela lei infraconstitucional.

Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, não se tem uma autêntica garantia do duplo grau de jurisdição:

Diferentemente dos demais princípios integrantes da tutela constitucional do processo, este não é previsto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem possibilidade de recurso. Assim sucede com os casos de competência originária dos tribunais da Justiça Comum (Regionais Federais, Justiça, de Alçada), cujos acórdãos só poderão ser objeto de recurso

¹⁰³SHIMURA, Sérgio. **Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 604-615. p. 605.

extraordinário ou especial quando concretamente concorrerem os rigorosíssimos pressupostos a que estes estão condicionados.¹⁰⁴

A Constituição Federal prevê decisão de única instância, que poderá não ser objeto de recurso. Portanto, há previsão constitucional de irrecorribilidade de algumas decisões.

Assim, a norma infraconstitucional também poderá taxar algumas decisões judiciais como sendo irrecorríveis, sem que isso venha a contrariar a Lei Maior.

Ao contrário, a regra está em total harmonia com o sistema constitucional, sem prejuízo de afirmar a existência do princípio do duplo grau de jurisdição.

2.3.9 Princípio da celeridade processual

Se uma decisão judicial é proferida a destempo, quando se entrega ao jurisdicionado a tutela e não mais lhe interessa, não se pode afirmar que houve justiça.

A morosidade processual é um problema extremamente sério que decorre de inúmeras razões, desde a falta de funcionários nos cartórios ou de juízes, até o número excessivo de demandas. Tanto um quanto outro

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 1. 2001. p. 239.

implicam problemas estruturais do Poder Judiciário, não só impondo ao magistrado um penoso trabalho, como ao jurisdicionado, uma penosa demora.

Dentre as mudanças que o processo civil vem sofrendo desde o início da década de 90, vale citar a recentemente editada Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e estabelece o processo eletrônico.

Sem sombra de dúvida, a existência de um processo em que não se faça mais necessária a existência do papel, ou, pelo menos, haja a sua sensível diminuição, importará em uma maior celeridade do mesmo, permitindo, assim, estruturar melhor o Poder Judiciário para que cumpra com efetividade seu papel importante na sociedade.

A Lei em questão, somada as outras que também foram editadas em datas próximas, estão a cumprir o comando constitucional que já estava previsto na Constituição Federal.

Decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal¹⁰⁵ a noção de que a prestação jurisdicional deve ser entregue tempestivamente, e não quando não mais interessa ao jurisdicionado, ou quando o próprio direito perecer.

A Emenda Constitucional 45/04, denominada – Reforma do Judiciário –, explicitou o princípio da celeridade processual ao acrescentar o inciso LXXVIII, ao art. 5º. *In verbis*: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial

¹⁰⁵ Conforme ensina Nelson Nery Junior, *in* **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, bastava constar na Constituição Federal que o princípio a ser seguido é o do devido processo legal, para que se dispensassem inúmeros incisos do art. 5º, porquanto muitos princípios constitucionais processuais estão englobados pelo devido processo legal.

e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Outrossim, o art. 8º, 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, assinada em San Jose da Costa Rica, em 1969, e da qual o Brasil é signatário, –sendo, portanto, aplicável ao nosso ordenamento, estabelece o direito a um processo em tempo razoável. *In verbis*:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O processo não pode ter um fim em si mesmo; como instrumento, deve conduzir as partes a um resultado útil e em um tempo que o direito não fique corroído, trazendo a noção de inutilidade do instrumento, produzindo uma tutela inadequada e apontando a inefetividade da atuação estatal.

Rui Barbosa já ensinava, há muito tempo: “a justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Sendo o Estado responsável pela solução do conflito, deverá fazê-lo dentro de um prazo razoável, sob pena de gerar outra situação de conflito em decorrência da demora. Mas não se pode, em nome de um processo célere, comprometer o contraditório; o confronto entre princípios acaba sendo inevitável, podendo, às vezes, se chocar a necessidade da rapidez da solução

do processo, da efetividade do mesmo e de regras que devam ser respeitadas para a validade do processo, e a necessidade de segurança jurídica.

Assim, processo de *razoável duração* não pode significar um processo veloz, mas “[...] um processo que deve andar com certa rapidez, de modo a que as partes tenham um prestação jurisdicional em tempo hábil¹⁰⁶, observando-se o princípio da razoabilidade”.

Portanto, o processo, como instrumento de realização do direito material, deve proporcionar uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz, ou seja, efetiva.

¹⁰⁶SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 176.

CAPÍTULO III

Princípios do Acesso à Justiça e do Contraditório

3.1 Noções gerais

Dispõe o art. 1º da Constituição Federal que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe ser o Brasil um Estado Democrático e um Estado de Direito.

Estado Democrático significa que o poder é distribuído a partir da soberania popular, que o legitima; portanto, o povo é a origem do poder.

Por seu turno, Estado de Direito significa que ele é caracterizado, regido e limitado pelo ordenamento jurídico.

Com a positivação dos direitos fundamentais, afirma Marcelo Lima Guerra, o centro do universo jurídico deixa de ser a lei (entendida, principalmente, como produção normativa infraconstitucional), posição que passa a ser ocupada pelos próprios direitos fundamentais, colocando-se no

centro e fundamento do ordenamento jurídico, “[...] *enquanto direito positivo*, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais”.¹⁰⁷

Assim, tendo os direitos fundamentais como guia condutor da nova postura implementada pela Constituição Federal, os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo da nossa Constituição democrática e pluralista.

A eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, que não é apenas um instrumento, mas é, também, um direito fundamental, cuja eficácia é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.

Assim, em tempos modernos, o processo persegue dois objetivos bem claros: o primeiro é a proteção dos direitos individuais, difusos ou coletivos; e o segundo é a verificação e proteção do ordenamento jurídico, como fundamento da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82. Completando, o autor diz: “O que caracteriza os direitos fundamentais, como *nova categoria jurídica*, é, precisamente, *a força jurídica reconhecida a tais valores*. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos os direitos fundamentais o *novum* que os identifica como uma categoria jurídica específica”. (p. 83, grifo do autor).

O processo¹⁰⁸ é o instrumento que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sempre que violados ou ameaçados de serem violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição.

Como têm assento na Constituição Federal os princípios e garantias fundamentais do processo, fala-se em constitucionalização do processo civil, o que implica a revisitação dos institutos fundamentais do processo civil.

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, a tutela jurisdicional se revelou com um novo conteúdo, o do direito fundamental, com a denominação de garantias fundamentais do processo, terminologia acolhida em países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.¹⁰⁹

A Constituição Federal assegura essas garantias fundamentais do processo, principalmente nos incisos XXXV e LV do art. 5º, que consagram

¹⁰⁸ O professor Cândido R. Dinamarco fala em tutela constitucional do processo, que representa o conjunto de princípios amparados pela Constituição Federal e diretamente relacionados ao sistema processual. Ele afirma que: “[...] o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”. (In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.25).

¹⁰⁹ Gregório Assagra de Almeida manifestou sua preocupação com o tema: “Tudo isso impõe a necessidade de revisitação da própria visão instrumentalista do direito processual, que deve ter, no nosso sentir, como guia condutor, a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Torna-se imprescindível, como exigência do próprio Estado Democrático de Direito, que sejam fixadas diretrizes metodológicas do direito processual à luz da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. In: ASSIS, Araken de et al. (Coord.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.1040-1967. p. 1047).

as garantias do acesso à justiça e do contraditório, sem falar nas já abordadas no capítulo II do presente trabalho.

3.2 Princípio do acesso à justiça

O direito de acesso à justiça, como já afirmaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.¹¹⁰

Segundo o inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tem o comando constitucional natureza jurídica pluridimensional, porque nele encontra-se fundamento jurídico constitucional para vários institutos do direito, tais como, direito de ação, de defesa, poder geral de cautela, legitimidade extraordinária, indeclinabilidade da jurisdição, direito a uma tutela justa e adequada etc.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

O dispositivo consagra, em sede constitucional, o direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, porque, estando proibida a autotutela, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição¹¹¹, que é seu dever. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.

O direito de ação não está vinculado à efetiva procedência do pedido, ele existe independentemente do autor ter ou não razão quanto ao que postula; trata-se de um direito abstrato.

A proibição constante nesta garantia constitucional, não tem como destinatário só o legislador, ainda que seja o principal, ou o Poder Público como um todo, mas todos, indistintamente, que queiram de algum modo assim proceder, pois, como mostra Moniz de Aragão, citado por Luiz Guilherme Marinoni,

[...] a Constituição não garante apenas o direito de ação em face do Poder Público, mas de todos quantos, de qualquer modo, possam querer impedi-lo. É que, se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia

¹¹¹ Como ensina o professor José Carlos Barbosa Moreira: “Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem pública, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas”. (In: MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. São Paulo: Saraiva, 1980. 2ª série. p. 21.

poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.¹¹²

O alcance da via judiciária, como meio para proteção de direitos, não permite que o juiz deixe de sentenciar, alegando lacuna da lei. Desse modo, a amplitude desse princípio é a maior possível, sendo o acesso à justiça garantido para uma tutela preventiva ou reparatória a um direito, contemplando não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

O acesso à justiça, também conhecido por princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, assegura a qualquer um os meios processuais de proteção contra todos os atos do particular ou do Poder Público, quer sejam atos de administração, de legislação ou jurisdicionais. Portanto, a garantia do acesso à justiça consiste em não se permitir que se criem obstáculos ao jurisdicionado para postular seu direito junto ao Poder Judiciário.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao comentar o princípio da inafastabilidade, afirma:

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros 2000. p. 202. No mesmo sentido é a lição de Nelson Nery Junior: “Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, valer dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 94).

[...] o princípio em comento toca dois dos temas mais relevantes da doutrina processual moderna: a efetividade do processo e a questão do acesso à justiça. Assim, restam viabilizados tanto a aplicação do direito material como o próprio funcionamento do regime democrático: “sabido ser a jurisdição uma das expressões da soberania e o processo instrumento dessa jurisdição, instrumento político de efetivação das garantias asseguradas constitucionalmente e até mesmo manifestação político-cultural” [...] Ainda que se queira o pleno acesso à jurisdição, não se pode esquecer: a função jurisdicional não é exercida por simples diletantismo, ou mero deleite intelectual. A jurisdição, assim, não é informada pelo princípio do prazer, mas pelo princípio da utilidade.¹¹³

Por seu turno, Mauro Cappelletti afirma:

[...] o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹¹⁴

Rui Portanova afirma:

A preocupação com o acesso à justiça no Brasil, que informa o princípio da inafastabilidade, é uma filosofia

¹¹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 59, p. 253-268, 1993. p. 254.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 13.

libertária, aberta para o social e para a realidade, que busca, imperativa e ingentemente, métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível. Enfim, é um movimento para a efetividade da igualdade declarada e consagrada pelo Estado Social.¹¹⁵

Decorre do acesso à justiça o direito de todos de postularem tutela jurisdicional preventiva e reparatória relativamente a um direito, não só os direitos individuais, como também, os difusos e coletivos. Destina-se, pois, o direito de acesso à justiça, não só a questionar a violação do direito, como também, a simples ameaça de sua violação.

É voz corrente, na atual doutrina, que o acesso à justiça não se reduz a um mero acesso ao processo ou a uma simples obtenção da sentença de mérito.

A garantia do acesso à justiça impõe aos poderes públicos o compromisso de fornecer uma prestação jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente aos valores essenciais do Estado Democrático de Direito.

¹¹⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 83.

O direito de acesso à justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada um tem, individualmente, ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material.

O jurisdicionado passa à posição central da prestação jurisdicional, constituindo verdadeira razão de ser do Poder Judiciário e dos mecanismos processuais, devendo, pois, o jurisdicionado nortear a jurisdição a ser prestada.¹¹⁶

Entretanto, nem sempre foi assim, pois, nos tempos do Estado Liberal, conforme noticiam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça era apenas formal, porque a justiça só podia ser obtida por aqueles que pudessem pagar os custos do processo, “[...] aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”.¹¹⁷

Com o advento do Estado Social, houve mudanças que resultaram na substituição de uma visão formal para uma mais substancial, culminando

¹¹⁶ Conforme Cármen Lúcia: “O reconhecimento da jurisdição como um direito fundamental do cidadão coloca esta atividade como dever-poder do Estado, criando para a entidade política soberana uma obrigação irrecusável para com o jurisdicionado, o qual passa à posição central da prestação, como é próprio do princípio democrático que deve nortear todas as atuações da pessoa política [...] é a necessidade do jurisdicionado que deve nortear a jurisdição a ser prestada, e o direito a ela tem que ser assegurado pelo Estado nos termos das tendências constitucionais”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51. p. 50).

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 9.

com o acesso a uma justiça material, ou seja, a uma prestação jurisdicional justa, efetiva, tempestiva, adequada e com a participação efetiva das partes.

Evidentemente, para se falar em acesso à justiça, é fundamental a consciência que se deve ter dos direitos materiais e processuais, já que a ausência do conhecimento do direito é o primeiro mecanismo de negação.

Nesse sentido, Jorge Miranda afirma que a primeira forma de defesa dos direitos consiste no seu conhecimento, sem o qual, frustra-se qualquer avaliação racional sobre vantagens e prejuízos ocasionados pela sua fruição ou violação:

Só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua efectivação, assim como das desvantagens e dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efectivar ou por eles serem violados.¹¹⁸

Portanto, o verdadeiro acesso à justiça começa pelo desenvolvimento da educação e de noções de cidadania, instrumentos

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1998. vol. 4. p. 229.

mínimos para conferir possibilidades efetivas de conhecimento dos direitos. Somente assim se poderá falar em acesso à justiça.¹¹⁹

A garantia constitucional do acesso à justiça é a garantia de acesso à ordem jurídica justa, é uma questão de cidadania.

Kazuo Watanabe, em lição sempre precisa e atualizada, em texto que já se tornou clássico na literatura jurídica nacional, afirma que “[...] o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”.¹²⁰

Portanto, a garantia do acesso à justiça não se esgota no direito de provocar a atividade jurisdicional¹²¹ nem na obtenção da sentença de mérito, mas num processo justo, que consiste não só na possibilidade de participação efetiva e adequada das partes, como na observância concreta dos direitos fundamentais processuais. Isso porque, embora o resultado seja importante, a justiça na decisão é identificável mais pela análise no procedimento adotado pelo juiz do que na elaboração do conteúdo.

¹¹⁹ MÜLLER, Julio Guilherme. **Direitos fundamentais processuais**. Curitiba: Faculdade de Direito, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2004. p. 132.

¹²⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

¹²¹ ZAIDEN G. Neto, sobre o tema, esclarece: “[...] oferecer ao jurisdicionado *a mera* possibilidade de ingressar em juízo não significa dar cumprimento ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Muito ao contrário, sustentar essa tese traduz verdadeiro engodo, significa oferecer *meia-justiça*”. (GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29, grifos do autor).

Leonardo Greco, ao tratar das garantias fundamentais do processo, afirma que a legitimidade *ad causam* até pode ser reconhecida a quem não seja titular do direito material, para facilitar o acesso à tutela jurisdicional, “[...] mas não pode impedir o titular dessa relação de vir a juízo em nome próprio defender seu próprio patrimônio jurídico”.¹²²

Processo justo é aquele desenvolvido com o respeito aos direitos fundamentais processuais, constantes na Constituição Federal, porque, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “[...] a Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução dos litígios”¹²³.

O direito de acesso à justiça, por ser uma garantia constitucional fundamental, não admite uma interpretação restritiva; ela deverá ser sempre aberta e flexível, de modo a garantir e facilitar o ingresso em juízo e a participação, no processo, não só do autor e do réu (partes do processo), mas

¹²² GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20.02.2008.

¹²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

de todos os terceiros interessados juridicamente, terceiros prejudicados e os portadores de interesses legítimos, fáticos e reflexos.¹²⁴

3.3 Princípio do contraditório

A palavra contraditório é derivada do latim, *contradicere*, e corresponde a contradizer, objetar, consistindo numa reação a uma ação, mais especificamente, ao tema em debate.

Está previsto, no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório é consagrado em inúmeros ordenamentos jurídicos no mundo e, no Brasil, esteve ausente nas Constituições de 1824, 1891 e 1934, tendo assento Constitucional pela primeira vez, curiosamente, na Constituição outorgada de 1937, em seu art.

¹²⁴ Como exemplo, pode ser mencionado o art. 5º, da Lei 9.469/97, que autoriza a intervenção do ente público pelo interesse puramente econômico ou em decorrência de sentença que possa gerar efeitos reflexos indiretos: “Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

122, § 11, com aplicação restrita ao processo penal, mantido assim, nas constituições de 1946 e 1967. Somente com a Constituição de 1988, o contraditório foi estendido aos processos civil e administrativo.

No Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o princípio do contraditório só adquiriu *status* de princípio constitucional do processo com o advento da Constituição de 1988, porque a Constituição de 1967, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 1/69, foi restringida a previsão do contraditório ao processo penal, posto que, em seu artigo 153, §§ 15 e 16, estava previsto: “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” e “a instrução criminal será contraditória”.

Levando-se em consideração estes dispositivos, a Corte Maior assentou entendimento de que o princípio do contraditório só era pertinente no processo penal, pois, no processo civil, o princípio processual em questão era decorrência de legislação infraconstitucional, de modo que as defesas no processo civil eram reguladas pelas leis processuais.

Nesse contexto, analisando a jurisprudência à época do Supremo Tribunal Federal, afirma Henry Gonçalves Lummertz que

[...] eventual descumprimento às normas processuais relativas à ampla defesa e ao contraditório no processo civil ‘comporta-se no âmbito da interpretação da lei processual, sem atingir o plano da Constituição’ e, muito especialmente, não implica desrespeito ao princípio constitucional do contraditório, pois ele sequer é aplicável nesses casos, limitado que está à esfera penal.¹²⁵

Hoje a realidade é outra, porquanto o princípio do contraditório, nos termos em que está posto no Constituição Federal, não só deve ser observado no processo penal, como no processo civil e no processo administrativo.

A Constituição Federal impõe que a lei deve instituir meios efetivos para a participação das partes no processo, devendo o juiz franquear esses meios, inclusive exercendo ele próprio o contraditório.¹²⁶

Prevaleceu por algum tempo a noção de que o contraditório seria a possibilidade de contestar o pedido formulado pelo autor. Assim, havia uma

¹²⁵LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47-94. p. 68.

¹²⁶ Sobre a participação do juiz no contraditório, afirma Dinamarco: “A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem faculdades no processo, senão deveres e poderes) [...] A globalização da ciência processual foi canal de comunicação pelo qual uma regra de direito positivo de um país pôde ser guindada à dignidade de componente desse princípio universal, transpondo fronteiras. A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de *direção*, de *prova* e de *diálogo*. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 1. p.220. grifo do autor).

idéia restrita a respeito do contraditório, porque falava-se somente em contestação.

Atualmente o conceito de contraditório não está mais restrito à contestação ofertada pelo réu, mas abrange também o direito, daquele que participa no processo, de impugnar todas as argumentações trazidas pelas partes, sendo decorrente da dialética como princípio existente no processo.

O processo jurisdicional é um procedimento dotado de relação jurídica em contraditório, que exterioriza os valores democráticos no seio do processo. Portanto, o contraditório é pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito.

O conceito de contraditório é construído a partir da sua aplicação processual e constitucional.

Para José Afonso da Silva, o princípio do contraditório constitui pressuposto indeclinável da realização de um processo justo, sob pena de tornar vazio e sem qualquer sentido valorativo outro princípio constitucional, qual seja, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. “A essência processual do contraditório se identifica com a regra *audiat altera*

pars, que significa que a cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados”.¹²⁷

Para João Batista Lopes, o contraditório deve ser visto a partir do trinômio: *informação – reação – participação*, ou seja, informação necessária, reação possível e participação garantida. “Assim, o réu tem direito de ser informado da ação proposta pelo autor e possibilidade de apresentar contestação no prazo legal, [...], diálogo entre juiz e as partes”.¹²⁸

Nelson Nery Junior afirma que o contraditório deve ser entendido, como, “[...] de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”.¹²⁹

Cândido Rangel Dinamarco ensina que a garantia do contraditório, imposta pela Constituição Federal, significa:

¹²⁷ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 154.

¹²⁸ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 1. 42. Em outro trabalho, o autor afirma: “Com esse novo perfil, o contraditório deixou de ser confundido com o direito de defesa, porquanto passou a abranger também o direito de produzir prova, de ser informado regularmente dos atos processuais e de influenciar na formação das bases da sentença”. (LOPES, João Batista. *Contraditório e abuso do direito de defesa na execução*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 346-350. p. 346.

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131.

[...] em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa, também, que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz.¹³⁰

Artur César de Souza conceitua o contraditório como sendo a

[...] garantia fundamental do homem, que lhe assegura a participação dialética na concretização de um determinado provimento decorrente do exercício do Poder, como forma de assegurar a legitimidade da ingerência da decisão no trinômio vida-liberdade-propriedade, mediante uma atuação efetiva, concreta e bilateral em todo arco de um procedimento configurado segundo os ditames políticos do Estado Democrático de Direito.¹³¹

O princípio do contraditório deve ser concebido como a garantia constitucional, decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, representando a efetiva intervenção e participação das partes no processo, com a finalidade de influenciar na formação do provimento jurisdicional, visto assim pelo trinômio: informação necessária, reação possível e participação garantida.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

¹³¹ SOUZA, Artur César. **Contraditório e revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 170.

Quanto à informação, é a cientificação das partes para conhecimento: ao réu, ciência dos termos da inicial; ao autor, das preliminares argüidas pelo réu e a juntada de documentos; e a ambos, dos atos subseqüentes do processo.

Em relação à reação, que não é obrigatória nem é dever, mas ônus, ela se constitui na manifestação das partes nos autos.

Por fim, a participação é a garantia de que as partes possam se pronunciar sobre atos processuais e fatos relevantes, influenciando na decisão.

Se o contraditório decorre do princípio do Estado Democrático de Direito, por conseqüência, ele tem também raízes no princípio da dignidade humana,

[...] por ser instrumento que assegura às partes a condição de sujeitos no processo, intervindo de modo crítico e construtivo em seu desenvolvimento e em seu resultado, ao invés de constituírem mero “objeto” do processo, sujeitas ao arbítrio do órgão jurisdicional.¹³²

¹³² LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47-94. p. 49.

Decorre do princípio do contraditório o princípio da democracia participativa, ou seja, a possibilidade de as partes responderem e produzirem provas necessárias à demonstração da verdade dos fatos que alegam. É a bilateralidade dos atos e termos processuais, com a finalidade de poderem influenciar na prestação jurisdicional.

O contraditório é construído atualmente a partir do binômio político e jurídico: político, pela garantia de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido; e jurídico, porque expresso na bilateralidade da ação e do processo que impõe a pretensão e a contradição. Trata-se da dialética processual.

Ação e defesa, a tese e a antítese, acabam por garantir ao autor e ao réu o contraditório, que será exercido perante o juiz, praticando todos os atos do processo com a finalidade de fazer valer seus direitos e interesses, realizando, o juiz, a síntese.

É importante ressaltar que a lei garante ao réu apenas a possibilidade da defesa, já que tem ele total liberdade para fazer ou não fazer uso de tal direito.

Entre a liberdade de o autor ir a juízo e a do réu de se defender, existe um paralelismo tão íntimo, que constitui a própria estrutura do processo.

Nas palavras do festejado processualista uruguaio Eduardo J. Couture, quando:

[...] o autor aciona; ao fazê-lo, exerce um direito que ninguém lhe contesta, já que logo mais na sentença se saberá se a sua ação é ou não procedente. O réu se defende; ao fazê-lo, exerce um direito que ninguém lhe contesta, já que logo mais na sentença se saberá se a sua defesa é ou não fundada. Pela mesma razão porque não se pode repelir de plano a demanda, também não é possível repelir de plano a defesa. Pela mesma razão porque cumpre assegurar ao autor as vias de reclamação perante a autoridade, é também mister garantir ao demandado os meios de se defender. Esta estruturação essencial do processo civil é um instrumento das liberdades cívicas.¹³³

Para que o contraditório seja pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal, é necessário dar realmente as mesmas possibilidades às partes para que possam influenciar efetivamente no convencimento do julgador. Para além de sua função de prestar informações às partes, o contraditório é informado pelo princípio do respeito da dignidade da pessoa.

¹³³ COUTURE, E.J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 23.

Segundo Ada Pellegrini Grinover,

A plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. Como se notou, a quem age ou se defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de sua razões.¹³⁴

O contraditório, assim entendido e aplicado, permite uma real participação das partes na relação jurídica processual; é uma elementar exigência da justiça, qual seja, a de dar a todas as partes a ocasião e possibilidade de defender-se, antes do pronunciamento final do juiz.¹³⁵

A ampla defesa é uma decorrência natural do contraditório, uma vez que, à parte, não só é assegurado o direito de tomar conhecimento de todos os atos e termos do processo (o contraditório), mas também, o direito de alegar e provar o que se alega. Assim, se o réu resolver defender-se, terá o amplo direito de defesa.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa** em julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad. 1985. p. 18.

¹³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 11.

Enfim, o contraditório é a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos e termos do processo às partes e de permitir a reação pelas partes aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

Destarte, as partes não só têm o direito de deduzir uma pretensão e uma defesa, como de realizar as provas que entendam necessárias para demonstrar a verdade dos fatos e serem ouvidas paritariamente no processo em todos os seus termos.

Ada Pellegrini Grinover, mesmo sob a égide da Constituição de 1967/69, afirmara:

[...] o que importa é que a sentença se siga necessariamente a um procedimento legitimado pelo 'devido processo legal'. Não a um procedimento qualquer. Mas a um procedimento que garanta às partes, e não somente ao autor, a possibilidade de apresentarem a sua defesa e as suas provas e a possibilidade de influírem sobre a formação do livre convencimento do juiz. Só assim a resposta jurisdicional será, realmente, a resposta adequada ao Estado de Direito.¹³⁶

Portanto, pode-se afirmar que o conteúdo do princípio do contraditório importa em um diálogo judicial, pontuado pelo ativismo judicial e pela participação das partes na definição fática e jurídica da causa.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, 19, p. 9-20, São Paulo, dez. 1982. p. 13.

Naturalmente, a participação das partes no processo deve se dar sob o prisma da igualdade, que só se realiza através do contraditório. Embora existam princípios processuais que admitam exceções, o do contraditório é absoluto¹³⁷, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade ou mesmo de inexistência do processo.

A noção de que o contraditório é inerente à defesa,

[...] la constitucionalización de la defensa procesal ha producido efectos esenciales sobre su efectiva vigencia, ya que es posible exigir su pleno respeto en cualquier proceso jurisdiccional, según se desprende del propio texto fundamental.¹³⁸

É indiscutível que o princípio do contraditório atua como garantia constitucional fundamental, como já afirmado, e tem raízes no princípio da dignidade humana. Portanto, como o direito de acesso à justiça, não admite interpretação restritiva.

¹³⁷ Em relação a ser absoluto o princípio do contraditório, ensina Humberto Theodoro Júnior: “[...] quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se pretende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 1p. 31).

¹³⁸ CAROCCA PÉREZ, Alex. **Garantía constitucional de la defensa procesal**. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 1998. p. 64.

Pode-se, pois, afirmar que o princípio do contraditório, como garantia constitucional processual e meio de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, admite, ou melhor, impõe a inclusão, exigindo a participação de interessados no desfecho da demanda, como fator de legitimação da própria atividade jurisdicional.

Ninguém pode ser atingido pela coisa julgada sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência, como também já afirmado, do princípio político da participação democrática.

Afirma Fazzalari que somente haverá processo, se o destinatário dos efeitos de um ato processual participar em contraditório de sua formação.¹³⁹

Existem, pois, quatro consequências naturais que emergem do princípio do contraditório: a) só haverá relação processual completa após regular citação do réu; b) toda decisão judicial só poderá ser proferida depois de ouvidas as partes, ou ao menos de lhes ser franqueada a oportunidade; c) a

¹³⁹ Eis sua lição: “C’è, insomma, ‘processo’ quando in una o più fasi dell’iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo attore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l’attore dell’atto deve tener conto; i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare”. (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 83).

sentença só pode atingir as pessoas que participaram no processo ou seus sucessores; d) e participação ativa do juiz no processo.

Sempre que o juiz entender oportuna e necessária a intervenção de um terceiro, em razão da ampla abrangência do princípio do contraditório e pela dimensão publicística do direito processual, não seria equivocado afirmar que ele deve, mediante decisão devidamente fundamentada e considerando a relevância fática e jurídica das questões suscitadas, determinar de ofício a intervenção de terceiros interessados no processo. É a denominada intervenção *iussu iudicis*, que esteve presente no código de processo civil de 1939 (art. 91), presente no art. 107 do código de processo civil italiano, e ausente no código de processo civil de 1973.¹⁴⁰

Por conseqüência, é imperativa a leitura do processo civil à luz do direito fundamental da dignidade humana e da garantia constitucional do contraditório, com a releitura dos institutos da substituição processual na tutela individual e da coisa julgada, em relação ao titular do direito que foi

¹⁴⁰ Gregório Assagra de Almeida assim se manifesta: “Pela ampla abrangência do princípio do contraditório, pela dimensão publicística do direito processual e, em razão da relevância do contraditório para o direito processual, particularmente para o processo civil, que é o que mais nos interessa neste breve texto, entendemos que o juiz, considerando a relevância fática e jurídica das questões ventiladas, poderá, de ofício, provocar a intervenção de terceiros interessados no processo. É o que se denomina de intervenção *iussu iudicis*. (Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. In: ASSIS, Araken de et al. (Coord.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.1040-1967. p. 1052).

substituído no processo e é alcançado pela coisa julgada sem ter participado da relação jurídica processual.

Para conciliar a garantia constitucional do contraditório e o respeito à dignidade da pessoa humana, deve ser fixado o critério *secundum eventum litis* para a coisa julgada em relação ao substituído no processo. Isso porque pode-se afirmar, a partir de tudo o que foi dito, quem ninguém poderá ser prejudicado por uma decisão judicial que foi proferida sem que tivesse a oportunidade de ser ouvido.

CAPÍTULO IV

Conceito de Parte e Terceiro no Processo Civil

4.1 Noções gerais

Se a jurisdição é uma manifestação de um dos poderes do Estado, deve a mesma ser exercida por alguém e por meio de algo.

É exercida pelos juízes, respeitado o princípio do juiz natural, o juiz instituído pela própria Constituição Federal e competente segundo a lei¹⁴¹; o meio é o processo, o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição. Assim, a jurisdição e a ação têm como meio de contato o processo, o instrumento do Estado, portanto, pode ser visto como ponte entre a jurisdição e a ação.

O processo numa acepção geral é uma série ordenada de atos, previstos no ordenamento jurídico, e interligados com a finalidade de obter

¹⁴¹A garantia do juiz natural é caracterizada pelo trinômio: a) julgamento por um juiz; b) preexistência do órgão judiciário, afastando, assim, a existência de tribunais de exceção; c) juízo competente segundo a Constituição Federal e a lei.

“Art. 5º.

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

uma tutela jurisdicional justa, sendo que os atos no seu conjunto formam o procedimento.

Como no processo existem situações ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização de atos, forma-se, assim, uma relação jurídica processual (poderes, faculdades, deveres e ônus), estabelecida entre os sujeitos do processo.

Afirma Cândido Rangel Dinamarco que “o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma *entidade complexa*, integrada por esses dois elementos associados – *procedimento e relação jurídica processual*”.¹⁴²

Feitas essas considerações, pode-se definir o processo como instrumento da jurisdição previsto no ordenamento jurídico, tendo como elemento intrínseco uma relação jurídica estabelecida entre os sujeitos principais (Estado-juiz e as partes) e sujeitos auxiliares, assegurando as partes a possibilidade de participar e influir no resultado, com a finalidade de se obter a tutela jurisdicional justa.

¹⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. Vol 2. p. 25 (grifos do autor). Ele arremata: “Cada ato do procedimento *pode* ser realizado porque o sujeito que quer realizá-lo tem a faculdade ou o poder; ou *deve* ser realizado porque ele tem um dever ou um ônus” (p. 26, grifos do autor).

Destaca-se, desse conceito, que o processo é constituído por um elemento subjetivo, constituído pelos sujeitos principais e auxiliares. Os primeiros são o Estado-juiz (juiz), e o autor e o réu (denominados partes); os sujeitos auxiliares (denominados auxiliares da justiça) são os terceiros e os demais que praticam atos no processo e contribuem para a realização das funções do juízo.

Os denominados auxiliares da justiça contribuem para a realização de atos do processo que não sejam exclusivos do juiz e das partes, podendo ser divididos em permanentes e eventuais. Os auxiliares permanentes são aqueles que atuarão em todos os processos, como o diretor do cartório, o escrevente, enquanto os eventuais são convocados para atuarem excepcionalmente, como por exemplo, o perito e o depositário.

O Estado-juiz, que tem o poder, o dever e a função jurisdicional, ocupa, na relação jurídica processual, uma posição de supremacia e equidistância das partes,

[...] a supremacia decorre do fato de o processo ser um instrumento de exercício do poder soberano do Estado, através de uma de suas manifestações, qual seja, a jurisdição. Já a equidistância, que nada mais é do que a demonstração gráfica da imparcialidade, corolário da

substitutividade, que [...], é uma das características essenciais da jurisdição¹⁴³.

A existência do processo pressupõe a ocorrência de um conflito de interesses que se situa fora do mesmo, no plano do direito substancial. A situação de conflito deduzida em juízo importa na existência de sujeitos que disputam o litígio e, nesse sentido, dele fazem parte e são denominados como partes do processo.

Os sujeitos que figuram no pólo ativo e no pólo passivo, como afirmado acima, são denominados partes, sendo o primeiro, o autor, e o segundo, o réu, além de poderem ser acrescentados os terceiros. Portanto, os sujeitos principais do processo são: o juiz, como sujeito desinteressado e imparcial; e as partes, sujeitos interessados e parciais, porque serão alcançados pela coisa julgada ou, no mínimo, pelos efeitos da sentença a ser proferida.

Definir o que seja parte é fundamental para a solução de inúmeros problemas teóricos e práticos, como já afirmava Gabriel Resende Filho, pois:

¹⁴³CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. vol. 1. p. 148.

[...] definir o que seja parte litigante não constitui apenas uma necessidade de ordem doutrinária [...] com efeito, verificar se uma pessoa é parte ou terceiro é elemento indispensável no problema da identificação das ações, a fim de jungir, ou não, esta pessoa aos efeitos da coisa julgada, e para se determinar a existência, ou não, da litispendência.¹⁴⁴

Conceituar e delimitar o conceito de parte no processo não é fácil nem se pretende resolver aqui essa questão, mas o assunto deve ser abordado pela própria lógica que impõe o presente trabalho.

4.2 Conceito de parte

O conceito de parte, pela atual doutrina, é eminentemente processual, já que resulta da propositura da ação, sendo relevante o fato de alguém pedir a prestação jurisdicional através do processo em face de outrem.¹⁴⁵

Entretanto, nem sempre foi assim, porque o conceito de parte foi se modificando na medida em que a teoria civilista da ação foi sendo substituída pelas teorias publicistas, as quais foram reconhecendo a autonomia no

¹⁴⁴REZENDE FILHO, Gabriel. **Direito processual civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1968. vol.1. p. 220.

¹⁴⁵ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 2. p. 23.

processo¹⁴⁶ diante da relação jurídica de direito material. Dessa forma, o processo deixou de ser um mero apêndice do direito material, para ser tratado e estudado como ciência jurídica própria, com princípios, métodos e objeto.

Assim, nos tempos da teoria imanentista, o conceito de parte era elaborado levando-se em consideração a relação jurídica de direito material: *autor* seria a atribuição dada ao credor, e *réu*, o nome dado ao devedor¹⁴⁷, situação que não resistiu a críticas, em especial quando se julgava improcedente o pedido ou mesmo procedente uma ação declaratória de inexistência da relação jurídica.

Entretanto as doutrinas atuais concebem o conceito de parte em sentido exclusivamente processual.

Adolf Schönke conceitua parte como sendo as

¹⁴⁶A autonomia científica do direito processual ocorreu em meados do século XIX, com a obra de Oskar Von Bülow quando, em 1868, na Alemanha, ele publicou sua obra sobre exceções e pressupostos processuais – **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. (LICHSTSCHEIN, Miguel Angel Rosas (tradução). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1964). Candido Rangel Dinamarco, sobre o assunto, afirma que, até o trabalho de Bülow, as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegético, à moda dos velhos praxistas, não havendo “uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados por romanistas e civilistas – o que bem indica como à consciência dos juristas de então não transparecera ainda a luz da distinção, hoje muito nítida, entre direito substancial e processo; não havia maturidade suficiente dos estudos, para compreender que não são de direito material institutos como o da coisa julgada, da hipoteca, da prova, da responsabilidade executiva, da ação”. (In: **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. vol 1. p. 40).

¹⁴⁷Como ensina Moacyr Amaral Santos, o conceito tradicional de parte era: “[...] as partes na relação processual são os sujeitos ativos e passivos da relação de direito substancial que nela se controverte [...] por autor se entendia aquele que pedia o reconhecimento do seu direito, isto é, o credor (em sentido geral); como réu se havia aquele contra quem se pedia esse reconhecimento, isto é, o obrigado”. (In: **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1. p. 355.

[...] pessoas pelas quais, ou contra as quais, se pede em nome próprio a tutela jurídica. As partes são, por regra geral, ao mesmo tempo os sujeitos do direito ou dever discutidos, mas também pode um terceiro estar facultado para seguir em nome próprio um processo sobre relações jurídicas alheias; assim, por exemplo, o marido sobre os bens trazidos pela mulher ao matrimônio. Neste caso, o terceiro será parte. O conceito de parte é, em consequência, meramente formal e não precisa coincidir com a titularidade da relação jurídica controvertida.¹⁴⁸

Não foi diferente o conceito dado por Othmar Jauernig, em que resta invidiosa a noção de parte eminentemente processual, ao afirmar que

[...] parte é quem procura para si próprio protecção jurídica perante o tribunal e contra quem a protecção jurídica é pedida, através duma sentença assente nos nomes de ambas, com efeitos pró e contra elas [...] a noção de parte é puramente formal ou processual, completamente desligada do direito substantivo.¹⁴⁹

Giuseppe Chiovenda conceituou parte como

[...] aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada [...] Autor e réu. Uma demanda em juízo supõe duas partes:

¹⁴⁸SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Tradução Karina Andréa Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003. p. 113.

¹⁴⁹JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 98 e 99.

aquele que a propõe e aquele em face do qual se propõe.¹⁵⁰

O conceito de Chiovenda, que está estruturado a partir das pessoas que estão participando do processo (as partes da *demanda*)¹⁵¹ e sem qualquer preocupação com a relação de direito material, não deixou de receber crítica de Cândido Rangel Dinamarco, pelo fato de não guardar o conceito qualquer relação com o princípio do contraditório.¹⁵²

Para o mestre italiano, parte é aquele que figura no pólo ativo e no pólo passivo do processo, é o que pede a prestação jurisdicional e aquele em face de quem se pede, portanto, um conceito puramente processual, sem se afastar da ação como direito potestativo, ou seja, ação como caráter concreto, embora autônoma.¹⁵³

O conceito de parte em sentido processual é apresentado por Enrico Tullio Liebman, ao afirmar que são partes os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz: “[...] as partes são os sujeitos contrapostos, na

¹⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradutor Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 2. p. 278 e 280.

¹⁵¹ Afirma Chiovenda: “A idéia de parte é ministrada, portanto, pela própria lide, pela relação processual, pela demanda; não é necessário rebuscá-la fora da lide e, especialmente, na relação substancial que é objeto da controvérsia”. (Ibid., p. 279).

¹⁵² Dinamarco afirma que, além disso, o conceito de parte dado por Chiovenda esta ligado demasiadamente à demanda proposta ao objeto do processo, “pecando ainda pela ausência de associação ao princípio do contraditório” (In: **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 17).

¹⁵³ Explica Athos Gusmão Carneiro: “A lei é vontade geral e abstrata; ocorridos os fatos por ela abstratamente previstos, a vontade da lei torna-se, para aquele caso, *concreta*. Se não for obtida a realização espontânea desta vontade concreta da lei, tal atuação poderá ser pleiteada em juízo”. (In: **Intervenção de terceiros**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4).

dialética do processo perante o juiz, o qual, por definição, é titular de um poder imparcial”.¹⁵⁴

Pontes de Miranda, ao conceituar parte, salientou que “[...] são os pólos ativo e passivo da relação jurídica processual em ângulo, ou da relação jurídica processual em linhas, convergindo para o Estado”.¹⁵⁵

Para Frederico Marques, partes são

[...] as pessoas que pedem ou em face das quais se pede a tutela jurisdicional estatal. As partes constituem os sujeitos parciais da relação processual, em oposição aos órgãos judiciários que ali intervêm como sujeitos imparciais.¹⁵⁶

Moacyr Amaral Santos também conceitua parte no sentido processual, definindo-a como

[...] as pessoas que pedem ou em relação às quais se pede a tutela jurisdicional. Podem ser, e geralmente são, sujeitos da relação jurídica substancial deduzida, mas esta

¹⁵⁴Liebman adverte que o conceito de parte em sentido substancial, “que seria o sujeito da lide ou da relação controvertida (e que um setor da doutrina contrapõe à parte em sentido processual), é estranho à lei e ao sistema de direito processual. A chamada parte em sentido substancial, quando não coincide com a parte em sentido processual, é apenas um terceiro”. (In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p 89 e 90).

¹⁵⁵MIRANDA, Pontes. **Tratado das ações**. Atualizado Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 1. p. 267.

¹⁵⁶MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2. p.147.

circunstância não as caracteriza, porquanto nem sempre são sujeitos dessa relação.¹⁵⁷

Segundo Piero Calamandrei, para se entender o conceito de parte, deve-se partir da seguinte premissa elementar:

[...] a qualidade de parte se adquire, com *abstração de qualquer referência ao direito substancial*, só pelo fato, de *natureza exclusivamente processual*, da proposição de uma demanda perante o juiz. A pessoa que propõe a demanda e a pessoa contra quem se propõe adquirem, sem mais, por este simples fato, a qualidade de partes do processo, que com esta proposição se inicia.¹⁵⁸

Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar que o conceito de parte é pura técnica processual, considera como tal todos os “[...] sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja, os sujeitos interessados da relação processual”.¹⁵⁹

Em que pese a doutrina distinguir partes em sentido processual e em sentido material, a conceituação de parte sob o enfoque eminentemente processual não observa, os princípios constitucionais do acesso à Justiça e do contraditório, este, em especial, na sua dimensão de garantia constitucional

¹⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1. p. 356.

¹⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 237. (grifos do autor)

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 16.

de informação e participação no processo para influenciar nas decisões judiciais.

Gregório Assagra de Almeida, ao enfrentar o conceito de partes e terceiros no processo civil brasileiro, de modo objetivo pondera que, diante da nova visão instrumentalista do direito processual com as fases da efetividade do processo, do acesso à justiça e do direito processual de resultados, o direito processual “[...] passa a ser compreendido como meio de realização de justiça”¹⁶⁰, esta concepção do processo, reflete naturalmente, no conceito de parte e terceiros.

A fase instrumentalista, que teve início em meados do século XX, especialmente a partir das décadas de 60 e 70, através de estudos de Mauro Cappelletti, leva a uma reaproximação necessária entre o direito material e o direito processual (substância-processo), sem que essa aproximação negue a autonomia do direito processual ou represente um retrocesso ao tempo do sincretismo da ação.

Mas, na doutrina de Gregório Assagra de Almeida: “A *metódica pluralista e aberta* estabelecida pela visão instrumentalista do direito

¹⁶⁰ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Partes e terceiros no processo civil**: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. In. ASSIS, Araken; et al (Coord) **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 1040-1067. p. 1044.

processual não conseguiu apresentar conceituação de *partes* e de *terceiros* de acordo com a principiologia constitucional atual, que tem em seu núcleo a tutela dos direitos e garantias constitucionais fundamentais”.¹⁶¹

O princípio do acesso à justiça, expressamente previsto na Constituição Federal no art. 5º, XXXV, o qual estabelece que “[...] a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, como já afirmado, constitui-se em norma pluridimensional, eis que é fundamento jurídico-constitucional para inúmeros institutos do direito, como: direito de ação, de defesa, poder geral de cautela, legitimidade extraordinária, antecipação dos efeitos da tutela, direito a uma tutela jurisdicional adequada etc.

Assim, não se pode imaginar que o direito de acesso à Justiça seja exclusivo da parte (autor e réu), é também do terceiro interessado juridicamente ou do prejudicado, ou ainda do terceiro portador de interesse legítimo, fático ou reflexo:

[...] todos esses terceiros, além das partes demandante e demandada, têm o direito de comparecer em juízo para integrarem o contraditório com a finalidade de

¹⁶¹ALMEIDA, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. . In. ASSIS, Araken; at al (Coord) **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 1040-1067. p. 1045.

influenciarem na decisão do juiz no sentido de buscar uma decisão que seja a mais adequada e justa para o caso concreto.¹⁶²

O princípio do contraditório, também uma garantia constitucional, previsto expressamente na Constituição Federal, no art. 5º, LV, dispõe: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em tempos modernos, a garantia do contraditório não é só vista como o direito de defesa ou como ciência bilateral para reação, mas como fator de inclusão para permitir, e até mesmo exigir, em certos casos, a participação de outros interessados no resultado do processo, legitimando, dessa forma, a própria atividade jurisdicional.

O princípio do contraditório é assim baseado em três elementos fundamentais; direito à *informação – reação – participação*, ou seja, informação necessária, reação possível e participação garantida.

Depreende-se dos elementos acima mencionados a participação e a natureza publicística do direito processual somados à própria relevância do

¹⁶² Ibid. p. 1049.

contraditório para o direito processual civil, é possível admitir que o juiz, de ofício, promova a intervenção de terceiros interessados no processo. É o que se denomina intervenção *iussu iudicis*, que esteve presente no art. 91, do código de processo civil de 1939¹⁶³; e no art. 107, do código de processo civil italiano¹⁶⁴, possibilitando ao juiz determinar o chamamento do terceiro, se entendesse conveniente para o julgamento da causa, não se tratando, neste caso, de uma possibilidade, mas sim, de um poder do juiz; mas o *iussu iudicis* está ausente no código de processo civil brasileiro de 1973, salvo na hipótese do litisconsórcio necessário onde o juiz nos termos do parágrafo único, do art. 47, do código de processo civil, determina a citação dos litisconsortes.

Admite a intervenção *iussu iudicis* no sistema atual do código de processo civil, entre outros, Gregório Assagra de Almeida¹⁶⁵ e Fredie Didier Júnior¹⁶⁶, pela relevância fática e jurídica de que as questões discutidas no

¹⁶³“Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância”.

¹⁶⁴“Art. 107 Intervento per ordine de giudice

Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al qual la causa è comune, ne ordina l'intervento (111, 270, 272, 420)”.

“Art. 107 Intervenção por ordem do juiz

O juiz, quando acha oportuno que o processo se desenvolva no confronto de um terceiro, ao qual a causa é comum, assim ordena a intervenção (111, 270, 272, 420)”.

¹⁶⁵Gregório Assagra de Almeida assim se manifesta: “Pela ampla abrangência do princípio do contraditório, pela dimensão publicística do direito processual e, em razão da relevância do contraditório para o direito processual, particularmente para o processo civil, que é o que mais nos interessa neste breve texto, entendemos que o juiz, considerando a relevância fática e jurídica das questões ventiladas, poderá, de ofício, provocar a intervenção de terceiros interessados no processo. É o que se denomina de intervenção *iussu iudicis*. (In: **Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório**. . In. ASSIS, Araken; et al (Coord) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 1040-1067. p. 1052.

¹⁶⁶Fredie Didier Júnior tem admitido a intervenção *iussu iudicis* no atual sistema processual pelas seguintes razões: “A intervenção de terceiro por ordem do juiz deve-se a dar não só nos casos de litisconsórcio necessário no pólo passivo (cuja ausência de citação leva à extinção do processo), como também nas

processo possam atingir a esfera do terceiro, ou mesmo este possa ser atingido pelos efeitos da coisa julgada.

Entretanto o contraditório não se realiza necessariamente só no direito à informação, reação e participação, porquanto impõe deveres, como ensina Antônio de Passo Cabral, ao afirmar que o princípio do contraditório não se esgota na sua dupla dimensão – informação e reação, porque importa, também, na imposição de alguns deveres processuais, como a boa-fé processual objetiva, como imperativo constitucional da conduta ética dos sujeitos do processo.¹⁶⁷

Brunela Vieira De Vincenzi, em seu trabalho de dissertação de mestrado, intitulado a A Boa-Fé no Processo Civil, reconhece no princípio do contraditório o dever, ao afirmar que:

[...] contraditório legitimador da decisão final do processo impõe o exercício das posições subjetivas processuais de forma dialética, mas exige o respeito aos deveres de cooperação e colaboração decorrentes de sua contemporânea acepção jurídico-política, que visa,

hipóteses de litisconsórcio unitário facultativo, para integrar aquele que poderia ter sido litisconsorte, mas não foi, eis que o terceiro será inevitavelmente atingido pela coisa julgada, em virtude da unitariedade da relação material. Além disso, também serviria para cientificar cônjuge/companheiro em demandas reais imobiliárias propostas pelo outro consorte. Em todas essas situações, caberia a intervenção *iussu iudicis*, como forma de minimizar os problemas do litisconsórcio facultativo unitário, cumprindo ao magistrado determinar a intimação (e não citação) do possível litisconsorte, para, querendo, integrar a relação processual” (In: **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 6.ed. Salvador: Podivm, 2006. vol 1. p. 283).

¹⁶⁷CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, n. 30, p. 59-81, ago. 2005.

acima de tudo, a tornar efetiva a garantia no processo civil [...] a garantia do contraditório, expressamente contemplada para o processo civil pela Constituição de 1988 (art. 5º, LV), serve de suporte e de limite para a aplicação da cláusula geral da boa-fé no processo civil, pois, quando aplicada de acordo com a concepção prática pelo juiz, importa em que as partes devem proceder com lealdade, em cooperação e colaboração para a realização dos escopos da jurisdição.¹⁶⁸

Assim, levando-se em consideração mais esta dimensão do contraditório, qual seja, o dever de todos no processo, decorrente da boa-fé processual, no conceito de parte devem ser incluídos todos os que participam do processo e que têm relativa condição de influir juridicamente na decisão final ou mesmo ser atingidos por uma decisão.

Portanto todas estas pessoas, com exceção do juiz, são partes, para fins processuais.¹⁶⁹

Pode-se inferir, do princípio do acesso à Justiça e do contraditório, cinco dimensões da qualidade de parte no processo civil, como fez Gregório Assagra de Almeida.¹⁷⁰

¹⁶⁸ DE VINCENZI, Brunela Vieira. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44 e 172.

¹⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Partes e terceiros no processo civil**: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. . In. ASSIS, Araken; et al (Coord) **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 1040-1067. p. 1055.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 1056.

Em sentido material, parte são os titulares da relação jurídica material deduzida em juízo e, em comparecendo, serão os legitimados ordinários. Esta noção é importante, porquanto poderá ser dimensionado quem será atingido pelos limites subjetivos da coisa julgada.

Parte, na demanda, como segunda dimensão, é todo aquele que figura no pólo ativo ou passivo da demanda posta em juízo, e que, em regra, são os legitimados ordinários, com a exceção dos legitimados extraordinários.

Em sentido processual, terceira dimensão, parte são todos aqueles que participam do processo em contraditório, influenciando na decisão judicial.

A quarta dimensão é a parte para fins de auxílio técnico-jurídico das decisões judiciais, como, por exemplo, o *amicus curiae*¹⁷¹. Quanto a esta dimensão, ressalta-se a existência de discussão a respeito de se saber se o *amicus curiae* seria parte ou não no processo civil, discussão que não comporta espaço neste trabalho, daí porque ficará restrita, a questão, à

¹⁷¹Sobre o *amicus curiae*, leitura obrigatória é a obra de Cassio Scarpinella Bueno (**Amicus curiae**: no processo civil brasileiro, um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006).

afirmativa de ele ser parte, porque participa do contraditório, contribuindo para o resultado do provimento jurisdicional.¹⁷²

Por fim, deve ser considerada parte, diante da possibilidade (interesse) de impugnação das decisões judiciais, todos aqueles que venham a ser atingidos por uma decisão judicial ou que estejam autorizados para a defesa de determinados interesses. Assim, nesta dimensão, são incluídos não só os demandados, como também os terceiros intervenientes, se atingidos por decisão que lhes seja prejudicial, e os terceiros que não tenham participado em contraditório e que venham a ser prejudicados pela decisão, incluindo, aqui, os auxiliares da justiça, permanentes ou eventuais. Pode-se, também, incluir na qualidade de parte, para fins de impugnação da decisão judicial, todos que, não sendo parte na demanda ou no processo, e, mesmo sem qualquer interesse, venham a sofrer a aplicabilidade da multa, nos termos do art. 14, V, e parágrafo único, do código de processo civil.

Por tudo o que foi até aqui exposto, pode-se conceituar a parte, para fins processuais, como sendo: o sujeito ativo e passivo que participe ou ao

¹⁷²Gregório Assagra de Almeida destaca a importância de se saber se o *amicus curiae* é ou não parte no processo civil, e acaba por lhe reconhecer a qualidade de parte, “[...] ele assume a qualidade de parte porque participa do contraditório contribuindo e influenciando na formação do provimento. A sua intervenção é fator de ampliação da própria legitimidade das decisões judiciais. Por outro lado, observa-se que ele não é mero auxiliar técnico do juiz. É também auxiliar técnico-jurídico, e, não fosse isso, não se subordina ao juiz. Daí sua qualidade de parte”. In. ASSIS, Araken; et al (Coord) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 1040-1067. p. 1058.

menos tenha sido cientificado, para, em contraditório, participar da relação jurídica processual, de forma parcial, com a finalidade de influir na prestação jurisdicional a ser entregue pelo juiz; bem como todas as demais pessoas que poderão influir juridicamente na decisão ou que tenham interesse em impugná-la diante do prejuízo que esta causar.

4.2.1 Capacidade de ser parte e de estar em juízo

Decorre, pois, do conceito processual de parte, a não importância do conceito de *legitimidade* para ser parte, mas apenas a *capacidade* de ser parte, podendo, assim, ser parte todo aquele que tenha capacidade para estar em juízo.

A capacidade de ser parte decorre da própria capacidade de ser sujeito de uma relação jurídica processual, já que está relacionada à capacidade de direito ou à capacidade civil.¹⁷³

Por outro lado, a capacidade de estar em juízo é a capacidade para o exercício do direito. Portanto não é suficiente a capacidade de ser parte, é necessária a capacidade para exercitar e participar da relação jurídica

¹⁷³ Segundo o Código Civil: “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

processual, de modo válido e eficaz, por si mesmo ou através dos institutos da assistência ou da representação.¹⁷⁴

4.2.2 Da aquisição da qualidade de ser parte

A qualidade de parte pode ser adquirida de várias formas e, considerando as dimensões apresentadas, pode-se apontar que, pela propositura da ação (art. 263, CPC), autor ou réu adquirem a qualidade de partes na demanda; o autor já será considerado também como parte no processo e o réu, somente quando citado validamente (art. 213, CPC); nos termos do art. 214, do código de processo civil, o comparecimento espontâneo importa ao demandado assumir a qualidade de parte no processo.

O autor adquire a qualidade de parte na demanda no momento do ajuizamento da ação, ocupando, assim, simultaneamente, as posições de parte no processo e na ação.

Por sua vez, o réu é parte da demanda desde a distribuição, e se torna parte no processo num segundo momento, qual seja, com a citação

¹⁷⁴Dispõe o Código de Processo Civil: “Art. 7º. Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. E o “Art. 8º. Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”.

válida, que é o ato responsável pela triangularização da relação processual, ou com o comparecimento espontâneo.

A formação do processo é gradual, pois ele tem início com a distribuição da ação, formando uma relação linear entre autor e o juiz, e somente restará restando completo com a citação válida do réu ou com seu comparecimento voluntário.

Além disso, a qualidade de parte pode ocorrer pela sucessão processual, voluntária ou obrigatória (no pólo ativo ou passivo), sendo decorrente da morte da parte originária – sucessão *causa mortis* – ou de negócio jurídico – sucessão *inter vivos*. Nestes casos, o sucessor assume a qualidade de parte no processo e na demanda (arts. 42 e 43, do CPC), o que não se confunde com a substituição processual (que será objeto de capítulo próprio), a qual importa em qualquer uma das situações, em que a parte sucessora passe a integrar a relação jurídica em nome próprio e em defesa do próprio direito.

A intervenção de terceiros, espontânea ou provocada, outorga ao interveniente a qualidade de parte do processo, a partir do momento em que ele for citado.

Através do recurso ou qualquer outro meio impugnativo incidental idôneo, o terceiro assumirá a qualidade de parte para recorrer da decisão judicial que lhe é prejudicial.

4.2.3 Princípios relativos às partes

As partes, como sujeitos principais do processo, são regidas por três princípios, a saber: da dualidade de partes, da igualdade de partes e do contraditório.

O processo, como relação jurídica, exige ao menos duas partes ou dois sujeitos parciais, com interesses contrapostos, sendo inadmissível realizar-se o processo com apenas uma das partes e um dos pólos.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco,

[...] a regra da *dualidade das partes*, que tem apoio na própria realidade do processo como uma disputa entre dois ou mais sujeitos (combate, duelo) e na premissa de que ele se realiza para a solução de conflitos – e, obviamente, ninguém terá algum conflito consigo mesmo, suscetível de ser dirimido através do processo. Como a tutela jurisdicional é sempre concedida a uma pessoa, em relação a um bem e em detrimento de outra, seria grotesca transgressão ao princípio constitucional do contraditório a produção de efeitos sobre a esfera jurisdicional de alguém, sem que houvesse sido parte no processo. Daí por que o

esquema mínimo da relação processual é necessariamente tríplice, sem a possibilidade de reduzir o processo a mero diálogo entre um demandante e o Estado-juiz.¹⁷⁵

Já foi afirmado que, antes da citação do réu, o processo já existe, porém incompleta está a relação jurídica processual, completando-se a relação processual, na jurisdição contenciosa, com a citação válida do réu.¹⁷⁶

O art. 125, I, do código de processo civil, é expresso em determinar ao juiz que conduza o processo assegurando às partes a igualdade de tratamento.¹⁷⁷ Esta regra processual nada mais faz do que repetir uma garantia constitucional, o tratamento isonômico, sendo objeto de exame próprio o princípio constitucional da igualdade.

Em sede de processo, a lei deve e garante às partes as mesmas oportunidades no exercício dos direitos, poderes, deveres e ônus processuais, permitindo, assim, um processo justo e eficaz na defesa das pretensões.

¹⁷⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 2. p. 272. (grifo do autor)

¹⁷⁶ Adverte Athos Gusmão Carneiro que, em se tratando de jurisdição voluntária, é possível a existência da relação processual íntegra somente com a presença do autor e do juiz: “Apenas na jurisdição voluntária (que, como vimos alhures, não é, na opinião majoritária, uma verdadeira *jurisdição*) poder-se-á admitir uma relação processual *íntegra*, embora *linear*: autor/juiz tão somente”. (In: **Intervenção de terceiros**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16).

¹⁷⁷ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

O processo, como instrumento da jurisdição indispensável para garantir a paz social, mediante a justa composição dos conflitos, deve se desenvolver dialeticamente, ou seja, ninguém pode ser condenado a perder sua liberdade ou seu patrimônio sem ser ouvido: *nemo debet inauditum damnari*. A outra parte sempre será ouvida: *audiatur et altera pars*.¹⁷⁸

4.2.4 Da pluralidade de partes

Em regra, a relação jurídica processual se desenvolve de forma simples, isto é, com apenas um autor e um réu, não obstante é possível, por questão de economia processual ou mesmo pela exigência da relação de direito material, diante dos interesses plurais sobre o bem da vida a ser tutelado, que estejam presentes mais de um autor ou mais de um réu, ou mais de um autor e um réu. Estes interesses são decorrentes de comunhão, conexão ou posição de afinidade por pontos comuns de fato ou de direito, tudo nos termos dos artigos. 46 e 47, do código de processo civil.¹⁷⁹

¹⁷⁸ A garantia do contraditório foi objeto de exame em capítulo próprio.

¹⁷⁹“Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

- I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
- II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;
- III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
- IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”.

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

O litisconsórcio conduz a uma cumulação de ações, ou seja, a formação de duas ou mais relações jurídicas processuais em um só processo. Hipótese haverá em que a relação processual permanecerá única.

Quanto à formação, o litisconsórcio pode ser inicial ou ulterior, e, levando-se em consideração o pólo, pode ser ativo, passivo ou misto.

Pode-se ter o litisconsórcio facultativo (art. 46), porquanto sua formação decorre da opção do autor; e o necessário (art. 47), quando instalação é uma imposição da lei ou quando a própria relação de direito material exige, sob pena de extinção, sem resolução do processo, pela ilegitimidade da parte ou mesmo ineficácia da sentença em relação ao litisconsorte, que deveria ter participado, e não foi incluído na relação jurídica processual.¹⁸⁰

O litisconsórcio ainda pode ser simples, quando o resultado poderá ser diferente aos litisconsortes; e unitário, quando a sorte deles necessariamente deverá ser a mesma, porque incidível a relação de direito material.

¹⁸⁰ “Art. 47.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”.

Os litisconsortes, em regra, atuarão em relação à parte adversa em observância ao princípio da autonomia, ou seja, o ato de um não prejudica nem beneficia o outro.¹⁸¹

Por fim, em se tratando de litisconsórcio facultativo multitudinário, poderá o magistrado limitar o número de litigantes, se houver comprometimento da rápida solução do litígio ou dificuldade para a defesa.¹⁸²

4.2.5 Da legitimação ordinária e extraordinária

Normalmente a ação é proposta por quem afirma ser o titular da relação jurídica material e em face de quem efetivamente deva sofrer as conseqüências da sentença de procedência. Em outras palavras, há coincidência entre o titular da afirmação do direito material e a legitimidade para agir, configurando-se a denominada legitimação ordinária, nos termos do art. 6º, do código de processo civil, primeira parte: “ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio”.

¹⁸¹ “Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

¹⁸²“Art. 46.

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para a resposta, que recomeça da intimação da decisão”.

Entretanto, em alguns casos, taxativamente previstos em lei, a legitimação para agir recai sobre pessoa diferente do titular do direito material, inexistindo, nesta hipótese, coincidência entre a legitimação processual e material, o que a doutrina denomina de *legitimação extraordinária* ou *substituto processual*, parte final do art. 6º, do código de processo civil: “ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

O tema será objeto de capítulo próprio.

4.3 Conceito de terceiro no processo civil

Levando-se em consideração o conceito de parte sob o aspecto eminentemente processual, conforme defendido por Chiovenda e pela doutrina moderna, *parte* é quem pede e em face de quem se pede a prestação jurisdicional; *terceiro* é todo aquele que não pediu, nem em face dele foi feito algum pedido em juízo; portanto, pode-se definir o terceiro mediante um conceito negativo: é terceiro aquele que não pediu nem em face dele foi deduzido algum pedido.

Liebman afirma que “[...] todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, *terceiros*”.¹⁸³

Não é diferente o conceito de terceiro à luz das idéias de Calamandrei, que, ao apontar dois pressupostos infalíveis para reconhecer a intervenção na causa (nome que originariamente aponta para identificar a intervenção de terceiros): o primeiro, que o processo esteja pendente entre duas ou mais partes, e o segundo, que o “[...] interveniente seja um *terceiro*, isto é, alguém que até então não fora parte no processo que intervém”.¹⁸⁴

Como afirma Cassio Scarpinella Bueno, “[...] partes são os não-terceiros; terceiros são todos os que não são partes. O conceito de parte, nestas condições, é obtido pela negação de quem seja terceiro e vice-versa”.¹⁸⁵

Decorre destes conceitos que terceiros são aqueles que ainda não integram, por alguma razão, o contraditório, mas que poderão agir em juízo a qualquer momento.

¹⁸³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 90.

¹⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003. p.250.

¹⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.3.

Entretanto, é bom que se diga, nem todos os terceiros que venham a exercer atividades na relação jurídica processual atuarão em contraditório, porque continuarão a ser sempre terceiros, porquanto nada pedem e nada em face deles é pedido em juízo.

Como já afirmado, o conceito de terceiro é um conceito negativo e eminentemente processual, opondo-se simetricamente ao conceito de parte, porquanto são terceiros todos aqueles que não são partes no processo.

O que move um terceiro a participar de um processo no qual não é parte, é a existência de um interesse jurídico; em outras palavras, será admitida a participação do terceiro em processo alheio, se restar demonstrado que o resultado obtido no processo poderá produzir efeitos sobre a sua esfera jurídica.¹⁸⁶

Assim, os critérios para definir se o terceiro ostenta legitimidade para figurar em processo alheio podem ser:

[...] a eficácia da coisa julgada e as peculiaridades do direito material discutido. Em verdade, ambos os critérios no fundo imiscuem-se, afinal é justamente pela

¹⁸⁶Outra não é a lição de Moacyr Amaral Santos, que definiu como terceiros as “[...] pessoas estranhas à relação de direito material deduzida em juízo e estranhas à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação de direito material que àquela se liga intimamente, intervêm no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio” (In: **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2. p. 18).

natureza do direito substancial que liga terceiro a determinada parte que os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada serão definidos.¹⁸⁷

Athos Gusmão Carneiro também afirma que a intervenção de terceiros no processo somente poderá ocorrer se presente, entre os pressupostos, o fato de o terceiro ser juridicamente interessado no processo pendente. O autor apresenta a lição de Alvarado Velloso:

[...] la intervención de terceros tiene lugar cuando en forma voluntaria, provocada o necesaria un tercero interesado se incorpora a un proceso pendiente con el objeto de hacer valer en éste un *derecho* o *interes* propio, por hallarse vinculado – por lo menos con una de las partes originarias – mediante una relación de conexidad objetiva, de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal o de afinidad.¹⁸⁸

Portanto, o que caracteriza a qualidade de terceiro é sua posição diante do processo original, porque dele não participou originariamente, mas em face de interesse jurídico. O sistema autoriza seu ingresso no processo,

¹⁸⁷USTÁRROZ, Daniel. **A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 29.

¹⁸⁸VELLOSO, *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.71.

tornando-se, a partir de então, parte, razão pela qual, a figura do terceiro, nesse sentido, é efêmera.¹⁸⁹

Cumprido, ainda, salientar que nem sempre o ingresso de outras pessoas, diferentes das que já estão no processo originário, caracteriza a intervenção de terceiros, como por exemplo, quando ocorre a citação de litisconsortes necessários ou a sucessão processual.

¹⁸⁹ Nesse sentido é a lição de Fredie Didier Júnior: “[...] intervenção de terceiro é o fato (ato) jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado pela lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte” (In: **Recurso de terceiro**: juízo de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31).

CAPÍTULO V

Substituto Processual

5.1 Noções gerais

O jurisdicionado tem o direito de exigir do Estado, mediante provocação, adequada tutela jurisdicional, quando tiver um direito subjetivo seu não observado, exigindo, assim, que ele seja respeitado.

O direito do jurisdicionado de provocar o Estado é uma contrapartida pela proibição da autotutela, sendo denominado *direito de ação*.

A possibilidade, que se dá a qualquer pessoa de exigir, é denominada pretensão. Assim, “[...] quando alguém exige a observância de seu direito, ocorre o exercício da pretensão de direito material, que deixa de ser, portanto, mera potencialidade”.¹⁹⁰

¹⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62.

Se o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição, e a ação é o poder do jurisdicionado de exigir a prestação jurisdicional, então o processo é o meio de contato entre a jurisdição e a ação.

Em decorrência do sistema processual brasileiro, para que o processo possa seguir o caminho normal e chegar ao exame do mérito, é necessário que estejam presentes as denominadas condições da ação.¹⁹¹

Não se quer dizer que as condições da ação impliquem uma limitação ao direito constitucional de ação, mas que elas não passam de uma pura exigência de técnica; ou: uma exigência de pura técnica processual para tornar possível o exame do mérito, afastando, assim, a existência de um processo inútil.¹⁹²

Enrico Tulio Liebman diz que:

[...] a ação, que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular.¹⁹³

¹⁹¹Na lição de Bedaque, as condições da ação “[...] representam legítima limitação ao exercício da atividade jurisdicional no caso concreto, porque o processo iniciado sem a presença de uma delas é manifestamente inútil”. (In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 235.

¹⁹²Ibid., p. 237.

¹⁹³LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Vol. 1, p. 151.

Dispõe o art. 267, VI, do código de processo civil, que o processo se extingue sem resolução do mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Portanto, a ausência das condições da ação, ou mesmo de só uma delas, importa na denominada carência de ação, com a conseqüente ausência de um juízo sobre o mérito, razão pela qual, dizia Liebman, que a ação é o

[...] direito ao processo e ao julgamento do mérito [...] os requisitos para a existência da ação acham-se estabelecidos pelo direito processual. Os da sua procedência dependem do direito substancial, ou, de modo mais geral, do direito que regula a relação ou o estado que constitui objeto do pedido.¹⁹⁴

Assim, presentes as condições da ação, o jurisdicionado terá direito ao exame do mérito, não a uma sentença favorável, já que esta dependerá exclusivamente da convicção que o juiz formar sobre a demanda proposta.

¹⁹⁴Ibid., p. 151 e 162.

Das três condições da ação, a que interessa no presente trabalho é a relativa legitimidade das partes, razão pela qual a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual não serão objeto de análise.

Dispõe o art. 3º, do código de processo civil, que, para propor ou contestar uma ação, é necessário que ter, além do interesse, também a legitimidade. São legitimados para o processo os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito; em outras palavras, é uma qualidade “[...] aferida da conjugação específica da situação do sujeito e da qualidade do objeto do ato jurídico em face do ordenamento jurídico”.¹⁹⁵

Assim, a princípio, tem legitimidade ativa (autor), aquele que se diz titular do direito material, e legitimidade passiva (réu), aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial.¹⁹⁶

Portanto, a ação somente pode ser proposta pelo sujeito que tenha o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre a demanda, por ser o titular do direito material posto; por outro lado, deverá figurar no pólo passivo o sujeito que, figurando como parte da relação de direito material,

¹⁹⁵ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 12.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 63.

deverá sofrer os efeitos da sentença e da coisa julgada na esfera de seus interesses.

Decorre do acima afirmado que, em regra, só se pode postular em nome próprio o próprio direito, o que é denominado legitimação ordinária.

Todavia, a lei, nos termos do art. 6º, do código de processo civil, em situações excepcionais, autoriza que alguém, em nome próprio, postule o direito alheio, quando então não haverá convergência entre o titular do direito material e a parte do processo, gerando a hipótese da denominada legitimação extraordinária ou substituto processual, *verbis*:

“Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Primeiramente é de se registrar que há na doutrina certa divergência quanto à denominação a ser adotada diante desta legitimidade, porque não é difícil o uso das expressões substituição processual e legitimação extraordinária como sinônimas.

Há quem defenda que a substituição processual seja uma espécie do gênero legitimidade extraordinária¹⁹⁷, e que ocorreria a substituição processual quando a substituição do legitimado ordinário se desse nas denominadas hipóteses da legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente, em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário¹⁹⁸.

Alexandre Freitas Câmara afirma que não se pode confundir a legitimidade extraordinária com a substituição processual, porquanto na substituição o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele.¹⁹⁹

Em que pese as discussões doutrinárias a respeito do tema, não se vêem maiores inconvenientes no uso das expressões como sinônimas²⁰⁰.

¹⁹⁷Nesse sentido a lição de Cassio Scarpinella Bueno, quando afirma que a legitimidade extraordinária deve ser vista como um gênero que tem como espécies a substituição processual e a representação; “[...] enquanto na representação o representante defende em juízo direito alheio em nome alheio, daquele que é representado, na substituição processual, a defesa do direito alheio se dá em nome próprio [...] o instituto da legitimidade extraordinária refere-se, assim, à dissociação entre a titularidade do direito material alegado e aquele que pretende tutelar este mesmo direito em juízo. O titular do direito de ação ou de defesa (seja em nome próprio ou em nome alheio) não é aquele que se afirma titular do direito material nela veiculado”. (In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 42).

¹⁹⁸Campos Júnior afirma que é possível configurar a legitimação extraordinária sem ocorrer substituição processual, porque esta só ocorrerá quando o titular do direito material estiver ausente do processo; a substituição processual é apenas espécie do gênero legitimação extraordinária. (In: CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 18-20).

¹⁹⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. Vol. 1, p. 127.

²⁰⁰Cassio Scarpinella Bueno, no livro **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**, entende que a substituição processual é espécie do gênero legitimidade extraordinária e, pela lógica, não as admite como expressões sinônimas, porquanto só se deve cogitar de substituição processual “[...] em casos em que aquele que está de ‘fora’ do processo (o substituído) não age no processo: ou porque não quer agir ou

Historicamente a doutrina é unânime em afirmar que se deve a Kohler a identificação da existência do instituto da substituição processual.

Entretanto, Arruda Alvim chama a atenção para o fato de que Adolf Wach, um ano antes de Kohler, ainda que não tenha tratado especificamente sobre o tema, forneceu dados preliminares à compreensão do fenômeno em questão, quando, em 1885, em sua obra, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht*, apresentou o conceito de parte: “[...] do ponto de vista material, diverso do conceito de parte processual autônomo em relação àquele, no que tange aos pressupostos e sua configuração útil para a compreensão da autonomia do direito de ação

O instituto da substituição processual, nome latino devido a Chiovenda, consiste basicamente no fato de que, quem é parte no processo, não o é por ser titular do direito material, mas, por definição legal, é alguém que age em nome próprio na defesa ou busca de direito alheio.²⁰¹

porque não pode agir. Somente em casos como estes é que há, propriamente, uma substituição processual”. (2003, p. 43).

²⁰¹Eis a lição de Chiovenda sobre substituição processual: “Como no direito substancial casos se verificam em que se admite alguém a exercer no próprio nome direitos alheios, assim também outro pode ingressar em juízo no próprio nome (isto é, como parte) por um direito alheio. Ao introduzir e analisar essa categoria, porfei em definir-lhe o caráter, atribuindo-lhe a denominação de substituição processual”. (In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 2. p. 300.

5.2 Conceito

Não obstante as divergências doutrinárias a respeito do tema quanto à sua denominação, não há porque não seguir usando a expressão substituto processual como sinônima de legitimação extraordinária, até porque aquela é a expressão mais consagrada pelo uso.

A título de esclarecimento, sem maiores reflexos na aplicação do instituto em questão, a denominação substituição processual recebeu críticas por parte da doutrina, em especial de Pontes de Miranda, mostrando que o fenômeno não é de modo algum, o de substituição, “substituição é o que não ocorre, sendo certo que a doutrina, ao falar em *substituído*, persiste, inconscientemente, na atmosfera da concepção privatística do processo. E foi isso que aconteceu com Chiovenda”.²⁰²

No mesmo sentido é a crítica feita por Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, que, seguindo Pontes de Miranda, acaba por sugerir a denominação *equiparação* ou *equivalência* processual.²⁰³

²⁰²OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 89.

²⁰³OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. vol 1. p. 215.

Nos termos do art. 6º, do código de processo civil, não se pode fugir da idéia de que substituto processual é a pessoa que recebe da lei a legitimidade para, em nome próprio, postular direito alheio. Trata-se de pessoa que não figura na relação jurídico-material controvertida, não atua como representante nem sucessor, mas atua em nome próprio, mesmo porque, o representante não é parte no processo como é o substituto, e o sucessor defende em nome próprio o próprio direito.

A denominação técnica que se dá para aquele que não é titular do direito material e postula em nome próprio tal direito, é substituto, portanto, parte no processo, e substituído, o titular do direito material posto, mas ausente da relação jurídica processual, não é parte formal.

Como ensina Dinamarco, diz-se extraordinária essa legitimidade, em oposição à legitimidade ordinária, pelo simples fato de ser ela “[...] outorgada em caráter excepcional e não comporta[r] ampliações”.²⁰⁴

Moacyr Amaral Santos conceitua a substituição processual como sendo a situação em que “[...] alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio”²⁰⁵

²⁰⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 2. p. 309.

Para José Frederico Marques, ocorre substituição processual “[...] quando alguém está legitimado a agir em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, para a defesa do direito de outrem”²⁰⁶; em outras palavras, haverá substituição processual nas situações formais ou legais, em que alguém, em nome próprio, pleitear direito alheio.

Ephraim de Campos Júnior afirma ocorrer substituição processual “[...] quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia, como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte”.²⁰⁷

Antonio Carlos de Araújo Cintra apresenta conceito com um elemento diferente, ao afirmar que ocorre a substituição processual quando “[...] alguém é legitimado a pleitear em juízo, em nome próprio, na defesa de interesse alheio, de que o seu seja dependente”.²⁰⁸

²⁰⁵SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: processo de conhecimento. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 359.

²⁰⁶MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. p. 206.

²⁰⁷CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 24.

²⁰⁸CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 809, n. 92, p. 743-756, mar. 2003. p. 744. (Artigo também publicado na RT 438/23)

Decorre deste último conceito a justificativa do instituto da substituição processual, qual seja o interesse do substituto. A autorização legal dada ao substituto para comparecer em juízo pelo direito alheio, decorre de uma relação em que se encontra com o substituído, ou, como ensina Araújo Cintra, “[...] na substituição processual, é indispensável a existência de um interesse material do substituto, cuja satisfação depende da satisfação do interesse controvertido do substituído”²⁰⁹, ou interesse traçado pela própria lei, como afirma Cassio S. Bueno, segundo o qual trata-se de uma questão

[...] que se põe ao legislador quando decide criar situações que passam a admitir a substituição processual. Basta a identificação, no sistema, da hipótese em que a substituição processual – ou mais amplamente, a legitimidade extraordinária – seja admitida.²¹⁰

Portanto somente pode ser substituto processual aquele a quem a lei autoriza expressamente agir em nome próprio para a defesa do direito de outrem, em decorrência de alguma vinculação entre substituto e substituído²¹¹; em outras palavras, desde que exista um interesse conexo da parte processual – substituto - com a parte material – substituído -,

[...] pois a regra de legitimidade de parte como condição da ação impede que, em geral qualquer pessoa demande

²⁰⁹ Ibid., p. 752.

²¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49.

²¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

em seu nome a tutela de um interesse alheio [...] de qualquer maneira, não se concebe que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial.²¹²

Tendo em vista os termos em que se admite a substituição processual, sendo uma situação de exceção, ser, portanto, extraordinária a legitimação que a autoriza, decorrem duas conseqüências fundamentais: a) os casos de substituição devem vir expressos em lei; b) o instituto é de direito restrito.

Como conseqüência da primeira característica, pode-se afirmar que a substituição processual não se presume, trata-se de *numerus clausus* no sentido de que só ocorre se a lei, codificada ou extravagante a contemplar e por se tratar de direito restrito não se admite aplicação analógica.

5.3 Classificação

²¹²THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 1. p. 88.

Quanto à classificação da legitimação extraordinária, é tradicional a classificação sugerida por José Carlos Barbosa Moreira²¹³, que fala em legitimidade autônoma e subordinada.

Haverá legitimação autônoma quando o legitimado tiver absoluta independência para conduzir o processo, independentemente da participação do titular do direito litigioso. Nesta hipótese, afirma o professor que o “[...] contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário”.²¹⁴

A legitimação extraordinária autônoma divide-se em exclusiva e concorrente.

Será exclusiva quando apenas o legitimado extraordinário puder ser parte principal do processo, cabendo ao interessado intervir na qualidade de assistente litisconsorcial.

²¹³MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 404, n. 58, p. 9-18, jun. 1969.

²¹⁴Ibid., p. 10.

Tereza Alvim²¹⁵ não admite a existência da legitimação extraordinária exclusiva, por entender que ela viola o princípio constitucional do direito de ação.

Alexandre Freitas Câmara²¹⁶, a princípio, também entende inaceitável a existência da legitimação extraordinária exclusiva, por ferir a garantia constitucional do acesso à justiça. Entretanto, é possível verificar a existência da legitimação extraordinária exclusiva, na hipótese de não existir um legitimado ordinário, ou seja, se no sistema inexistente um titular do direito subjetivo, como por exemplo, na ação popular, em que a legitimidade é do cidadão, mas não há um legitimado ordinário.

Na legitimação extraordinária concorrente, “[...] não se cancela a legitimação ordinária do titular da situação jurídica litigiosa, nem produz rebaixamento de nível”²¹⁷, o que se dá é a possibilidade da co-legitimação.

Por seu turno, a legitimação extraordinária concorrente pode ser primária ou subsidiária.

²¹⁵ALVIM, Tereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 92.

²¹⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. vol. 1. p. 126.

²¹⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 404, n. 58, p. 9-18, jun. 1969. p. 11.

Será primária, quando o legitimado extraordinário puder demandar independentemente do comportamento do legitimado ordinário, tendo o legitimado extraordinário “[...] qualidade para, desde logo, instaurar autonomamente o processo, sem que se lhes imponha esperar, durante certo tempo pela iniciativa do legitimado ordinário”; a legitimação subsidiária importa na possibilidade de o legitimado extraordinário agir somente depois que o legitimado ordinário deixar de demandar no prazo previsto na lei.²¹⁸

Há legitimação extraordinária subordinada quando a presença do titular da relação jurídica controvertida for essencial para a regularidade do contraditório.²¹⁹

A classificação de Alexandre Freitas Câmara é mais simples; fala o professor tão somente em legitimação extraordinária exclusiva, concorrente e subsidiária, sem, contudo, apresentar qualquer diferença de conteúdo em relação à classificação de José Carlos Barbosa Moreira.

O professor Donaldo Armelin sugere outra classificação da legitimação extraordinária, levando em consideração não a posição dos legitimados, mas a motivação imediata da legitimação extraordinária.

Portanto a legitimação extraordinária pode ocorrer:

²¹⁸Ibid., p. 11.

²¹⁹Ibid., p. 11 e 12.

a) em função da predominância do interesse econômico sobre o particular, máxime no que tange a direitos indisponíveis; b) [...] em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses onde coexistem legitimidade ordinária e extraordinária; c) casos em que, em decorrência de vinculação, em função do direito questionado, atribui-se tal legitimidade tanto ao legitimado ordinariamente como ao legitimado extraordinariamente; d) casos em que se outorga a legitimidade extraordinária a um terceiro, em decorrência de uma situação jurídica por este ocupada que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios.²²⁰

Ainda que, entre as classificações dos professores José Carlos Barbosa Moreira e Donaldo Armelin, existam pontos divergentes, há um ponto convergente, pois, para ambos, o substituto, o legitimado extraordinário, assume posição de parte em relação ao processo por disposição dos artigos 3º e 6º, ambos do código de processo civil, tratando-se de condição da ação, e não de pressuposto processual ou de legitimidade *ad processum*.

5.4 Atuação do substituto processual

²²⁰ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 122.

O substituto processual assume a posição de parte no processo, como decorrência natural da legitimação extraordinária que lhe é conferida pela lei. Entretanto, em decorrência de sua natureza, a substituição processual importa em restrições da atividade processual do substituto, porquanto o mesmo está a defender ou buscar direito alheio, razão pela qual deve ser repudiado todo e qualquer ato que implique em disposição de direito do substituído.

Neste sentido já se manifestava Chiovenda, para quem a afirmação de que:

[...] substituto processual é parte não implica dizer que ele possa realizar todas as atividades de parte. Pode haver atividades de parte a que a lei somente atribua importância desde que emanem daquele que é titular da relação substancial (juramento, confissão, renúncia aos atos, renúncia à ação, reconhecimento da ação), ou daquele que é representante ou órgão do titular. Semelhantes atividades não as poderia exercer o substituto; a atividade dele é, pois, circunscrita por sua própria condição.²²¹

No mesmo sentido é a lição de Clito Fornaciari Júnior:

Ocorrendo a substituição, os direitos processuais transferem-se ao substituto, mas não a disponibilidade da

²²¹CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 2. p. 303.

pretensão material, que não lhe pertence. Assim, não pode o substituto processual reconhecer validamente o pedido formulado, pois não é titular da relação deduzida em Juízo²²²;

bem como a lição de Epharim de Campos Júnior: “[...] o substituto não pode praticar todos os atos que seriam permitidos ao substituído”²²³; e a do professor Arruda Alvim:

No entanto, há que se considerar que, arrebatados os direitos processuais do substituído, porque se lhe retirou o próprio direito de ação, certos direitos, todavia, lhe são próprios e inalienáveis, por assim dizê-lo. Assim, os atos que impliquem disposições do direito, como a transação, exemplificativamente, não poderão ser praticados pelo substituto, sem a manifestação positiva de vontade do substituído ou de quem por ele o faça.²²⁴

Afastadas estas limitações em relação ao substituto, por ser ele parte principal e independente do processo, pode ele propor ação, reconvir, contestar e opor exceções processuais, assim como exceções materiais que tocariam ao substituído perante seu adversário.

Os exames de todas as questões relativas aos pressupostos processuais subjetivos são feitos em relação ao substituto, e não, ao

²²²FONACIARI JÚNIOR, Clito. **Reconhecimento jurídico do pedido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 29.

²²³CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 30.

²²⁴ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. vol. 1. p. 429.

substituído, com exceção do exame da imparcialidade do juiz, que deve ser feito em relação ao substituto e ao substituído.

O substituto processual também poderá praticar atos processuais de disposição:

[...] atos dispositivos atinentes exclusivamente ao desenvolvimento do processo, como a renúncia de prazo, a concordância na escolha de um só perito, a desistência de recurso, a concordância para a abreviação ou prorrogação de prazo e também a própria desistência de ação, a nosso ver, podem ser livremente praticados pelo substituto.²²⁵

Nos termos do art. 20, do código de processo civil, a sentença imporá ao vencido a obrigação de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Trata-se da aplicação do princípio da sucumbência. Portanto, nos termos da lei, a parte que figura no processo e que sucumbir deverá recompor o patrimônio da parte vencedora, que não pode sofrer prejuízos patrimoniais, por ter razão no conflito de interesses.

²²⁵CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 809, n. 92, p. 743-756, mar. 2003. p. 751. (Artigo também publicado na RT 438/23)

Desse modo, o substituto, por figurar como parte do processo, se a sentença lhe for desfavorável no mérito ou pela simples extinção sem resolução daquele, ele será por sentença condenado em custas, despesas e honorários advocatícios.

Assim, como parte do processo, o substituto processual deve responder pelas despesas do processo, afastando-se a hipótese de o substituído responder por tais encargos perante o vencedor. Mariz de Oliveira²²⁶ admite a hipótese de o substituto repetir do substituído às despesas feitas com a demanda, exceto as despesas decorrentes de culpa exclusiva do substituto.

Há quem sustente de forma diferente, Araken de Assis, por exemplo, afirma que não é possível a ação regressiva do substituto contra o substituído para reaver as despesas processuais²²⁷.

No mesmo sentido se manifesta Antônio Carlos de Araújo Cintra, porquanto existe um interesse material do substituto que depende da satisfação do interesse controvertido do substituído; assim, diante do proveito

²²⁶OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituto processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 166.

²²⁷ASSIS, Araken. Substituição processual. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, 9, p. 9-23, dez. 2003. p. 22.

a ser auferido pelo substituto, afasta-se a possibilidade do pedido de repetição das custas e demais despesas processuais.²²⁸

Ainda, entendendo que o substituto pode atuar com interesse puramente moral, Mário Aguiar Moura²²⁹, afirma que a princípio o substituto não pode repetir contra o substituído os valores decorrentes da sucumbência, porque ao assumir o direito de ação, se coloca na posição de parte processual, para todos os efeitos processuais, mas se atuar movido exclusivamente pelo interesse moral na proteção do substituído, neste caso poderá repetir em relação ao substituído os valores pagos pela sucumbência, desde que não tenha atuado com abuso de direito.

5.4 Algumas características da substituição processual

De tudo o que até aqui foi abordado, é possível apontar algumas características importantes relativas ao instituto da substituição processual:

²²⁸Eis a lição do professor Araújo Cintra: “Com efeito, na substituição processual, é indispensável a existência de um interesse material do substituto, cuja satisfação depende da satisfação do interesse controvertido do substituído. Muitas vezes, o interesse do substituto é superior ao interesse do substituído e assim se explica que o titular do interesse ajuizado permaneça inerte, enquanto age o seu substituto. Por isso, em razão mesmo daquela relação de direito material existente entre substituto e substituído e do proveito que impulsiona o substituto a agir em juízo, proveito esse por vezes maior que o atribuído ao substituído, em caso de vitória, parece-nos que o substituto não poderá cobrar ao substituído as despesas do processo”. (In: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 809, n. 92, p. 743-756, mar. 2003. p. 753. (Artigo também publicado na RT 438/23)

²²⁹MOURA, Mário Aguiar. Substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 47, n. 12, p. 240-253, jul./set., 1987.

- a) só haverá substituição processual nas hipóteses autorizadas pela lei (art. 6º, CPC)²³⁰, portanto, trata-se de situação excepcional, não se admitindo a substituição processual convencional;
- b) o substituto atua no processo na qualidade de parte, e não de representante, razão pela qual a ele se aplica o regime jurídico deste sujeito processual, restando o exame dos pressupostos subjetivos feitos em relação ao substituto, mas a imparcialidade do magistrado deve ser analisada tanto em relação ao substituto como ao substituído;
- c) o substituto processual pode ocorrer tanto no pólo ativo como no pólo passivo, podendo, ainda, ser inicial ou ulterior;
- d) o substituto processual não poderá praticar atos que impliquem disposições do direito material, por não lhe pertencer, e, como parte principal do processo, terá disponibilidade de todos os atos processuais, sujeitando-se, inclusive, aos ônus da sucumbência; às sanções processuais, como a punição pela litigância de má-fé; e às medidas coercitivas (art. 461, § 4º e 5º, CPC), como a multa diária;

²³⁰ “Art 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

e) o reconhecimento da inexistência da legitimação extraordinária não leva a um julgamento de mérito, mas à extinção sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do código de processo civil (ilegitimidade de parte);

f) a existência do instituto da substituição processual decorre de autorização legal, conforme já afirmado, como forma também de proteção dos interesses do substituto em razão da inércia do substituído;

g) característica fundamental está no alcance da coisa julgada em relação ao substituído, ou seja, se ele é ou não alcançado, tema que será objeto de apreciação em capítulo próprio.

CAPÍTULO VI

Coisa Julgada – Limites Subjetivos

6.1 Noções gerais

Os conflitos estão presentes na sociedade e se eles não se resolvem naturalmente, os membros que a compõem não podem, por sua própria conta, resolvê-los, pois cabe ao Estado a obrigação, o dever e o poder de pôr fim aos conflitos, com a aplicação da justiça e mediante o seu poder jurisdicional.

A resolução dos conflitos pelo Estado se dá mediante as decisões jurisdicionais e que são revestidas do atributo da definitividade, com as características da indiscutibilidade e imutabilidade.

Portanto, “[...] a jurisdição não é apenas um meio de resolver litígios, mas fundamentalmente uma manifestação estatal voltada a *eliminá-los*, ou melhor, a *solucioná-los definitivamente*, fazendo com que os envolvidos reconheçam o seu *fim*”.²³¹

²³¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1. p. 130 (grifos do autor).

O fato de os conflitos serem resolvidos definitivamente, de forma indiscutível e imutável, decorre da necessidade não só de o Estado impor sua autoridade, como também, de passar aos jurisdicionados a certeza de uma segurança jurídica, porque têm eles a necessidade de ver seus conflitos resolvidos definitivamente.

Se a decisão jurisdicional que resolve o conflito não pode ser negada ou rediscutida, é porque ela foi alcançada pela coisa julgada material, ou seja, a decisão estará revestida da qualidade da imutabilidade do conteúdo do comando da sentença.

O fenômeno da coisa julgada encontra-se previsto na Constituição Federal, como meio de caracterização do Estado e para a plena conformação do direito fundamental à tutela jurisdicional. *In verbis*: “Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Ainda que o dispositivo constitucional faça referência à lei, portanto, regra dirigida ao legislador²³², é evidente que a coisa julgada não pode ser objeto de rediscussão pelos particulares e pelo próprio Poder

²³²A proteção constitucional está em não permitir a edição de uma lei que venha alcançar uma situação já tutelada pela coisa julgada; quer-se, pois, tutelar a coisa julgada da atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei; não se quer, com isso, afastar a possibilidade de a lei prever hipóteses de rescindibilidade da coisa julgada, como o fez no art. 485, do código de processo civil, ao tratar da Ação Rescisória.

Judiciário, como ensina Marinoni: “[...] a coisa julgada material, além de se constituir em pilar do Estado Democrático de Direito, é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”.²³³

Pode-se, ainda, constatar na coisa julgada a manifestação final e definitiva do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional ou do direito de acesso à justiça, por se tratar de decisão que solucionou o conflito e contra a qual não cabe mais nenhum recurso, ordinário ou extraordinário.

A Constituição Federal só se refere à coisa julgada material, porque o que se tutela constitucionalmente é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. É evidente que a coisa julgada formal²³⁴ só se beneficia da tutela constitucional indiretamente, porquanto está inserida na coisa julgada material e é pressuposto desta, mas a simples coisa julgada formal não é tutelada pela Constituição Federal.

²³³MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1. p. 132.

²³⁴A dualidade de coisa julgada material e formal se deve à doutrina. A coisa julgada formal ocorre no próprio processo, de modo que a relação jurídica processual, em que foi proferida a decisão jurisdicional não mais será modificada; portanto a imutabilidade opera dentro do processo (endoprocessual), presente nas sentenças terminativas e definitivas. A coisa julgada material opera fora do processo (extraprocessual), quando a imutabilidade inibe a sua impugnação através de outro processo, presente tão somente nas sentenças definitivas, podendo-se afirmar que “[...] havendo coisa julgada material necessariamente ocorreu coisa julgada formal, o inverso nem sempre é verdadeiro”. (In: PRIETO ALVAREZ, Anselmo; SILVA, Nelson Finotti. **Manual de processo civil e prática forense**. São Paulo: Campus Jurídico, 2008. p. 207).

Assim, pode-se dizer que coisa julgada material²³⁵ é a qualidade que torna imutável o conteúdo do comando da sentença de mérito transitada em julgado.

Depreendem-se do conceito alguns aspectos que merecem, ainda que de forma sucinta, uma análise.

Primeiramente, pode-se dizer que, somente serão alcançadas pela coisa julgada as decisões jurisdicionais que contenham “[...] um suficiente grau de intensidade de cognição”.²³⁶

Em segundo lugar, deve-se ter por inconfundível o trânsito em julgado e a coisa julgada material. Aquele tem aspecto cronológico, ou seja, falar em trânsito julgado é ter como findas as possibilidades de alteração da decisão jurisdicional dentro do mesmo processo, porque já não cabe nenhum recurso ou reexame necessário; ao passo que coisa julgada material diz

²³⁵No código de processo civil, a coisa julgada material está tratada nos artigos de 467 a 475, sendo que o artigo 467 dispõe sobre o que é coisa julgada material: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

²³⁶TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**: coisa julgada e Constituição. O regime infraconstitucional da coisa julgada. A ação rescisória e outros meios rescisórios típicos. Os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada. As sentenças inexistentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30.

respeito à autoridade que se estabelece na decisão e que passará a existir no mesmo instante em que a decisão deixar de ser mutável e discutível.²³⁷

O terceiro aspecto, e talvez o mais tormentoso pela existência de divergências na doutrina, está relacionado com a acepção sobre o instituto da coisa julgada, destacando-se basicamente três posições: a) a coisa julgada como efeito da decisão; b) a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão; c) a coisa julgada como qualidade consistente na imutabilidade do conteúdo do comando da decisão.

A primeira concepção restringe a coisa julgada ao elemento declaratório da sentença, considerando imutável a carga declaratória da sentença, pois não se apaga aquilo que o juiz declarou, a imutabilidade é apenas da declaração que o juiz faz na sentença, a declaração de existência ou inexistência de um direito.

Não é diferente o pensamento de Araken de Assis, ao afirmar que:

²³⁷Nesse sentido é a lição do professor Barbosa Moreira: “[...] não é a coisa julgada material, em nosso modo de ver, que *torna* imutável e indiscutível a sentença, como se entre ‘coisa julgada material’, de um lado, e ‘imutabilidade e indiscutibilidade’, de outro, houvesse relação de causa e efeito – o que a rigor só seria possível se a coisa julgada material *preexistisse* à imutabilidade e à indiscutibilidade. Se algo *torna* imutável e indiscutível a sentença, no sentido de que a faz passar a semelhante condição, será antes o *trânsito em julgado* (assim entendida a preclusão das vias recursais e, nos casos do art. 475, também o exaurimento do duplo grau de jurisdição) do que propriamente a coisa julgada material. Quanto a esta, só começa a existir no mesmo instante em que a sentença deixa de ser mutável e discutível, de modo que logicamente – repita-se – não há como atribuir-lhe a virtude de *torná-la* tal”. (In: MOREIRA, José Carlos. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 107. (grifos do autor).

[...] a coisa julgada restringe-se a uma eficácia, proveniente da inimpugnabilidade, que recobre a força ou o efeito declaratório da sentença, porquanto somente a declaração se revela, na prática, imutável e indiscutível.²³⁸

A coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão tem, como principal articulador, Liebman²³⁹, acompanhado por uma parte considerável da doutrina brasileira, como Cândido Rangel Dinamarco²⁴⁰, Moacyr Amaral Santos²⁴¹, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina²⁴², entre outros. Eles definem a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão, ou, nas palavras de Liebman,

[...] a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.²⁴³

²³⁸ ASSIS, Araken. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 243.

²³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 6.

²⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 3. p. 304.

²⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21.ed. São Paulo: Saraiva; 2003. p. 56.

²⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 20.

²⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Alfredo Buzaid; Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 6.

Nesse sentido se manifesta Ovídio A. Baptista da Silva, ao aceitar como verdadeira a afirmação de Liebman de que a coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas uma qualidade de seus efeitos, pois ele concorda com esta posição desde que se restrinja a afirmação só à eficácia declaratória²⁴⁴. Segundo o professor, o que “[...] transita em julgado é apenas a declaração que o magistrado faz na sentença de que tal ou qual preceito de lei incidiu, transformando-se na ‘lei do caso concreto’”²⁴⁵.

A teoria de Liebman a respeito da coisa julgada é criticada por parte da doutrina, que sustenta que os efeitos da sentença não são imutáveis, mas disponíveis e modificáveis.

A terceira posição refere-se à coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão jurisdicional; a imutabilidade está, pois, no conteúdo, no dispositivo da sentença, que é composto pela norma jurídica concreta, não se podendo falar em imutabilidade dos efeitos, porque estes são disponíveis. Em outras palavras, a imutabilidade não está nos efeitos da sentença, mas na própria sentença, ou, mais precisamente, na norma jurídica concreta nela contida.

²⁴⁴SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 98.

²⁴⁵SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 1. p. 498.

Trata-se de entendimento de doutrina autorizada, como Barbosa

Moreira, que afirma;

[...] ao nosso ver, porém, o que se coloca sob o pálio da incontrastabilidade, com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada, não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida²⁴⁶;

assim como Alexandre Freitas Câmara, para quem

[...] não são, pois, os efeitos da sentença que se tornam imutáveis com a coisa julgada material, mas sim o seu conteúdo [...] é esse conteúdo, ou seja, é o ato judicial consistente na fixação da norma reguladora do caso concreto, que se torna imutável e indiscutível quando da formação da coisa julgada.²⁴⁷

Eduardo Talamini apresenta uma posição um pouco diferente, ao afirmar que a coisa julgada é um efeito anexo do trânsito em julgado, ou seja,

²⁴⁶Em complementação ao seu pensamento: “Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial [...] essa norma jurídica concreta, em regra, só começa a atuar, e por conseguinte só se torna vinculativa (inclusive para os juízes de outros eventuais processos, em se tratando de coisa julgada *material*), a partir do momento em que a sentença se reveste da característica da imutabilidade”. (In: MOREIRA, José Carlos. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107 – grifo do autor).

²⁴⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. vol. 1. p. 469. O autor completa, na mesma página, seu pensamento, afirmando: “Ainda que desapareçam os efeitos da sentença, não se poderá jamais pôr em dúvida que a sentença revela a norma que se mostrava adequada para a resolução daquela hipótese que fora submetida à cognição judicial. É este conteúdo da sentença que se faz imutável e indiscutível. Não é, pois, a eficácia da sentença que se torna imutável, mas a própria sentença”.

[...] um efeito diretamente atribuído por norma de lei, em relação à qual a sentença transitada em julgado funciona como mero *fato jurídico*. Essa eficácia constitutiva anexa é o instrumento pelo qual opera a *qualidade* consistente na *imutabilidade* do *decisum* [...] o que ora se propõe não é considerar a coisa julgada como efeito da sentença, mas, sim, como efeito do trânsito em julgado da sentença.²⁴⁸

Assim, tem-se por coisa julgada material uma situação jurídica que surge com o trânsito em julgado e que torna imutável e indiscutível o conteúdo da sentença.

A coisa julgada não estabelece nenhuma presunção de verdade dos fatos reconhecidos na sentença, mas, tão somente, torna imutável a tutela jurisdicional.

Em que pese as várias teorias que tentam explicar a coisa julgada material, o fato é que os pressupostos, para que a decisão fique imune pela coisa julgada, são os mesmos: a) existência de uma decisão jurisdicional; b) a decisão deve recair sobre o mérito da causa, analisado em cognição exauriente; c) e deve ter ocorrido preclusão máxima ou coisa julgada formal.

²⁴⁸TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão:** coisa julgada e Constituição. O regime infraconstitucional da coisa julgada. A ação rescisória e outros meios rescisórios típicos. Os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada. As sentenças inexistentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44. (grifos do autor)

Por fim, a coisa julgada pode ocorrer *pro et contra*, ou seja, ela se forma independentemente do resultado do processo, seja ele de procedência ou de improcedência; em ambos os casos, a decisão final será alcançada pela coisa julgada.

A coisa julgada pode ocorrer também *secundum eventum litis*, caso em que só produzirá efeitos quando a demanda for julgada procedente, implicando a possibilidade de repositura da ação.

Poderá, ainda, a coisa julgada, operar *sucundum eventum probationis*; assim, a coisa julgada só ocorrerá caso a produção das provas tenha se esgotado, levando ao julgamento de procedência ou mesmo de improcedência do pedido. O que importa é o fato de terem se exaurido todos os meios de prova, de modo que, se a sentença for pela improcedência do pedido por falta de provas, não se formará a coisa julgada.

Esta forma de produção da coisa julgada ocorre nas ações coletivas que tratam dos direitos difusos ou coletivos em sentido estrito; como na ação popular e no mandado de segurança individual ou coletivo²⁴⁹, porque, no regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas impõe a coisa julgada.

²⁴⁹Art. 16, da Lei 7.347/85 – Ação Civil Pública; Art. 103, I e II, da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor; art. 18, da Lei 4.717/65 – Ação Popular; art. 16, da Lei 1.533/51 – Mandado de Segurança.

A regra geral do código de processo civil brasileiro é a coisa julgada *pro et contra*.

6.2 Limites subjetivos

Assim, como tem limites objetivos a coisa julgada²⁵⁰, submetendo-se a eles, a norma jurídica concreta, individualizada pelo Poder Judiciário, contida no dispositivo da decisão que julga o pedido, é preciso saber quem será atingido por ela, ou seja, é o exame dos limites subjetivos da coisa julgada.

O tema está tratado no art. 472, do código de processo civil, que estabelece quais são as pessoas submetidas à coisa julgada. *In verbis*:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

²⁵⁰“Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Depreende-se da regra processual que, a princípio, aqueles que participaram do contraditório, e, portanto com possibilidades de influenciar na solução do litígio, ou seja, as partes e seus sucessores, serão alcançados pela coisa julgada.

Nos termos da parte final do artigo supra mencionado, em relação aos terceiros, estes somente serão alcançados pela coisa julgada nas ações relativas ao estado da pessoa, se todos os interessados forem citados em litisconsórcio, como partes.

Portanto, o direito brasileiro segue regra conhecida desde o direito romano, na qual se afirmava que *res inter alios iudicata, aliis non praeiudicare*.²⁵¹

A coisa julgada é uma opção política legislativa, não podendo o legislador se afastar dos parâmetros impostos pela Constituição Federal, guardando, assim, a mais perfeita sintonia com os princípios consagrados nos incisos XXXV e LV, do art. 5º, da CF/88. Portanto, apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada, quando respeitadas as garantias do acesso à justiça e do contraditório, podendo somente ser destinatário “[...]”

²⁵¹No direito romano, está compendida no Digesto, apadrinhada pela autoridade de jurisconsultos famosos, tais como PAULO, MACRO e ULPIANO, que ensinaram que a autoridade da coisa julgada ficava restrita às partes do processo, entre as quais a sentença fora dada, como também que a outros não atinge – “coisas julgadas entre uns não prejudicam a outros” (In: ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 287).

do comando irreversível aquele a quem foi dada oportunidade de participar do processo de formação desse comando”.²⁵²

Cândido Rangel Dinamarco afirma que os vocábulos *parte* e *terceiro* constantes do art. 472, do código de processo civil, são empregados no sentido mais puro, para designar aquele que esteve e aquele que não esteve integrado na relação jurídica processual. Em seguida, ele destaca que, entre as razões básicas pelas quais a autoridade da coisa julgada não deve ir além dos que participaram do processo, está a garantia do contraditório, “[...] que ficaria maculada se um sujeito, sem ter gozado das oportunidades processuais inerentes à condição de parte, ficasse depois impedido de repor em discussão o preceito sentencial”.²⁵³

Assim, o respeito aos princípios constitucionais condiciona a coisa julgada àqueles que tiveram a oportunidade de participar em contraditório na formação da sentença, afastando o terceiro que não teve a chance de participar do processo em que a decisão jurisdicional foi proferida.

Formada a coisa julgada em processo alheio, ao terceiro que vier a ser atingido por ela e que não teve oportunidade de participar do processo,

²⁵²TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-246. p. 202.

²⁵³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 3. p. 317.

estaria sendo vedado o acesso à justiça, se proibido fosse de postular tutela jurisdicional relativamente àquele objeto em outro processo. Neste caso, também estaria sendo violada a garantia do contraditório, porque de nada adianta garantir o contraditório e a ampla defesa aos que participaram do processo, e impor, como definitivo, o resultado àquele que dele não participou.

Não se quer com isso afirmar que os terceiros não possam ser atingidos pelos efeitos da sentença. Levando em consideração a lição de Liebman, que distinguiu os efeitos da autoridade da sentença, admite-se que, em regra, o terceiro é atingido pelos efeitos da sentença, mas não pela coisa julgada, porque a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença, e não, um de seus efeitos.²⁵⁴

A sentença, como ato jurídico, ingressa no mundo jurídico e produz todos os efeitos indistintamente; e, por ser ato autoritativo, ditado pelo Estado, seus efeitos sujeitam a todos²⁵⁵; é o que denominou Liebman de

²⁵⁴Eis a lição de Liebman: “[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”. (In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros ensaios sobre a coisa julgada. Tradução Alfredo Buzaid; Benvindo Aires; Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 41.

²⁵⁵“A sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado, para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente”. (In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros ensaios sobre a coisa julgada. Tradução Alfredo Buzaid; Benvindo Aires; Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 123).

eficácia natural, decorrente da obrigatoriedade ou da imperatividade inerente às decisões jurisdicionais perante todas as relações e situações jurídicas, conexas ou não com aquela que foi objeto da sentença.

Assim, para Liebman, sendo a coisa julgada a qualidade de imutabilidade que recai sobre os efeitos da sentença, apenas aqueles que tiveram a oportunidade de participar do processo, na condição de partes, serão atingidos, o que não acontece com os terceiros; mas todas as pessoas estão submetidas à eficácia natural da sentença.

As partes, por serem sujeitos da relação jurídica processual, são as primeiras a sofrer a eficácia da sentença, e os terceiros, sem qualquer motivo para que não sofram os efeitos da sentença (eficácia natural), também estarão sujeitos a eles, ainda que muitos até permaneçam indiferentes e outros não tenham consciência de sua relação jurídica substancial ter qualquer conexão, dependência ou interferência jurídica ou prática com o objeto do processo, mas todos, sem qualquer distinção, se submetem aos efeitos da sentença.²⁵⁶

²⁵⁶ Ibid.: “Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente relação que em concreto foi submetida ao exame do juiz; mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que se produzirão efetivamente para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso concreto [...] Entre as partes e terceiros só há esta grande diferença: *que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece*” (p. 125, grifo do autor).

Pela teoria de Liebman, pode-se afirmar que os terceiros são apenas alcançados pela eficácia da sentença, não sendo vinculados à coisa julgada, e somente poderão se defender ou se insurgir contra a sentença, se demonstrarem efetivamente a ocorrência de prejuízo.

Assim, nem todos os terceiros que venham a sofrer algum prejuízo podem impugnar a sentença sob o fundamento de injustiça, mas somente aqueles que tiverem interesse jurídico, por serem titulares de um direito tangido pela eficácia da decisão. Sendo meramente de fato, o terceiro não tem legitimidade para se insurgir contra a sentença e deve se sujeitar a ela tal como as partes.²⁵⁷

De todo o exposto, pode-se afirmar que somente as partes e seus sucessores serão atingidos pela coisa julgada. Portanto, autor e réu da ação ficam vinculados à decisão judicial, já que participaram do contraditório com a possibilidade de influírem no resultado.

²⁵⁷ Afirma Liebman: “Mas nem todos os terceiros prejudicados pela sentença têm a faculdade de repelir-lhe o efeito com a demonstração de sua injustiça [...], só é admissível se apoiada por um interesse jurídico. Por isso, nenhum dos terceiros que sofrem com a sentença um simples prejuízo de fato tem aquela faculdade; esta só pertencerá aos que são titulares do direito incompatível com a sentença e por ela são, pois, juridicamente prejudicados [...] os chamados terceiros juridicamente indiferentes que são prejudicados de fato pela sentença e não poderão, por isso, insurgir-se contra ela [...] os terceiros que se dizem titulares do mesmo direito que foi objeto da decisão *inter alios* não podem ser por esta em nada prejudicados, visto que a relatividade necessariamente inerente a uma decisão entre duas pessoas não pode de nenhum modo influir sobre a posição de terceiro que, se for verdadeiramente titular o direito controvertido, exclui, por isso, ambos os litigantes do mesmo direito”. (In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros ensaios sobre a coisa julgada. Tradução Alfredo Buzaid; Benvindo Aires; Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 142.

Em relação aos terceiros, estes não são alcançados pela coisa julgada, pela imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, mas os efeitos da sentença serão sentidos por todos, embora de maneiras diferentes, segundo a classificação de terceiros.

Existem os terceiros indiferentes ou desinteressados²⁵⁸, que são aqueles que não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com a deduzida em juízo; eles não têm, assim, interesse jurídico na solução do litígio, inclusive nem são admitidos a intervir no processo, ao menos na condição de sujeito interessado.

Por outro lado, existem os terceiros interessados²⁵⁹, aqueles que têm interesse jurídico na causa, decorrente de alguma relação jurídica que mantêm conexa ou dependente, em face da relação jurídica deduzida em juízo. Em função deste interesse jurídico, eles até são admitidos a participar do processo, intervindo, quando menos, na qualidade de assistente simples.

²⁵⁸Alexandre Freitas Câmara se utilizava de uma classificação um pouco diferente; para o autor, os terceiros juridicamente indiferentes se dividem em terceiros desinteressados, aqueles totalmente estranhos à relação deduzida em juízo, e os terceiros com interesse de fato, que poderão sofrer algum prejuízo de fato (mas não de direito) em razão da sentença; mas tanto um quanto outro não podem se opor ou mesmo impugnar a decisão judicial. (In: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. vol. 1. p. 487.

²⁵⁹Os terceiros juridicamente interessados também podem ser subdivididos em: terceiros com interesse jurídico idêntico ao das partes, podendo naturalmente se insurgir contra a coisa julgada; e os terceiros com interesse jurídico inferior ao das partes, embora sofram algum prejuízo com a sentença, o fato é que estão em posição de subordinação em relação às partes, podendo só impugnar a coisa julgada para alegar injustiça da decisão, ou seja, a decisão que contrarie o direito em tese ou que proferida totalmente contrária as provas dos autos. (Ibid.).

Estes terceiros podem se insurgir contra a coisa julgada, mas não são de nenhum modo alcançados por ela.

Em síntese, pode-se afirmar que todos são alcançados pelos efeitos da sentença, mas nem todos, pela coisa julgada, que atinge tão somente as partes. Os terceiros que têm interesse jurídico, serão alcançados pelos efeitos reflexos da sentença e poderão ingressar no processo na qualidade ao menos de assistente simples, ou mesmo se insurgir contra a coisa julgada; os terceiros indiferentes, como não têm interesse jurídico, não podem ingressar no processo nem impugnar a decisão proferida, mas a decisão jurisdicional em relação a eles produzirá os efeitos denominados naturais, os quais são inafastáveis e imutáveis.²⁶⁰

Não obstante a eficácia da sentença ou mesmo da coisa julgada poder atingir o terceiro prejudicado por ela, em outras oportunidades, o terceiro será beneficiado pela extensão da coisa julgada. Trata-se da expansão *ultra partes* da coisa julgada.

Tal situação ocorre quando a sentença, proferida em processo *inter alios*, venha a favorecer o terceiro, hipótese em que a

²⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 639.

[...] coisa julgada, em tais casos, fulmina o potencial interesse de agir de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório travado num determinado processo, acabou sendo privilegiado pelo respectivo desfecho [...] não se vislumbra aí a possibilidade de o terceiro pleitear em juízo o reconhecimento de direito algum.²⁶¹

As hipóteses de ocorrência da extensão da coisa julgada para beneficiar terceiros que, portanto, sejam estranhos ao processo em que a sentença foi proferida, são situações que decorrem da lei ou da relação de direito material, controvertida diante do vínculo de subordinação ou relação incidível.

Exemplo de hipótese legal são as obrigações solidárias – art. 274, do código civil²⁶². Como casos de vínculo de subordinação podem ser apontadas a do sucessor e a do substituto processual.

Afirma Cândido Rangel Dinamarco²⁶³ que o sucessor da parte e o substituído por aquele que esteve em juízo para a defesa de seu interesse, sujeitam-se à autoridade da coisa julgada, como se houvessem sido partes no

²⁶¹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 210.

²⁶²“Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”.

²⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 3. p. 321.

processo, embora não o tenham sido, seja para serem beneficiados ou prejudicados.

A afirmação acima não leva em consideração o resultado do processo, ou seja, sendo favorecidos ou não o sucessor e o substituído, serão eles alcançados pela coisa julgada, porque deles é o interesse material que foi objeto do litígio e foi defendido, no processo, por quem a lei autoriza.

Quanto ao sucessor, a princípio não há o menor problema de ser ele alcançado pela coisa julgada, porque será parte no processo, e não terceiro, portanto, participará em contraditório podendo influenciar no resultado. Não se trata de substituto processual, porque o sucessor está em nome próprio defendendo o próprio direito, direito que recebeu por sucessão, através de ato entre vivos ou *causa mortis*. Problema surgirá quando for hipótese de alienação da coisa e do direito litigioso, e o adquirente não for aceito na relação processual como parte, permanecendo o alienante, que figurará como substituto processual.

O mesmo não se pode dizer em relação ao substituído, que não participou do processo em contraditório e a quem não será permitida a insurgência em relação à coisa julgada, violando, assim, o princípio do acesso à justiça.

É generalizado na doutrina o posicionamento de que o substituído será atingido pela coisa julgada, qualquer que seja o resultado. Entretanto, é necessário que o instituto do substituto processual seja submetido ao crivo das garantias constitucionais, porque, da forma como hoje ele é tratado, o substituído está sendo violado em garantias processuais fundamentais.

CAPÍTULO VII

Substituição processual e os Limites Subjetivos da Coisa

Julgada em relação ao Substituído

O efeito mais importante da substituição processual e ponto central do presente trabalho é saber se o substituído fica sujeito ou não à coisa julgada.

Parte considerável da doutrina tem como orientação que o substituído fica sempre sujeito à autoridade da coisa julgada obtida pelo substituto, embora não participe da relação jurídica processual, porque em seu lugar está o substituto, e aquele, o substituído, não é um verdadeiro terceiro, porquanto é o titular da relação jurídica substancial sobre que versa o processo.²⁶⁴

²⁶⁴ Ephraim de Campos Júnior, **Substituição processual**, p. 78; Antônio Carlos de Araújo Cintra, **Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro**, p. 753; Araken de Assis, **Substituição processual**, p. 22; Manoel Severo Neto, **Substituição processual**, 203; Athos Gusmão Carneiro, **Intervenção de terceiros**, p. 48; Edson Ferreira da Silva, **Da legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988**, p. 85; Fredie Didier Júnior, **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**, p. 256; Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, **Substituição processual**, p. 169; Tereza Alvim, **O direito processual de estar em juízo**, p. 89; Arruda Alvim, **Código de processo civil comentado – vol. 1**, p. 428; José Frederico Marques, **Instituições de direito processual civil – vol 2**, p. 210; Humberto Theodor Júnior, **Curso de direito processual civil – vol 1**, p. 88; Cassio Scarpinella Bueno, **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**, p. 48; Cândido Rangel Dinamarco, **Instituições de direito processual civil – vol 2**, p. 310; MARQUES, José Frederico, **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. vol 2, p. 210; Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1971. p. 169; Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, **Substituição processual**. p.169, entre outros.

O art. 472, do código de processo civil, dispõe sobre os limites subjetivos da coisa julgada, quando estabelece:

“A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”.

Nesse caso, é inevitável o questionamento sobre o que se deve entender por “parte” e “terceiro”.

Para justificar o fato de o substituído ser alcançado pela coisa julgada, a doutrina fixa critérios rígidos para aferição de parte, leva em consideração exclusivamente a acepção de parte material, ou seja, aquele que integra a relação de direito material ou a situação litigiosa, e a acepção processual, é parte quem figura num dos pólos da relação processual, como agente originário, interveniente ou sucessor.

Normalmente, ocorre que na mesma pessoa reúnam as duas acepções, onde se fala em legitimação ordinária, mas, em casos excepcionais, no âmbito da tutela individual, a lei, no art. 6º do código de processo civil²⁶⁵, autoriza que a pretensão ou a resistência venham através de quem não seja o

²⁶⁵ “Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

titular do direito, ou não esteja em situação de sujeição. É a hipótese da legitimação extraordinária, também denominada de substituição processual, como já afirmada alhures.

Terceiros seriam aqueles que não participaram do processo, sejam os titulares do direito material não convocados ou estranhos a ela, porém juridicamente interessados no litígio e mesmo os desinteressados.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, ao comentar o art. 472, do código de processo civil, afirma:

Nos termos do disposto no artigo 468 do Código de Processo Civil, a sentença passada em julgado tem força de lei nos limites da lide deduzida no processo. Isto quer dizer, ensina Carnelutti, que a autoridade da coisa julgada não vai além das partes, uma vez que estas constituem um dos elementos da lide. Assim parece claro que a disposição em exame, afirmando que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, apenas explicita o que já está contido no artigo 468. Nessa perspectiva, a palavra partes não está na lei no seu sentido de sujeitos do contraditório no processo, mas indica os sujeitos da relação litigiosa. Em outras palavras, o bom entendimento da disposição em exame decorre da distinção formulada por Carnelutti entre parte em sentido material e parte em sentido formal, o que nada tem de surpreendente, diante da influência exercida por Carnelutti na elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro. Esse entendimento permite a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo artigo 472, à coisa julgada formada tanto nos casos de legitimação ordinária como naqueles de legitimação

extraordinária. Realmente, assim, se explica porque, no caso de substituição processual, o substituído fica sujeito à coisa julgada formada em processo de que não participou.²⁶⁶

A regra de que a coisa julgada não pode prejudicar os terceiros vem do direito comum, *res inter alios iudicata aliis non preiudicare*.

Não cabe sustentar que, na substituição processual, seria uma grave ameaça à segurança jurídica a submissão à coisa julgada tão somente do substituto e da parte contrária, excluindo-se o substituído, porque a constitucionalização do direito material e processual não permite que prevaleça o entendimento sufragado pela doutrina, o qual admita ser o substituído alcançado pela coisa julgada, senão pelo primeiro argumento, mas também, sob o fundamento de que, ainda que não tenha sido parte do processo no sentido formal, terá sido na acepção material, já que é o titular do direito controvertido deduzido em juízo.

A coisa julgada não pode atingir a esfera jurídica daquele que não teve oportunidade para o pleno exercício do direito de defesa e de acesso à justiça, porque tal situação significa violação do núcleo essencial do direito fundamental de defesa.

²⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. **Comentários ao código de processo civil (arts. 332 a 475)**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. 4. p. 305.

A participação das partes interessadas na formação da sentença é que confere legitimidade ao exercício da jurisdição, sob pena de comprometer a efetividade do direito de defesa, o que comprometeria, por consequência, a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional.

Estando o direito de defesa relacionado aos efeitos sobre o patrimônio e à própria liberdade, não há nenhum sentido lógico e jurídico em se impor uma sanção definitiva sem dar, à parte, o direito de se defender.

O processo deve ser tratado como instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social, de sorte que estes valores, segurança, efetividade, justiça e paz social, estejam sempre presentes, proporcionando o resultado desejado pelo direito material, ressaltando-se que estes princípios processuais estão relacionados com as garantias constitucionais de acesso à justiça e do contraditório.

O direito de ação ou a garantia constitucional de acesso à justiça significa que todos têm direito à via constitucional de solução do litígio, livres de quaisquer óbices que possam comprometer a eficácia do resultado pretendido.

Egas Moniz de Aragão, depois mencionar que Liebman concorda em que o substituído seja alcançado pela coisa julgada, embora não tenha participado da relação jurídica processual, não sendo ele verdadeiro terceiro por ser o titular do direito objeto da lide, manifesta sua discordância, dizendo que “[...] sujeitar o titular da relação jurídica à coisa julgada, oriunda de processo ao qual não lhe foi dado comparecer e, nele, defender *seu interesse* importa em barrar-lhe o acesso ao Poder Judiciário, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer”.²⁶⁷

O mencionado autor afirma ser irrecusável que a garantia constitucional do direito de ação não comporta restrições, por isso afirma que nenhuma lei, direta ou indiretamente, e nenhum intérprete poderão excluir da apreciação do Poder Judiciário, a pretensão de quem quer que seja. E arremata:

[...] se alguma relação jurídica for atingida pela autoridade da coisa julgada, surgida *inter alios*, isto é, em processo para o qual o titular não fora oportunamente citado (notificado, intimado) *seu* direito individual terá sofrido uma lesão, sem haver sido apreciado pelo Poder Judiciário, pois a extensão da autoridade da coisa julgada a quem não integrara o processo em que se formou importa em subtrair-lhe o direito individual à apreciação do Poder Judiciário.²⁶⁸

²⁶⁷ ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 302.

²⁶⁸ ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 318.

Assim, para Moniz de Aragão, o substituído somente poderá ser atingido pela coisa julgada, se lhe for assegurada a participação no processo, mediante convocação oportuna para a prática de atos no processo.²⁶⁹

Eduardo Talamini também comunga da tese da não sujeição do substituído pela coisa julgada diante das garantias constitucionais e questiona a possibilidade de aceitar que as garantias constitucionais processuais do substituído não tenham sido violadas quando este é impedido de exercê-las sob o pretexto de que alguém, em seu nome e sem sua autorização, já atuou em juízo.

Talamini responde afirmando que não se pode naturalmente achar que a resposta está na própria lei, primeiro porque as previsões legais de substituição processual, em regra, não estabelecem a extensão da coisa julgada ao substituído, como o próprio art. 6º do código de processo civil, ao contrário, quando o que se tem é a regra do art. 472, do código de processo

²⁶⁹ Moniz de Aragão chama a atenção para o fato de o seu posicionamento não ser tão novo quanto possa parecer: “[...] estas considerações (aparentemente tão modernas) não têm sequer o sabor de novidade. MASIMO CENERINI aponta a opinião de TOULLIER a esse propósito, emitida no primeiro quartel do Século XIX, em polêmica com MERLIN sobre a extensão ao cível da coisa julgada formada no processo criminal, que este último sustentava. Opunha-se TOULLIER, que afirmou: “De todas as condições exigidas para dar lugar à autoridade ou à exceção de coisa julgada, a mais importante, sem contradição, é, como vimos, que a demanda seja entre as mesmas partes (art. 1351 – do Código Civil francês) porque esta condição deriva do princípio eterno de justiça que ninguém deve ser condenado sem ter sido ouvido”. Arrematando, Moniz de Aragão afirma: “Esta tese implica evidentemente assegurar o exercício do direito de ação, *ipso facto* o de defesa, tal como garantem, na atualidade, as disposições constitucionais”. Ibid. p. 318.

civil; em segundo lugar, ainda que a lei fizesse alguma referência à substituição, permaneceria o questionamento sobre a sua constitucionalidade.²⁷⁰

Para Eduardo Talamini, diante do ordenamento jurídico nacional não se pode genericamente admitir que o substituído seja atingido pela coisa julgada, já que é necessário definir alguns requisitos. São eles: a) se o substituído teve prévia oportunidade de exercer a ação, e não o fez, em certos casos, é razoável que a lei atribua legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído; b) se o substituído tinha ou deveria ter ciência do processo em que corria sua substituição; c) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente.²⁷¹

Não é possível concordar com a posição de Eduardo Talamini em relação ao primeiro requisito, porque o autor acaba por admitir que o substituído seja alcançado pela coisa julgada em caso de sua omissão, o que não é correto, tendo em vista que as garantias constitucionais não podem ser interpretadas com restrição.

²⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**: coisa julgada e Constituição, o regime infraconstitucional da coisa julgada, a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, os limites da revisão atípica (relativização) da coisa julgada, as sentenças inexistentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 114.

²⁷¹ Ibid, p. 115.

Ao se sustentar que o substituído, para ser alcançado pela coisa julgada, deva ter efetiva participação no processo, não se está querendo dizer que ele tenha uma posição ativa, poderá ser omissa, mas é fundamental que lhe tenha sido dado conhecimento da ação e oportunidade de se manifestar.

O que não se pode aceitar é que, diante da possibilidade de exercer o direito de ação, garantia constitucional, o não exercício implique uma sanção; daí porque, nesta hipótese, deve ser provocado, no curso do processo, o ingresso do substituído.

Gregório Assagra de Almeida chama a atenção para a necessidade de uma revisão dos institutos da substituição processual e da coisa julgada, diante da garantia constitucional do contraditório, para afirmar que o substituído só poderá ser alcançado pela coisa julgada pelo critério *secundum eventum litis*, ou seja, ele não pode ser prejudicado por uma sentença em seu direito substancial em processo que não participou. Esta negativa é uma imposição constitucional, pois

[...] ninguém, por imposição constitucional, poderá ser prejudicado por uma decisão sem ter tido qualquer oportunidade de ser ouvido. Nesses casos, somente deverá ocorrer coisa julgada para o titular do direito que

não tenha participado do contraditório se a decisão lhe for favorável.²⁷²

O conhecimento do processo para a participação do substituído pode se dar mediante todas as formas de comunicação dos atos do processo, inclusive, por determinação do juiz, a denominada intervenção *iussu iudicis*.

Esta forma de intervenção, como já mencionado alhures, tem previsão legal no direito italiano (art. 107)²⁷³, que consagra a possibilidade de o juiz determinar o chamamento do terceiro, se entender conveniente para o julgamento da causa.

O código de processo civil de 39, no art. 91, previa a possibilidade de o juiz trazer ao processo terceiros que tivessem com a causa alguma espécie de interesse jurídico, que tornasse conveniente a sua participação no processo.²⁷⁴

O código atual é omissivo, tratando apenas da integração do litisconsorte necessário, nos termos do parágrafo único, do art. 47, que prevê

²⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. In: ASSIS, Araken de; et al. (Coord.) **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.1040-1967. p. 1053.

²⁷³ Art 107, do CPC italiano: "(Intervento per ordine del giudice). Il giudice, quanto ritiene opportuno che il processo vi svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l'intervento (270-272)".

²⁷⁴ Art. 91, do CPC brasileiro de 1939: "O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância".

expressamente que “[...] o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”.

Nada impede que seja feita uma interpretação extensiva do parágrafo único do art. 47, quando na substituição processual o juiz se der conta de que a sentença a ser proferida poderá ser em prejuízo do substituído.

Aliás, como noticiado por Fredie Didier Junior²⁷⁵, em 2005, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, ao julgar os mandados de segurança em que se discutiam a instalação da chamada “CPI dos Bingos”, determinou a intervenção *iussu iudicis* para trazer ao processo os líderes dos partidos governistas, por entender que esses líderes, embora não fossem litisconsortes necessários, deveriam *ad cautelam* participar do processo.

Outrossim, a intervenção *iussu iudicis* garante a efetivação do direito fundamental do contraditório e de acesso à justiça. Pela dimensão publicística do direito processual e relevância do contraditório, em especial no processo civil, essa atuação de ofício do juiz cumpre efetivamente as

²⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6.ed. Salvador: Podivm, 2006. vol.1. p. 283 (Mandados de Segurança n. 24.831, 24.845, 24.846, 24.847, 24.848 e 24.849).

garantias constitucionais processuais e os direitos fundamentais, legitimando, pois, o processo e a própria atividade jurisdicional.

José Rogério Cruz e Tucci, depois de reconhecer que é generalizado o entendimento no sentido de que o substituído, qualquer que seja o resultado do processo, fica adstrito à coisa julgada, chama a atenção para o fato de que esse verdadeiro dogma precisa ser urgentemente analisado à luz da garantia constitucional do devido processo legal.

Para enfrentar o problema, este autor começa apontando a atual literatura processual italiana, citando Proto Pisani que, em estudos recentes, diante das garantias constitucionais, especialmente da ampla defesa, afirma:

[...] no caso de o processo ser iniciado por um “falso” legitimado extraordinário, como, por exemplo, o usufrutuário, na ação negatória de servidão (art. 1.012, 2ª al.,CC) [...], impõe-se a aplicação das regras do litisconsórcio necessário [...] ou o substituído não foi citado, e aí a sentença que lhe for contrária deverá ser considerada *inutiliter data*, ou então o substituído foi citado [...] e, já agora como parte, poderá deduzir a defesa que bem entender.²⁷⁶

José Rogério Cruz e Tucci chama a atenção para o fato de que o problema do substituído é até elementar, ou seja, “[...] não se decide a relação

²⁷⁶TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 229.

litigiosa, objeto central do processo, sem que os interessados se manifestem, ou melhor, sem a prévia oportunidade de defesa e participação daqueles que serão afetados pelo provimento judicial”, e conclui que o substituído só pode ser alcançado pela coisa julgada se lhe for garantida a participação no processo, “[...] ou é garantida a participação no processo a todos aqueles que futuramente ficarão sujeitos à *auctoritas rei iudicatae*, ou então esta, de modo algum, poderá atingi-los”.²⁷⁷

Ademais, pode-se ainda apontar a regra constante no artigo 103, III, § 2º do código de defesa do consumidor, Lei 8.078/90, que prevê a não incidência da coisa julgada ao sujeito que não participou no processo:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

III – *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 2º - Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Observa-se, na hipótese legal, que o substituído que não tenha participado da relação jurídica processual em que a sentença tenha sido pela

²⁷⁷ Ibid., p. 228 e 231.

improcedência, portanto, em seu prejuízo, não será alcançado pela coisa julgada, pois neste caso ela opera *secundum eventum litis*.

Não seria demais lembrar que a inclusão do direito individual homogêneo no rol dos direitos coletivos recebeu críticas por boa parte da doutrina por não serem, na essência, direitos coletivos, como assevera Teori Albino Zavascki, os direitos individuais homogêneos – acidentalmente coletivos -, têm a classificação

[...] decorrente, não de um enfoque *material* do direito, mas sim de um ponto de vista estritamente *processual*. O “coletivo”, conseqüentemente, diz respeito apenas à “roupagem”, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados [...] na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais.²⁷⁸

Assim, nada justifica permitir que, na hipótese da tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada opere *secudum eventun litis* e, na hipótese de substituto processual, o tratamento seja diferenciado, uma vez que, na essência, o direito tutelado é o mesmo nas duas situações, qual seja, a tutela do direito individual.

²⁷⁸ ZAVASCHKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 55 (grifo do autor).

Ada Pellegrini Grinover, ao comentar o artigo em questão, afirma que lei consumerista admitiu apenas a extensão da coisa julgada para beneficiar o substituído, porque poderiam ser suscitados problemas constitucionais na indiscriminada extensão subjetiva da coisa julgada, procurando a lei harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou do processo.²⁷⁹

Ora, se houve a preocupação com a constitucionalidade da lei em face da garantia constitucional do contraditório e do próprio acesso à justiça diante de uma tutela essencialmente individual sobre o aspecto material, um tratamento diferenciado quando se tratar de substituído que não tenha tido seu direito discutido em sede coletiva, não se justifica, sob pena de violar a garantia constitucional da isonomia.

²⁷⁹ Assim escreveu Ada Pellegrini Grinover: “Assim, no juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador, verifica-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; além disso, o esquema brasileiro da legitimação poderia suscitar problemas de constitucionalidade, na indiscriminada extensão subjetiva do julgado, por infringência ao contraditório. Foi por isso que o Código de Defesa do Consumidor agasalhou o regime da extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram parte do processo, apenas para beneficiá-los”. (In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 839.

Antonio Gidi, ao explicar os limites subjetivos da coisa julgada na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, justifica que a opção do legislador pela coisa julgada *secundum eventum litis* se deu porque o

[...] CDC, atendendo a um valor supremo de segurança jurídica e aos princípios do direito processual civil contemporâneo, assegura aos consumidores a garantia de não serem privados de seus direitos, sem o devido processo legal, sem que haja ampla defesa e contraditório.²⁸⁰

É, pois, inimaginável sustentar que o valor supremo da segurança jurídica e as garantias constitucionais processuais só sejam observados no âmbito da tutela coletiva para direito individual que, acidentalmente, tornou-se coletivo.

Ainda não se pode esquecer da regra do art. 274, do código civil, que também prevê a hipótese de a coisa julgada ocorrer *secundum eventum litis*, quando se tratar de credor solidário:

“Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”.

²⁸⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 142.

O professor José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar o referido artigo, afirma que o novo código adotou o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, porque os credores que não participarem do processo e para quem a sentença seja desfavorável, não serão por ela atingidos:

[...] adotou o novo Código, destarte, em linha de princípio, o regime da extensão *secundum eventum litis*: as conseqüências variam, conforme a sentença, na ação de cobrança intentada por um só credor, julgue improcedente ou procedente o pedido. A primeira parte do dispositivo nada tem de original: segue a diretriz, comum aos outros ordenamentos examinados (alemão, italiano e português), de imunizar os credores ausentes do processo contra o respectivo resultado, desfavorável ao demandante.²⁸¹

A situação, imposta pelo código civil, diante da posição da doutrina em admitir que o substituído seja alcançado pela coisa julgada em outras hipóteses, poderá levar a uma situação no mínimo desproporcional para não absurda, como por exemplo, no caso de três credores solidários de uma quantia total de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) sendo que um deles propõe a ação condenatória relativa ao crédito e, por algum motivo, o pedido seja julgado improcedente, os outros dois não serão alcançados pela coisa julgada e poderão demandar o devedor. Em outra situação, sendo três pessoas co-

²⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 84, ano XXV, p. 64-72, dez. 2005. p. 68.

proprietárias de um imóvel avaliado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e um dos co-proprietários ingressa com uma ação reivindicatória que, ao final, é julgada improcedente, os outros dois co-proprietários seriam alcançados pela coisa julgada, segundo entendimento corrente, o que, no mínimo, viola o razoável, levando-se em consideração os bens da vida tutelados nos exemplos.

Imagina-se a situação em uma ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público que teve o pedido julgado improcedente. Nesta hipótese, não poderá ser reproposto pelo substituído nova ação de investigação de paternidade, mas o credor solidário poderá.

Barbosa Moreira, no artigo mencionado, justifica que a posição tomada pelo legislador do código civil é de fácil compreensão, porque o resultado negativo para os demais credores pode decorrer de uma condução inábil, ou mesmo conluio com o devedor comum. Segundo ele:

[...] repugna à justiça e ao próprio bom senso subtrair aos outros credores, que não participaram do contraditório, não tiveram a oportunidade de arrazoar e produzir prova, a possibilidade de exigir a satisfação do crédito, prejudicando-os de modo definitivo.²⁸²

²⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 84, ano XXV, p. 64-72, dez. 2005. p. 65.

No exemplo dos condôminos e em quaisquer outras hipóteses de substituição processual, por que não aceitar o mesmo argumento, qual seja, o resultado negativo pode decorrer da inabilidade ou mesmo de conluio das partes demandantes em total prejuízo dos substituídos.

Assim, por qualquer ângulo que se olhe, observa-se que não se justifica a incidência da coisa julgada ao substituído, sob pena de negar as garantias constitucionais processuais, negando ao substituído direitos fundamentais.

Leonardo Grego, afirma ser incompatível com a garantia do contraditório a subordinação do substituído à imutabilidade da coisa julgada em ação proposta por substituto sem a sua participação, entende que a coisa julgada se formará *secundum eventum litis*, isto é, apenas *in utilibus*.²⁸³

Portanto, a questão se põe diante da nova realidade constitucional do direito brasileiro, pois sujeitar o titular do direito material à coisa julgada em processo de que não participou, ou não lhe tenha sido dada ao menos oportunidade de atuar, para defender interesse seu, implica não só vedar o

²⁸³ GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 41. E complementa o autor: “A legitimação extraordinária visa a assegurar o direito de acesso à Justiça a quem, sem ela, estaria privado daquele direito, não conferindo a ninguém, sem mandato, o poder de pôr a perder um direito alheio pela propositura de ação cujo resultado seja desfavorável ao interesse do substituído”.

acesso à justiça, como afrontar o próprio contraditório, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer.

Ao contrário, ficando assegurada a participação do substituído no processo, a tempo de defender seu interesse, mudam os dados do problema.

Assim, ou se permite, mediante convocação oportuna, a participação do substituído no processo para defender interesse seu, ficando, neste caso, ele sujeito à coisa julgada; ou não ficará a ela vinculado²⁸⁴, salvo se for para beneficiá-lo, ou seja, a produção da coisa julgada *secundum eventum litis*.

A compreensão e a interpretação do direito processual devem ter por pressuposto básico o exame da Constituição; “[...] o intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema”²⁸⁵.

Outra não é a lição de Luís Roberto Barroso:

²⁸⁴ ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 302.

²⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

[...] toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados [...], a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob um ótica constitucional.²⁸⁶

Em uma análise desta mudança de paradigma, pode-se dizer que o positivismo jurídico que serviu de base para o autoritarismo, deu lugar a uma realidade diferente, chamada por parte da doutrina de pós-positivismo²⁸⁷, de um ideário difuso, “[...] no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”.²⁸⁸

Essa nova concepção tem influenciado decisivamente na formação de uma hermenêutica constitucional inovadora. Surge um novo sentido para o

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 18 mar. 2008. p. 14.

²⁸⁷ Esta é a lição de Luís Roberto Barroso: “[...] o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade [...] os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”. (In: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48. p. 28-29).

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48. p. 27 (grifo do autor).

sistema jurídico, abandona-se o fechado e auto-suficiente e passa-se ao sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores.²⁸⁹

A interpretação constitucional, nos termos da proposta de Peter Häberle, é pluralista, elemento de uma sociedade aberta, já que “[...] os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.²⁹⁰

Surge o neoconstitucionalismo²⁹¹ como uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição, de modo emancipado e desmistificado, com a finalidade de “[...] superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação com justiça da realidade social”.²⁹²

²⁸⁹ Ibid., p. 34-35.

²⁹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

²⁹¹ Esclarece Eduardo Cambi que o neoconstitucionalismo pode ser sintetizado, estudado em três aspectos distintos: histórico, filosófico e teórico. Pelo aspecto histórico, as transformações mais importantes foram depois da Segunda Grande Guerra Mundial, salientando a Lei Fundamental de Bonn (1949), as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976), espanhola (1978) e a própria Constituição brasileira (1988); pelo aspecto filosófico, o estudo das vertentes teóricas que compõem o pós-positivismo; pelo aspecto teórico, o estudo engloba o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord) **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683. p. 663-665.

²⁹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 37 (grifo do autor).

Conforme explica Robert Alexy, citado por Gregório Assagra de Almeida,

[...] o legalismo, em oposição ao constitucionalismo democrático, impõe: a) a norma em vez do valor; b) a subsunção em vez da ponderação; c) a independência do direito ordinário em vez da onipresença da Constituição; d) a autonomia do legislador democrático, dentro do marco da Constituição, no lugar da onipresença judicial fundada na Constituição, colocando o legislador sobre o Tribunal Constitucional Federal.²⁹³

A partir dessa visão em torno da Constituição, denominada por muitos de *neoconstitucionalismo*, Eduardo Cambi fala em *neoprocessualismo*, tendo como premissas fundamentais: a) a relação da Constituição com o processo, havendo supremacia sobre o direito infraconstitucional; b) direito fundamental à ordem jurídica justa, direito fundamental ao processo justo e visão publicística do processo; c) direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais; d) a conciliação da instrumentalidade do processo com o garantismo²⁹⁴ constitucional.²⁹⁵

²⁹³ Ibid., p. 38.

²⁹⁴ Deve-se entender por garantismo, na síntese de Aury Lopes Júnior, como a tutela dos direitos fundamentais que constitui a base substancial da democracia: “[...] é importante destacar que o *garantismo* não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os

A leitura constitucional impõe que se estenda a qualidade de parte no processo civil. Trata-se de uma interpretação aberta e flexível, o que facilitará o ingresso em juízo, fomentando a participação no contraditório de todos os interessados. É a legitimação da própria atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

É dever do Poder Judiciário interpretar e aplicar a lei em conformidade com os direitos fundamentais. A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais, na lição de Canotilho, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, decorre da constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais.²⁹⁶

bens e os interesses, materiais e prepolíticos, que fundam e justificam a existência daqueles *artifícios* – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Dessa afirmação de FERRAJOLI é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais ”. (In: LOPES JUNIOR, Aury. Instrumentalidade garantista do processo penal. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2008. p. 6).

²⁹⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord) **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683. p. 672-680.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 334.

Portanto, em respeito aos direitos fundamentais, entendendo como tal, os direitos das pessoas individual ou institucional com assento na Constituição Federal, uma maior abrangência das garantias constitucionais do acesso à justiça e do contraditório, a constitucionalização do direito processual civil e a força da dimensão publicística do direito processual, uma nova visão do conceito de parte se impõe, não pode ser ele meramente formal nem material, mas um conjunto de valores, um conceito pluralista e aberto, que não interfere nos efeitos diretos da decisão judicial nem nos limites subjetivos da coisa julgada, porque normalmente as partes atingidas diretamente por esses efeitos são as titulares da relação jurídica material, figurando geralmente como parte demandante ou demandada no processo, com exceção do substituído, que só poderá ser alcançado pela coisa julgada se lhe for dada a devida oportunidade de conhecimento do processo ou se fixar o critério da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Assim, pode-se conceituar partes como sendo os titulares da relação jurídica material deduzida em juízo, que poderão figurar no pólo ativo ou passivo da demanda posta em juízo, atuando em contraditório de forma que possam influir no resultado, bem como, aqueles que atuam com a finalidade de auxílio-técnico jurídico das decisões judiciais ou para fins de impugnação das decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Diante da Constituição Federal e a constitucionalização do direito processual civil, procurou-se, através do presente trabalho, fazer uma releitura do conceito de parte para analisar o instituto da substituição processual, sob a acepção da tutela individual, e rever a situação do substituído e os limites da coisa julgada diante das garantias constitucionais do acesso à justiça e do contraditório.

Uma melhor compreensão do instituto da coisa julgada e seus limites subjetivos passam obrigatoriamente pela leitura e entendimento do conceito de partes, tema de fundamental importância para a legitimidade da prestação jurisdicional.

A evolução pela qual passou não só a Constituição como o processo refletiu diretamente no conceito de partes.

Da fase do imanentismo até a fase instrumentalista ou mesmo do neoprocessualismo, o conceito de parte foi sendo modificado, seguindo a orientação então vigente.

Se na época do imanentismo, também conhecida como a fase privatista do direito processual, não era possível uma conceituação de parte e terceiro, porque tudo estava ligado à relação de direito material, de sorte que imperava certa confusão, num segundo momento, na fase autonomista do direito processual civil, passou a ser possível a formulação de um conceito de parte e terceiro. Entretanto, tratava-se de conceito fechado, por ser eminentemente processual, diante do distanciamento que se dava entre o direito processual e o material.

Na seqüência, com o advento da fase instrumentalista do direito processual, em que a preocupação do processo passou a ser com a sua efetividade, com o acesso à justiça e com um processo de resultado, o processo passou ser visto como meio de Justiça, e não simples instrumento de solução dos conflitos. Houve, então, uma reaproximação do direito material com o processual, sem que isso importasse na negativa da autonomia do processo, o que representaria um retrocesso, ou mesmo o retorno ao sincretismo do passado.

Esta recente fase com valores externos ao sistema processual, como social e político, acabou por conseqüência impondo um método de novas acepções a serem estudadas no direito processual civil, mas, ainda assim, não foi possível constatar novos horizontes no conceito relativo a parte.

Na fase instrumentalista do direito processual ainda que os critérios metodológicos sejam abertos e flexíveis, ainda, assim, não se formulou um conceito de partes de acordo com os princípios constitucionais, que têm, em seu núcleo, a tutela dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, porque há uma forte influência dos requisitos deixados pela postura formal, fechada e técnica da fase autonomista.

Conceituou-se parte como os sujeitos do contraditório, instituído perante o juiz ou aquele que pediu a tutela jurisdicional e em face de quem se pediu, estando ausente, neste último conceito, o princípio do contraditório, tendo em comum a noção de partes sob a concepção processual, trata-se de conceito meramente formal, que busca demonstrar a contraposição parte/terceiro.

O problema é que um conceito meramente formal de parte não permite a constatação da extensão das garantias constitucionais que ocupam o direito processual.

O direito material deve ser considerado para aferir as dimensões da qualidade de parte no processo civil.

A nova ordem constitucional impôs uma íntima relação entre a Constituição e o direito processual, pois, enquanto a Constituição tutela o direito processual, com a fixação dos seus princípios e garantias fundamentais, o processo é o instrumento, meio, de proteção e de efetivação material da própria Constituição.

Assim, é imperioso que o conceito de partes no processo civil seja realizado com base na principiologia constitucional que tutela o processo, fundamentalmente os princípios do acesso à justiça e do contraditório.

A Constituição Federal de 1988, denominada de Cidadã, como inicialmente consignado neste trabalho, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira depois de longos anos de ditadura, incluindo no seu texto os principais ramos do direito infraconstitucional, ela deixou de ser um sistema em si para interpretar todos os demais ramos do Direito.

Dessa forma, a dimensão conquistada pelo direito constitucional, em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica, mostra-se particularmente intensa, em especial no que diz respeito ao processo.

A participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizador do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas.

O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material ou processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta para o fato de que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a este ângulo visual; mas, além disso, dentro do marco desta correção, o processo presta-se essencialmente para a produção de decisões justas.

Do centro do sistema jurídico foi deslocada a norma infraconstitucional, para a Constituição Federal, passando esta a ser o centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, funcionando, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema, gerando um novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo.

A mudança de paradigma do positivismo jurídico para o pós-positivismo levou a uma nova relação de valores entre os princípios e as regras, proporcionando uma nova hermenêutica e a teoria dos direitos

fundamentais. Surge um novo sentido para o sistema jurídico, abandona-se o sistema jurídico fechado e auto-suficiente, e passa-se ao sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores. A interpretação constitucional passa a ser pluralista, como elemento de uma sociedade aberta.

O pós-positivismo não surge para a desconstrução da ordem jurídica, mas como superação do conhecimento convencional, com base nas idéias de justiça e legitimidade, mediante a inserção dos princípios constitucionais, explícitos ou não, que passam a ser a síntese dos valores consagrados no ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo, como nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Lei Maior, propõe o entendimento da Constituição a partir de uma concepção de sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas e transformador da realidade social; a interpretação da Lei Maior também deve ser aberta e pluralista, o que corresponde às novas posturas constitucionais, em perfeita harmonia com a principiologia do Estado Democrático de Direito, implantada na Constituição de 1988.

A principal característica do Estado constitucional é a subordinação da lei às normas constitucionais, a plena eficácia jurídica das suas normas, a função unificadora da Constituição.

A Constituição Federal brasileira de 1988, ao normatizar amplos direitos e garantias fundamentais, transformando em constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos material e processual, criou o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional, alterando, assim, profundamente o modo de construção da norma jurídica, já que, antes, a Constituição não passava de uma Carta Política, destituída de força normativa, porque a lei e os códigos se punham no centro do sistema jurídico.

Em torno da Constituição, surge quem afirme a idéia de um neoprocessualismo, tendo como premissas fundamentais: a) a relação da Constituição com o processo, com supremacia sobre o direito infraconstitucional; b) direito fundamental à ordem jurídica justa, direito fundamental ao processo justo e a visão publicística do processo; c) direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais; d) a conciliação da instrumentalidade do processo, com o garantismo constitucional.

Com a constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, a crescente adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento dos poderes do juiz, explica-se o surgimento do

neoprocessualismo, que precisa conciliar a instrumentalidade do processo, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais com o garantismo, ou seja, a instrumentalidade do processo, que permite a construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual, precisa ser compatibilizada com o respeito aos direitos e garantias fundamentais das partes no processo civil, os quais estão na essência do garantismo.

Assim, a leitura constitucional impõe se estenda a qualidade de parte no processo civil. Trata-se de uma interpretação aberta e flexível, o que facilitará o ingresso em juízo, fomentando a participação no contraditório de todos os interessados. É a legitimação da própria atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

É dever do Poder Judiciário interpretar e aplicar a lei em conformidade com os direitos fundamentais. Entretanto, a adequada prestação jurisdicional depende da universalidade do acesso à justiça e do contraditório.

A concepção constitucionalizada da qualidade de parte em processo civil, em decorrência da releitura da relação de direito processual e direito material, impondo que o processo seja meio útil e eficaz de concretizar o direito material, torna imprescindível considerar o princípio do acesso à

justiça em todas as suas dimensões e o do contraditório como direito-dever de participação e colaboração no resultado, como fator de legitimação do processo e da prestação jurisdicional.

Assim, o conceito de parte pode ser visto a partir de cinco dimensões da qualidade de parte e de terceiros: a) parte em sentido material; b) parte da demanda; c) parte em sentido processual; d) parte para fins de auxílio técnico-jurídico das decisões judiciais; e) parte para fins de impugnação das decisões judiciais. Se todas as normas jurídicas processuais devem ser lidas a partir das normas constitucionais, a constitucionalização do processo civil implica a existência de instrumentos e procedimentos compatíveis com o modelo processual constitucional.

Não se pode perder de vista que o processo é instrumento e método de solução dos conflitos e de realização dos direitos e da Justiça. Portanto, o jurisdicionado precisa ver assegurada sua dignidade.

A própria dignidade da pessoa humana, aliada à busca pelo exercício da cidadania, reclama pela proclamação constitucional dos direitos fundamentais processuais.

A classificação mais pluralista e aberta da qualidade de parte não interfere nos efeitos diretos da sentença e nos limites subjetivos da coisa julgada, pois partes, para estes fins, são as titulares da relação jurídica de direito material, figurando, geralmente, como parte demandante e parte demandada, salvo os casos de substituição processual que dependem de autorização legal, hipótese em que, por força da leitura constitucional do processo e à luz das garantias do acesso à justiça, do contraditório, dos direitos fundamentais, da constitucionalização dos direitos materiais e processuais, a coisa julgada se opera *secundum eventum litis* em relação ao substituído, caso não lhe tenha sido dada oportunidade de participação no processo, hipótese que só será alcançada pela coisa julgada se a decisão lhe for favorável.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, inclusive os processuais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos, conferindo suporte teórico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Portanto, diante da inegável constitucionalização do processo, com as garantias fundamentais processuais do acesso à justiça e do contraditório, pode-se afirmar que, em se tratando de substituição processual na tutela do

direito individual, o substituído só poderá ser alcançado pela coisa julgada se presentes as seguintes situações: a) necessidade de garantir o efetivo conhecimento da existência do processo, permitindo, assim, oportunidade para defender interesse seu no processo; b) a convocação do substituído poderá ser feita por qualquer meio processual, inclusive, a intervenção *iussu iudicis*; c) a coisa julgada opera *secundum evento litis* na hipótese do substituído não participar do processo pelo desconhecimento da existência do mesmo.

Desta forma, respeitadas estarão as garantias constitucionais do processo e o próprio direito fundamental do substituído, legitimando o processo e a prestação jurisdicional, tudo nos termos exigidos e garantidos pela Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. In. **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. (Coord.) Araken de Assis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p.1040-1967.

_____. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: *Del Rey*. 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2003.

ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. vol. 1.

_____. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. vol. 1.

_____. Princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, n. 19, p 20-39. Abr./jul. 1994.

_____. **Manual de direito processual civil**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 2.

ALVIM, Tereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

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

ASSIS, Araken. Substituição processual. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, 9, p. 9-23, dez. 2003.

_____. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 18 mar. 2008.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 1-48

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-378.

BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae: no processo civil brasileiro, um terceiro enigmático***. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, n. 30, p. 59-81, ago. 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. vol. 1.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord) **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 662-683.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. **Intervenção de terceiros**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Olivieira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CAROCCA PÉREZ, Alex. **Garantía constitucional de la defense procesal**. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 809, n. 92, p. 743-756, mar. 2003. p. 744. (Artigo também publicado na RT 438/23)

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et al. **Teoria Geral do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Comentários ao código de processo civil (arts. 332 a 475)**. Rio de Janeiro: Forense. 2000. vol. 4.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COUTURE, Eduardo Juan. **Interpretação das leis processuais**. 4 ed. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COVAS, Silvânio. O duplo grau de jurisdição. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 3 v.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et. al. **Constituição e Processo**. Salvador: Podivm, 2007. p367-435.

DE VINCENZI, Brunela Vieira. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003

DELGADO, José Augusto. Princípios processuais constitucionais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 11, p. 195-201, out./dez., 1986.

_____. A supremacia dos princípios na garantias processuais do cidadão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, n. 17, p. 89-103, jan./mar., 1992.

_____. Aspectos controvertidos da substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 47, n. 12, p. 07-16, jul./set., 1987.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 6.ed. Salvador: Podivm, 2006. vol 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 1.

_____. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol 2.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 3.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. (Org.). Escopos políticos do processo. In: _____. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. vol. I.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM. 1996.

FERREIRA, Alberto Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FONACIARI JÚNIOR, Clito. **Reconhecimento jurídico do pedido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva. 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acessado em 20.02.2008.

_____. **A teoria da ação no processo civil.** São Paulo: Dialética. 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.

_____. **Manual de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil.** São Paulo: José Bushatsky, 1975.

_____. O princípio da ampla defesa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, 19, p. 9-20, São Paulo, dez. 1982.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha, contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 11-33, jan./mar., 1983.

_____. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 69, n. 18, p. 111-112, jan./mar. 1993.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. **Introdução do direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

LASPRO, Oresto Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LASPRO, Oresto Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre coisa julgada**. Tradução Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 1.

_____. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 346-350.

LOPES JUNIOR, Aury. **Instrumentalidade garantista do processo penal**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2008.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47-94.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Rodrigo Pereira. **As provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra. 1998. vol. 4.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Atualizado Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, v. 37., n. 10, p. 140-150, jul./set. 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 84, ano XXV, p. 64-72, dez. 2005.

_____. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. São Paulo: Saraiva. 1980, 2ª série.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 404, n. 58, p. 9-18, jun. 1969.

_____. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOURA, Mário Aguiar. Substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 47, n. 12, p. 240-253, jul./set., 1987.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Direitos fundamentais processuais**. Curitiba: Faculdade de Direito, 2004. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2004

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 2 v.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1986.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis: atualizado de acordo com as recentes modificações do Código de Processo Civil, inclusive pela Lei 9.756/98.** São Paulo: Malheiros, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (Org.) **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003. 180-236.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile.* 3.ed. Napoli: Eugenio Jovene. 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PRIETO ALVAREZ, Anselmo; SILVA, Nelson Finotti. **Manual de processo civil e prática forense.** São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

REZENDE FILHO, Gabriel. **Direito processual civil.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1968. vol. 1.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul./set. 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In. **As garantias do cidadão na justiça.** (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 31-51.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Lições preliminares de direito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral.** Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional. Princípios constitucionais do processo civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier; NERY

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** Atualizado por Aricê Moacyr Amaral Santos. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil.** Tradução Karina Andréa Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003.

SEVERO NETO, Manoel. **Substituição processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: Fux, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.604-615.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: due process of law**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel;

_____. **Sentença e coisa julgada**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 1.

SOUZA, Artur César. **Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão: coisa julgada e Constituição. O regime infraconstitucional da coisa julgada. A ação rescisória e outros meios rescisórios típicos. Os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada. As sentenças inexistentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, n. 14, p. 78-84, jan./mar. 1989.

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 59, p. 253-268, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, n. 6, p. 173-191, jul./set., 1981.

_____. **Princípios fundamentais** – teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

USTÁRROZ, Daniel. **A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel:

WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCHKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)