

LEGITIMIDADE E DESPOLARIZAÇÃO DA DEMANDA

ANTONIO DO PASSO CABRAL

PROFESSOR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA UERJ. DOUTORANDO EM DIREITO PROCESSUAL PELA UERJ E PELA LUDWIG-MAXIMILIANS UNIVERSITÄT (MUNIQUE, ALEMANHA). MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UERJ. PROCURADOR DA REPÚBLICA. EX-JUIZ FEDERAL.
E-MAIL: antoniocabral@prtj.mpf.gov.br
TEL: (21) 2107-9300, 2107-9376

Resumo: O presente artigo tem como objetivo estudar a aplicabilidade da migração entre os pólos da demanda, já prevista nas ações populares, para o processo civil em geral. Para tanto, foram analisados os requisitos da legitimidade e do interesse de agir, e verificados diversos problemas práticos que a teoria tradicional a respeito das condições da ação traz para o processo. Para tratar do tema, propomos uma análise mais fluida, pelos conceitos de *legitimatío ad actum* e zonas de interesse.

Palavras-Chave: Migração de pólos. Ação Popular. Legitimidade *ad actum*. Zona de interesse. Despolarização da demanda.

Abstract: The following article has the objective of studying the migration permitted to the defendant in the brazilian citizen action, which allows him to proceed as a plaintiff, for the civil procedure in general. For these purposes, the standing to sue under brazilian Law comes into the core of the problem, for many practical issues arise when the traditional theory is brought up. To be able to treat this theme correctly, we make a proposition of a more fluid analysis of standing to sue in Brazil through the concept of “zones of interest”.

Key-Words: Brazilian civil procedure. Citizen Action. Standing to sue. Zones of interest.

“Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’: sobre a migração entre pólos da demanda”

Sumário: 1. O problema: é possível migrar de um pólo para outro da demanda? O art.6º §3º da lei da ação popular. 2. A legitimidade ontem e hoje: da legitimidade *ad causam* à legitimidade *ad actum*. 3. Despolarização da demanda. 4. Interesse de agir ontem e hoje: do interesse-necessidade às zonas de interesse. 4.1. Interesse: necessidade, adequação ou utilidade? 4.2. De adversários a co-jogadores: soluções cooperativas, requerimentos conjuntos, interesses simultaneamente contrapostos e comuns, sujeitos imparciais. 4.2.1. Interesses dinamicamente cambiantes: soluções cooperativas e requerimentos conjuntos. 4.2.2. Interesses simultaneamente contrapostos e comuns no mesmo pólo. 4.2.2.1. Hipóteses de litisconsórcio e intervenção de terceiros. Litisconsórcio necessário no pólo ativo. 4.2.2.2. Ações coletivas e as dissidências internas. 4.2.2.3. Procedimentos concursais. 4.2.3. O “interesse jurídico” dos intervenientes e os sujeitos “desinteressados”. A atuação imparcial com base no interesse público. 4.3. Os problemas teóricos da doutrina tradicional sobre o interesse de agir. 4.4. Zonas de interesse. 5. Sugestões para o desenvolvimento do tema. 5.1. Pressupostos para a migração entre pólos e a atuação despolarizada. Migrações sucessivas e migrações pendulares. Revogabilidade de atos processuais e admissibilidade. 5.2. Encargos de sucumbência. Remessa necessária. Impossibilidade de migração. 6. Breve conclusão.

1. O problema: é possível migrar de um pólo para outro da demanda? O art.6º §3º da lei da ação popular.

O tema que nos ocupa neste pequeno trabalho é o da possibilidade de atuação dos sujeitos processuais independentemente do pólo da demanda em que originariamente posicionados, ou seja, verificar se é dado aos atores do processo migrar de um pólo para outro ou atuar, em conjunto ou solitariamente, em posições jurídicas típicas do outro pólo.

No ordenamento positivo brasileiro, as únicas hipóteses previstas para este tipo de migração interpolar são aquelas do art.6º§3º da lei da ação popular (4.717/65), estendido pelo art.17 §3º da lei 8.429/92 às ações de improbidade administrativa.¹ Com efeito, a lei da ação popular inicialmente prevê uma hipótese de litisconsórcio necessário no pólo passivo, determinando que devem ser citados, na condição de réus, o agente público que praticou o ato, o ente público ao qual

¹ NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa. Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Niterói: Impetus, 2ª Ed., 2006, p.58-60; RODRIGUES, Geisa de Assis. “Da ação popular”, in FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação estravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.262.

vinculado este agente, e ainda os beneficiários do ato que se aponta ilegal ou lesivo. Em seguida, prevê a possibilidade do ente público, em concordando com o autor popular, migrar para o pólo ativo e passar a atuar em conjunto com o demandante.

A aplicabilidade de um tal instituto ao processo civil em geral teria indiscutíveis repercussões práticas, já que algumas faculdades processuais somente são autorizadas àqueles sujeitos que figuram em determinadas posições, como a exceção de incompetência,² os embargos de terceiro, a reconvenção, dentre muitos outros. Além disso, a interpretação e aplicação de outros muitos institutos seria diversa se confirmada a hipótese ora estudada: desde a fixação do interesse em recorrer, passando pela alteração da verba de sucumbência, até a incidência ou não da remessa necessária.

O tema é relevante também para a atuação processual do *amicus curiae* e das agências reguladoras, que possuem faculdades imparciais no interesse público da fiscalização e regulação; bem como para a atuação processual de litisconsortes quando, no âmbito daquela pluralidade de sujeitos, haja interesses contrapostos ou divergências estratégicas.

Inexistem estudos de fôlego, de que tenhamos notícia, sobre a questão proposta. Encontramos apenas referências esparsas aqui e ali, sempre no bojo de estudos circunscritos à análise de outros temas, como a ação popular, a improbidade administrativa, e o *amicus curiae*.³ Em doutrina, até onde nos consta, foi Rodrigo Mazzei aquele que procurou tratar de maneira extensiva deste instituto específico da migração entre pólos da demanda, tendendo para uma aplicação ampliativa dos dispositivos da ação popular e da improbidade administrativa para outras ações coletivas.⁴ Não obstante, ao indagarmos sobre as premissas básicas da possibilidade da migração entre pólos da demanda, tanto a experiência da atuação habitual da administração pública como um exame rápido de jurisprudência fazem aflorar posições mais restritivas.

² Assim, p.ex., a doutrina afirma que só o réu pode excepcionar a incompetência relativa, sendo que tal faculdade não existe para o MP, porque reside na esfera de disponibilidade das partes, não sendo matéria de ordem pública; e também não pode ser manejada pelo autor, porque para este a faculdade precluiu na indicação do órgão jurisdicional realizada na petição inicial. Entende-se que o assistente da parte poderia excepcionar. Cf. NERY JR. Nelson. "Legitimidade para arguir a incompetência relativa", in *Revista de Processo*, ano 13, n.52, out-dez, 1988, p.216-218.

³ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, vol.4, 2a Ed., 2007, p.247 e ss; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: RT, 5ª Ed., 2003; GOMES JR., Luiz Manoel. "Ação Popular – alteração do pólo jurídico da relação processual – considerações", in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol.10, janeiro, 2004, p.120 e ss; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva., 2ª Ed., 2008, p.260 e ss; NEIVA, José Antônio Lisboa. "Questões processuais envolvendo propriedade industrial", in *Revista Jurídica Consulex*, ano VI, n.128, maio, 2002, p.22 e ss.

⁴ Ainda que não o tenha feito para o processo civil em geral, restringindo sua proposta às ações coletivas. Cf. MAZZEI, Rodrigo. "A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)", in *Revista Forense*, ano 104, vol.400,

Sem embargo, na praxe forense, vemos que o Estado (especialmente através de seus diversos entes fiscalizatórios, como as agências reguladoras), quando posicionado no pólo passivo, recusa-se a atuar em conjunto com o autor ou mesmo reconhecer o acerto de seus argumentos. Tais órgãos sentem-se “obrigados” a defender o ato impugnado pelo tão só fato de figurarem como réus. De outro lado, parte da jurisprudência afirma, em hipóteses diversas, que um determinado sujeito, quando figura em tal tipo de ação, “somente pode ser réu” ou “sempre atua como assistente litisconsorcial do autor”, e por aí em diante.

Podem ser aventadas diversas razões para justificar a conclusão por estes entendimentos restritivos: a) uma concepção estática da relação jurídica processual; b) a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir necessariamente relacionados com o direito material, petrificados e “fotografados” no momento da propositura da demanda; c) o conceito de interesse-necessidade, fulcrado na lide e numa lesão praticada pelo réu; d) a estabilização subjetiva da demanda; e) o litisconsórcio necessário ligado à relação material; f) o conceito de citação como um chamado a “defender-se”; dentre outros.

Imaginemos, por hipótese, que estes argumentos estejam corretos: se a atuação despolarizada não se aplica ao processo em geral, qual então a justificativa para que o ordenamento permita a migração entre os pólos na ação popular e na improbidade administrativa? Geralmente se aponta a migração como uma medida salutar às mudanças políticas, facultando, na sucessão de governos, que o poder público tivesse a liberdade de atuar em qualquer pólo, não ficando obrigado a defender um ato praticado na administração anterior quando concordante com o autor.⁵

Ora, então devemos aceitar que se trata de um instituto processual “partidário”? Assim não pensamos.

Enfrentaremos a questão buscando salientar alguns pontos principais, especialmente no que tange: I) ao dinamismo da relação processual, que nos permite tratar a legitimidade e o interesse em aspectos cambiáveis no tempo e sem uma rigidez absoluta; II) reconhecer que esse dinamismo nos faz identificar situações processuais em que determinados sujeitos, p.ex., tenham, simultaneamente, interesses comuns e contrapostos, ainda que figurem no mesmo pólo da demanda, o que demonstra que somente cabe, no processo

nov-dez, 2008, p.228 e ss; *Idem*, “Ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, in DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.385-388.

⁵ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p.140; NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. *Op.cit.*, p.58-60.

moderno, uma compreensão dinâmica do interesse e da legitimidade; para tanto, trabalharemos o tema da legitimidade *ad actum* e o conceito, que ora propomos, de “zonas de interesse”.

Em seguida, formularemos algumas sugestões para o início do estudo do tema, rascunhando parâmetros que possam guiar a aplicação das idéias anteriormente desenvolvidas.

2. A legitimidade ontem e hoje: da legitimidade *ad causam* à legitimidade *ad actum*.

A razão moderna para que continuemos a trabalhar com “condições da ação” vem sendo relacionada a questões éticas e de economia processual, para evitar a instauração de processos sem qualquer probabilidade de êxito e para inibir ações temerárias que pudessem molestar outros indivíduos sem qualquer limite.

Com a abstração do direito de ação e a consagração da teoria da asserção, o preenchimento das condições da ação passou a ser aferido pelas alegações do próprio litigante. Neste contexto, os abstratistas buscaram o desenvolvimento das condições da ação como um limite mais objetivo, um filtro para o exercício dos direitos processuais que fosse baseado no direito material e verificado à luz do ordenamento, e não das alegações do sujeito.⁶

Partia-se da idéia de que a norma jurídica é atributiva, conferindo a determinado sujeito uma posição de vantagem e o autorizando a agir, em seu próprio nome, para atingir os efeitos que o ordenamento lhe assegura.⁷ Assim, o poder de praticar um ato seria decorrente da norma material, e nela deveriam ser buscadas as condições que limitam a prática do ato e o poder jurídico que o justifica. E a legitimidade é a condição da ação que reflete o filtro subjetivo para a atuação judicial.

Com efeito, existe um modelo subjetivo abstrato que o ordenamento estabelece como padrão para cada tipo de processo e que deve ser observado para a instalação do contraditório. Esse esquema é definido pelas chamadas situações legitimantes, que correspondem algumas ao autor, outras ao réu, outras aos intervenientes.⁸ O exame de legitimidade é, portanto, uma comparação entre a situação de fato de cada sujeito do processo e a situação legitimante a ele correspondente. Se coincidirem, dir-se-á legitimado o sujeito.

⁶ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G.Giappichelli, 30ª Ed., 2000, p.53-54; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p.21-28.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, *Op.cit.*, p.93-94.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apostamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, ano III, n.9, set-dez, 1969, p.41-42; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 8ª Ed., 1996, p.299; MONACIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffré, 1951, especialmente p.310 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002, p.23, nota 22, e p.31.

De regra, as situações legitimantes são identificadas com a própria relação jurídica material que se submete ao Judiciário como objeto do processo. Este é o formato da legitimidade ordinária, aferida a partir de um juízo comparativo entre o padrão subjetivo do direito material e a situação de fato descrita no processo por cada sujeito.⁹

A ultrapassada apreensão civilista do fenômeno processual identificava as partes com os titulares da relação jurídica de direito material alegada e discutida no processo. Naquele modelo privatista, o autor era o credor e o devedor era réu.¹⁰ Perquirir a quem caberia agir em relação a um determinado direito era buscar saber quem era o titular do próprio direito,¹¹ sobretudo no parâmetro de então, no qual o direito de ação refletia um aspecto ou elemento do próprio direito material: a ação era o direito material reagindo a lesões, “armado para a guerra”.

Com a constatação de que a relação jurídica processual era diversa daquela oriunda do direito material, bem como a teorização sobre as sentenças de improcedência e as ações declaratórias negativas, tal concepção foi abandonada. Hoje, por influência da concepção abstrata da ação, sabemos que não necessariamente coincidem a legitimidade ativa e passiva com as figuras do credor e do devedor.¹² Claro que o titular do direito, ou ao menos quem exerce a pretensão, é aquele que tem as melhores condições para reclamá-lo,¹³ mas é igualmente certo que nem sempre aquele que busca o Judiciário para a proteção de um suposto direito tem razão.

Outra prova inegável da superação deste paradigma, já em tempos mais recentes, foram as ações coletivas para a proteção de interesses transindividuais. Em sua disciplina, consagra o legislador a legitimidade extraordinária (através do mecanismo

⁹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p.5-12; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in *Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 404, junho de 1969, p.9-10; TARUFFO, Michele. “Some remarks on group litigation in comparative perspective” in *Duke Journal of Comparative and International Law*, n.11, 2001, p.415; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2a Ed., 2000, p.130-131.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, in *Revista de Processo*, ano IX, n.34, abril-junho, 1984, p.197.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, in *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol.771, janeiro, 2000, p.93.

¹² Tradicionalmente, na execução, as figuras do credor e devedor, que seriam os legitimados, deveriam coincidir com aqueles referidos no título, o que atualmente vê-se não ocorrer em todos os casos. Cf. MEIRELES, Edilton. “Função do título executivo e a legitimidade na execução”, in *Revista Ltr*, vol.64, n.5, maio, 2000, passim; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op. cit.*, p.332-333.

¹³ É o “adequado portador” da pretensão. Cf. ZANETTI JR. Hermes. “A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico”, in ASSIS, Araken de *et alii* (Coords.). *Direito Civil e Processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p.863.

da substituição processual) de associações civis, órgãos públicos e do Ministério Público.¹⁴ Através da substituição processual, o ordenamento autoriza que certos sujeitos, mesmo não posicionados em situações com eficácia legitimante, possam postular em favor de direitos dos quais sequer afirmam ser titulares.¹⁵ Nesses processos, não há coincidência, nem mesmo em tese, entre direito material e situação legitimante.

Por esses e muitos outros exemplos, o direito moderno apresenta situações que não conseguem ser transpostas ao modelo tradicional da legitimidade, um modelo tipicamente privatista do autor-credor contra o réu-devedor, com base num direito subjetivo e em interesses materiais privados contrapostos.¹⁶

A partir dessas constatações, tiveram os estudiosos que buscar outros critérios para aferir a “pertinência subjetiva” do exercício das faculdades processuais. Nesta tarefa, vêm seguindo caminhos diversos.

Alguns autores têm tentado desvincular as condições da ação do direito material, analisando a legitimidade e o interesse, p.ex., como requisitos pura ou preponderantemente processuais,¹⁷ geralmente a partir da visão geral do processo como participação de sujeitos em contraditório.¹⁸ Semelhante opção acadêmica tem sido seguida pela doutrina alemã, tratando o interesse dentro dos pressupostos processuais e a legitimidade extraordinária como um direito autônomo de condução do processo.¹⁹

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Legitimidade processual e legitimidade política”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p.104-106.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, *Op.cit.*, p.42-43.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Tutelaridade do direito, legitimação para agir e representação processual”, *Op.cit.*, p.91.

¹⁷ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Existem legitimações puramente processuais?”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.65, agosto, 2008, p.113; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.316; DIDIER JR., Fredie. “Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto”, in *Revista Forense*, ano 96, vol.351, jul-set, 2000, p.74-75.

¹⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.306-307.

¹⁹ Os alemães simplesmente desconsideram, no exame do que conhecemos como legitimidade extraordinária, o cotejo com a situação legitimante, bastando o direito ou capacidade autônomos de condução do processo (*Prozessführungsrecht*), que a lei pode atribuir a quem não tem ligação com o direito material. Cf. LEIPOLD, Dieter. “*Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*”, in GILLES, Peter (Hrsg). *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*. Berlin: Carl Heymanns, 1983, p.66, que afirma que a postulação em nome da coletividade não se coaduna com conceitos clássicos, sendo mais próxima da legitimação do autor popular: “*Der Verband nimmt Interessen der Allgemeinheit wahr, wenn er – außerprozessual oder prozessual – gegen den Verwender oder Empfehler vorgeht. Da jeder Bürger auch Verbraucher ist, leuchtet es übrigens auch nicht ein, von einem ‘Gruppeninteresse’ zu sprechen. Die Wahrnehmung von Interessen der Allgemeinheit ist nicht gut mit der Figur der Prozeßstandschaft zu erfassen; denn dann müßte es sich um ein fremdes, einem anderen zustehendes materielles Recht handeln. Eher ließe sich von einer selbständigen Prozeßführungsbechtigung oder einer (personell) ‘eingeschränkten Popularklage’ sprechen (...)*”; GREGER, Reinhard. “*Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*”, in *Zeitschrift für*

Abrir mão totalmente das situações extraprocessuais, em especial dos interesses materiais existentes fora do processo, não nos parece a solução mais adequada.²⁰ É que o processo não se constrói em torno de si mesmo, nem seus institutos são vazios de significado substancial, mas antes deve haver uma relação de funcionalidade intrínseca entre processo e norma material.

No que tange à legitimidade, nossa proposta é manter o filtro subjetivo, porém reduzindo o espectro de análise para a prática de cada ato processual isoladamente.

Como pertine ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete a legitimidade à específica situação concreta onde tal poder será exercido.²¹ Se a legitimidade é um atributo transitivo,²² verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatío ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatío ad actum*).²³

Em razão do dinamismo da relação processual,²⁴ é só na sua verificação casuística que a legitimidade encontra sua completa e mais pura finalidade. Se a função desse limite subjetivo ao exercício de funções processuais é analisar a correspondência entre o modelo legal e a situação de fato, a legitimidade só pode ser precisa em cada caso concreto e para cada ato processual.

Como afirma Fazzalari, a par das discussões sobre a abstração ou concretude da ação, devemos reputar que a situação material pretérita deve ser abstraída quando da análise dos atos processuais, e estes não pressupõem necessariamente a relação material.²⁵ A situação substancial é relevante como

Zivilprozeß, 113.Band, Heft 4, 2000, p.400, nota n.5, e p.402, onde diz que o BGH, tribunal alemão similar ao STJ brasileiro, prefere falar numa dupla natureza da substituição processual (*Doppelnatur*), ao mesmo tempo ligada à pretensão (ao direito material) e ao *Prozeßführungsbefugnis*. Na doutrina brasileira, Cf.ZANETI JR. Hermes. "A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico", *Op.cit.*, p.860-862; ARMELIN, Donald. "Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política", in SALLES, Carlos Alberto de (Org). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: RT, 2003, p.120.

²⁰ Ao menos no modelo abstrato de ação, que é dominante na doutrina brasileira.

²¹ Cf.MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p.202-203.

²² PINTO, Nelso Luiz. "A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião", in *Revista de Processo*, ano 16, n.64, out-dez, 1991, p.24; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. "Existem legitimações puramente processuais?", *Op.cit.*, p.110.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.127.

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.171 e ss.

²⁵ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.275.

pressuposto de alguns atos processuais, mas não todos, e a ela se juntam outros requisitos processuais definidores de situações legitimantes não necessariamente vinculadas a um direito subjetivo ou a uma relação jurídica material.

Na verdade, a colocação dos atos em seqüência faz com que, com exclusão do primeiro ato da série, cada ato processual dependa, para ser praticado, de requisitos e pressupostos que somente poderão ser corretamente compreendidos a partir da análise da cadeia formativa dos atos anteriores e da múltipla e difusa implicação entre eles.²⁶ Além disso, as situações legitimantes são todas cambiantes ao longo do processo, e o controle da legitimidade não pode se dar senão na dinâmica do contraditório.²⁷

3. Despolarização da demanda.

Não obstante, inúmeros ordenamentos e muitos autores sempre estiveram apegados a uma polarização da demanda, vinculando estaticamente a atuação dos sujeitos do processo à correlata posição que aquele sujeito ocupa na relação jurídica material. Na doutrina de origem germânica, consagrou-se um princípio ou sistema de dualidade de partes (*Zweiparteienprinzip*), pois, se ninguém pode litigar consigo mesmo, o processo só seria possível no âmbito de uma plurissubjetividade direcionada àqueles indivíduos que conflitam em torno de uma relação jurídica material.²⁸

Ainda que a pluralidade de sujeitos seja nota característica do processo, parece-nos ser necessária uma análise mais dinâmica da relação processual, desprendida desta rigidez bipolar.²⁹

A situação legitimante, nessa ordem de idéias, poderia ser analisada sob o prisma das funções e das específicas posições processuais em que praticados atos no processo (ônus, direito, poder, faculdade, etc.), ou do complexo de alternativas que estejam abertas para o sujeito numa determinada fase processual.³⁰ Tradicionalmente, o complexo desses poderes era descrito como “ação”, o que dificulta a correta compreensão de um fenômeno dinâmico como a relação processual.

²⁶ *Idem.*, p.271, 276 e 422.

²⁷ *Idem.*, p.277 e 308.

²⁸ BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1985, p.65; HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2a Ed., 1990, p.7.

²⁹ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.52.

³⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.422-423; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.127.

É que o poder de ação é o mesmo poder de praticar um ato jurídico processual,³¹ apenas considerados a partir de momentos distintos e atos diversos. Portanto, existem “ações” de vários sujeitos, intrincadas e descontinuamente exercidas, umas reagindo às posições dos demais, sem contar aquelas “ações” que são exercidas em formato reduzido, como ocorre com os intervenientes ulteriores, muitos dos quais detentores de menos poderes que as partes.³²

Nesse contexto, falar em legitimidade ativa e passiva é retomar institutos pandectísticos ou ainda recordar a superada visão da ação como direito potestativo do autor contra o réu.³³ Se a legitimidade está ligada à prática de atos processuais e aos poderes que os sujeitos possuem para praticá-los, só pode ser considerada “ativa”,³⁴ e nos parece de todo incorreto polarizar o conceito.

Note-se que é variável a força legitimante de uma situação subjetiva para habilitar o sujeito a assumir posição ativa ou passiva. Por vezes uma mesma situação pode ser considerada legitimante para ajuizar uma ação mas não para figurar como réu. É a hipótese mais comum na legitimidade extraordinária.³⁵

Ademais, por vezes a norma não permite ao sujeito deflagrar o processo, iniciando-o, mas lhe faculta prosseguir ou suceder o sujeito que formulou a demanda inicial, ou ainda intervir ulteriormente no curso do mesmo procedimento. Sobre o tema, veja-se a súmula 365 do STF, que afirma que pessoa jurídica não pode propor ação popular, baseada na idéia de que se trata de direito inerente à cidadania. Mas a lei admite que a pessoa jurídica de direito público, inicialmente citada como ré, possa mudar de pólo e atuar como autora.³⁶ O mesmo ocorre com o Ministério Público, que não é legitimado para ajuizar a ação popular, mas pode prosseguir na sua condução caso haja desistência da ação pelo autor.³⁷

³¹ Já fazia observação semelhante BÜLOW, Oskar von. “Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts”, in *Zeitschrift für deutschen Cvilprozeß*, XXVII, 1900, p.242. Na literatura moderna, FAZZALARI, Elio. “La dottrina processualistica italiana: dall’azione’ al ‘processo’ (1864-1994)”, in *Rivista di Diritto Processuale*, n.4, 1994, p.912 ss, e, no Brasil, a sempre esclarecedora pena de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.127-128.

³² GRECO, Leonardo. “Ações na execução reformada”, in SANTOS, Ernani Fidelis dos, et alii (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: RT, 2007, p.850-85; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.425-426.

³³ É a opinião também de FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.428-429.

³⁴ Com razão, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.1, 2ª ed., 1999, p.105.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, *Op.cit.*, p.50-51.

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, *Op.cit.*, p.92.

³⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. “Da ação popular”, *Op.cit.*, p.256-257.

Impende, então, haver uma evolução da relação processual para além da polarização autor-réu, credor-devedor, Caio-Tício, ativo-passivo, analisando-se o filtro das condições da ação para cada ato processual por praticar.

Deixando a dogmática um pouco de lado, é forçoso reconhecer que a polarização tem algumas vantagens do ponto de vista prático. Em primeiro lugar, ressalta o formato dialético do processo, cujo caráter argumentativo pressiona à contraposição de teses e alegações. Ademais, facilita a aplicação e o controle do correto e isonômico exercício do contraditório, permitindo verificar mais facilmente a contagem de prazos, dar vistas a todos sucessivamente, etc.

A par destas vantagens, que são, friso, eminentemente práticas e não teóricas, penso que uma pequena mudança cultural e da praxe judiciária resolveria, sem maiores problemas, qualquer empecilho que a despolarização da demanda trouxesse ao cotidiano forense.

Resta ainda a discussão sobre a estabilidade da demanda, que poderia ser rompida ou excepcionada, a depender do momento da migração.³⁸ Além disso, discute-se se haveria liberdade para o sujeito “escolher” de que lado ou em que pólo atuará. Vejamos estas objeções.

A estabilização da demanda, objetiva ou subjetiva, tem a finalidade de assegurar o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, evitando surpresas às partes e possibilitando um planejamento estratégico de cada um.³⁹ Porém, pensamos que, respeitadas as avaliações já feitas e as expectativas criadas aos sujeitos do processo, pode haver uma flexibilização dessa estabilidade para viabilizar a migração de pólo. O juiz procederá à análise da conveniência e admissibilidade da alteração subjetiva da demanda, valorando os potenciais prejuízos às partes e ao andamento do processo.

Neste sentido foi a evolução legal alemã no que tange ao juízo de admissibilidade de alteração da demanda pelo autor, mesmo depois da citação do réu. Primeiramente, a ZPO vinculava ao consentimento do réu a possibilidade de alteração, à semelhança do atual sistema brasileiro (arts.42, 264, 294 do CPC); posterior alteração legal deu ao juiz o poder de autorizar a mudança, mesmo sem o consentimento do demandado, mas desde que não houvesse prejuízo à sua defesa; hoje há ainda mais poderes de direção ao juiz para realizar um verdadeiro juízo de “conveniência”, vedando a *mutatio libelli* se o magistrado verificar, com base na economia processual, que pode resultar em morosidade do processo, por exemplo.⁴⁰

³⁸ Como defendem DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.248.

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p.191 e ss.

⁴⁰ Sobre o tema, veja-se, em língua italiana, o preciso relato de COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*”, *Op.cit.*, p.614 e 616-617.

Mais adiante veremos como a combinação da despolarização da demanda com uma abordagem modernizada do interesse processual pode auxiliar na análise de admissibilidade, conveniência e oportunidade da migração.

4. Interesse de agir ontem e hoje: do interesse-necessidade às zonas de interesse.

Numa demanda despolarizada, e num processo em que seja possível a migração entre pólos, como fica o interesse de agir? Cabe aqui fazermos alguma referência ao interesse de agir na acepção clássica, as dificuldades de enquadrar esta perspectiva tradicional no processo da atualidade, e finalmente verificar se o interesse de agir é um obstáculo à migração interpolar.

Antes de iniciar o tópico, cabe destacar que é patentemente diferente o conceito de interesse material (a relação entre uma necessidade humana e os bens aptos a satisfazê-las⁴¹, que reside nas normas do direito substantivo e cuja proteção ou reparação é a finalidade da demanda), e outro conceito, o interesse processual ou interesse de agir, que é mais ligado ao provimento que se pede ao juiz para a satisfação dos interesses materiais. O interesse processual ou interesse de agir, neste sentido, é freqüentemente descrito como um “interesse de segundo grau”, um “interesse instrumentalizado” em função do interesse primário de proteção da situação jurídica de direito material.⁴²

4.1. Interesse: necessidade, adequação ou utilidade?

Embora lembre o adágio romano *de minimis non curat praetor*, a origem do interesse de agir é francesa, onde a figura surgiu historicamente nos brocardos “*pas d'intérêt pas d'action*” e “*l'intérêt est la mesure des actions*”,⁴³ uma máxima que pretendia impedir que questões ociosas ou que poderiam ser resolvidas no corpo social fossem trazidas ao Judiciário, degradando a função judicial ao papel de um mero consultor das partes privadas.⁴⁴

⁴¹ É célebre a abordagem de CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, ristampa, volume I, 1930, p.3 ss.

⁴² Em sentido semelhante, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.154-155; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.51; FABIANI, Ernesto. “*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1998, p.548.

⁴³ MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 10ª Ed., 1949, p.31; GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 9ª Ed., 1923, p.92-93; BERRIAT SAINT-PRIX, M. *Cours de Procédure Civile e Criminelle*. Bruxelles: Stapleau, 5ª Ed., tomo I, 1823, p.172 e ss; LANFRANCHI, Lucio. “*Note sull'interesse ad agire*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXVI, n.3, 1972, p.1119; MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*. Trento: Alcion, 2005, p.22; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 2ª Ed., 1979, p.169-170.

⁴⁴ SATTÀ, Salvatore. “*A proposito dell'accertamento preventivo*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIV, 1960, p.1400-1401; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. *Op.cit.*, p.283; MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.25.

No âmbito da doutrina processual do último meio século, o debate sobre o interesse de agir girou entre duas concepções e orientações diversas. Aquela do interesse de agir como “estado de lesão” do direito alegado, que produziu o conceito de interesse-necessidade (*Rechtsschutzbedürfnis*, “bisogno di tutela”); e aquela que entende o interesse como utilidade do processo para o autor, seja como meio, seja como resultado (interesse-adequação e interesse-utilidade).⁴⁵

A concepção do interesse-necessidade nasceu de uma visão do processo como *ultima ou extrema ratio* para o autor:⁴⁶ a demanda só deveria ser admissível se o autor não tivesse outros meios próprios para satisfazer seu direito material sem a intervenção estatal pelo processo.⁴⁷ Exigia-se uma efetiva lesão ao direito do autor para que a causa fosse levada ao juiz. Vê-se, portanto, que o interesse era classicamente ligado ao inadimplemento ou incumprimento.⁴⁸

Aos poucos o conceito foi evoluindo e hoje prevalece a noção, de influência tedesca,⁴⁹ do interesse de agir como um filtro de eficiência através do qual o legislador deseja evitar o dispêndio de atividade jurisdicional inútil.⁵⁰ Trata-se de uma perspectiva utilitária do interesse de agir, fulcrada nos binômios “interesse-utilidade” e “interesse-adequação”, que residem na relação entre o provimento requerido e a situação de fato alegada.⁵¹

No Brasil, coube a Dinamarco a popularização da idéia de interesse-adequação,⁵² largamente abraçada pela doutrina⁵³ e que corresponderia à análise

⁴⁵ MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art. 100 C.P.C.* Op.cit., p.5.

⁴⁶ GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Bielefeld: Gieseking, 2ª Ed., 1974, p.390; FABIANI, Ernesto. “*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*”, Op.cit., p.553-554, especialmente interessante no que tange à jurisprudência da *Cassazione italiana*.

⁴⁷ WACH, Adolf. “*Der Rechtsschutzanspruch*”, in *Zeitschrift für deutschen Cvilprozess*, XXXII, 1904, p.30; GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*”, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: CEDAM, Diritto Pubblico, IV, 1970, p.335-336; BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Op.cit., p.201; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op.cit., p.169.

⁴⁸ Inicialmente, ligava-se a um dano, geralmente pecuniário. Posteriormente, até o séc.XX, a ênfase foi sendo dada à necessidade jurídica da tutela. Cf.GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. Op.cit., p.92; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck Verlag, 28ª Ed., 2003, p.144; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Op.cit., p.52; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op.cit., p.155.

⁴⁹ É também a visão prevalente na doutrina italiana, na interpretação do art.100 do *Codice*. Cf.MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C.* Op.cit., p.115.

⁵⁰ POHLE, Rudolf. “*Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*”, in *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. München: CH Beck, 1957, p.197 ss; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.143.

⁵¹ ATTARDI, Aldo. “*Interesse ad agire*”, in *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile, IX, Torino, 1993, p.517-518; RICCI, Edoardo F. “*Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, p.661.

⁵² Cf.DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol.II, 3ª Ed., 2003, p.305.

⁵³ Cf.ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. Op.cit., p.59; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2005, p.154-155.

da pertinência da utilização daquele meio procedimental se comparado com outros mais econômicos ou eficazes. Neste sentido, é comum a utilização do interesse-adequação na hipótese do autor formular pedido declaratório se já houve inadimplemento ou quando se requer condenação se já existente título executivo.⁵⁴

Vê-se que existe um grande divisor de águas entre as concepções do interesse como necessidade ou como utilidade. Trata-se de interpretações diversas, consideradas por muitos até mesmo “desomogêneas”⁵⁵: uma perspectiva focada na inevitabilidade do processo, um extremo remédio acessível apenas quando o sujeito não tenha um meio extrajudicial para a satisfação do direito;⁵⁶ e a opinião que põe relevo nos efeitos que o processo poderia produzir para o requerente.⁵⁷

O interesse-necessidade retratava uma visão individualista, inspirado sobre o ideal liberal que ressalta a relação de direito material deduzida em juízo, ao afirmar-se uma lesão a direito de titularidade do sujeito, num contexto conflituoso próprio da “lide” em sentido carneluttiano.⁵⁸ Nesta perspectiva, o processo era visto como unicamente direcionado à proteção do direito material dos litigantes, e a ação só poderia ser abstrata, desvinculada dos direitos afirmados no processo, os direitos subjetivos pré-existentes à sentença.⁵⁹

Posteriormente, passou-se a teorizar o interesse a partir da visão do juízo, como um meio de gestão processual para economizar tempo e energia dos serviços judiciários.⁶⁰ O interesse-utilidade passou a regradar a atividade estatal, evitando povoar as prateleiras dos juízos com processos “sem sentido” e que poderiam ser solucionados, se não espontaneamente, pelo menos com menor empenho de energia e custos financeiros.⁶¹

⁵⁴ Ainda que não com a denominação de “interesse-adequação”, Cf. ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Padova: CEDAM, 1958, p.24-25; SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe: C.F. Müller, 7ª Ed., 1951, p.167; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Ed., 2005, p.446; NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr, 1950, p.142.

⁵⁵ MARINELLI, Marino. *La clasola generale dell'art. 100 C.P.C.* Op.cit., p.9.

⁵⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op.cit., p.446; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Op.cit., p.284.

⁵⁷ Moniz de Aragão diz que qualquer das concepções do interesse são defensáveis à luz do CPC brasileiro, sobretudo pela redação do art.4º. Não obstante, alinha-se pela teoria que adota a concepção utilitária do interesse Cf. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op.cit., p.446-448.

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª Ed., 1941, p.8.

⁵⁹ LANFRANCHI, Lucio. “*Note sull'interesse ad agire*”, Op.cit., p.1127.

⁶⁰ SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Op.cit., p.167.

⁶¹ MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, p.207; MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Op.cit., p.31; TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p.25; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. Op.cit., p.39-40.

Esse caminho foi trilhado como um consectário do princípio de economia processual, reputando inadmissíveis requerimentos inúteis ou antieconômicos.⁶² O requerente não poderia pretender uma providência que, mesmo se acolhida, o colocasse na mesma posição processual em que se encontrava *ante litem*. Nem se poderia acionar o Judiciário para a apreciação de uma questão se houver um meio judicial ou extrajudicial mais barato, simples ou rápido para resolver a questão.⁶³

No mesmo diapasão, o desenvolvimento do conceito de interesse-adequação permitiria uma verificação pelo juízo da efetividade do mecanismo manejado, sempre que existisse uma pluralidade de meios à disposição do sujeito.⁶⁴

4.2. De adversários a co-jogadores: soluções cooperativas, requerimentos conjuntos, interesses simultaneamente contrapostos e comuns, sujeitos imparciais.

Antes de apontarmos os desacertos teóricos que a clássica compreensão do interesse apresenta para o direito processual, queremos destacar algumas situações práticas em que não conseguimos aplicar, com total precisão, o conceito de interesse de agir. Trata-se de situações processuais em que a atuação do sujeito é permitida sem que estejamos presos à lide, à lesão ou à utilidade do processo necessariamente ligada ao direito material do litigante.

4.2.1. Interesses dinamicamente cambiantes: soluções cooperativas e requerimentos conjuntos.

Com o desenvolvimento de postulados de cooperação e boa-fé, genericamente aplicáveis aos sujeitos do processo,⁶⁵ repercutiu a idéia colaborativa do contraditório que norteia a moderna compreensão do princípio,

⁶² COMOGLIO, Luigi Paolo. "Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n.2, junho, 1978, p.608 e ss; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op.cit., p.168-169.

⁶³ LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 9ª Ed., 2006, p.154-155; BAUMBACH, Adolf. *Elementarbuch des Zivilprozesses*. München: C.H.Beck, 2ª Ed., 1941, p.26; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.144; BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Op.cit., p.201; GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Op.cit., p.394.

⁶⁴ Deve-se ter cuidado, não obstante, em não ferir a estratégia processual do litigante: em muitos casos, sobretudo no processo civil, onde estamos freqüentemente diante de interesses disponíveis, o sujeito pode escolher livremente sua linha defensiva sem que o Estado-juiz possa nela se intrometer. Assim, há um espaço de liberdade na escolha, p.ex., entre ação monitória e ação de cobrança, sem que se possa autoritariamente tolher a alternativa do sujeito requerente. Cf. MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art. 100 C.P.C.* Op.cit., p.126.

⁶⁵ BAUMGÄRTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozeß", in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86.Band, Heft 3, 1973; LENT, Friedrich. "Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß", in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 67.Band, Heft 5, 1954, p.344-345; LÜKE, Gerhard. "Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis", in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 108 Band, Heft 4, 1995, p.443; MÜLLER, Thomas

impondo a co-participação dos sujeitos processuais.⁶⁶ Assim, hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses públicos.⁶⁷

Paralelamente, começaram a ser fomentadas, no Brasil e no estrangeiro, a adoção de soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, as convenções sobre a prova, acordos sobre as suspensões do processo e de prazos, etc.

Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procédure*, um acordo entre os sujeitos processuais em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, fixando prazos para alegações e julgamento, dispensa de recursos, meios de prova que serão utilizados, etc.⁶⁸ Trata-se de instituto através do qual os sujeitos do processo, a despeito dos interesses materiais que os movem, atuam em conjunto para específicas finalidades processuais que a todos aproveitem.

Na mesma senda, os ordenamentos francês e belga, já de algum tempo, e o regime processual experimental português, recentemente implementado, admitem, p.ex., a formulação de requerimentos conjuntos pelas partes.⁶⁹ Hipótese similar ocorre com a recente disposição do art.114 §2º da Constituição da República de 1988, na redação da emenda constitucional 45/2004, no que se refere a requerimento conjunto de instalação de dissídios coletivos de natureza econômica na Justiça do Trabalho.

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

M. *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schultess, 2001, p.35 e ss; CABRAL, Antonio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", in *Revista de Processo*, Ano 30, vol.126, agosto de 2005; DIDIER JR. Fredie, "O princípio da cooperação: uma apresentação", in *Revista de Processo*, ano 30, n.127, set.2005; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, *Op.cit.*, p.215 e ss; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p.212 e ss, onde fala em "comparticipação".

⁶⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.55-58.

⁶⁸ Cf.FERRAND, Frédérique. "The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France", in TROCKER, Nicolò e VARANO, Vicenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G.Giappichelli, 2005, p.21; CADIET, Loïc. "Conventions relatives au procès en droit français", in *Revista de Processo*, ano 33, n.160, junho, 2008, p.74; CAPONI, Remo. "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXII, n.3, suplemento, 2008, p.99 ss.

⁶⁹ Cf. SILVA, Paula Costa e. "A ordem do juízo de D.João III e o regime processual experimental", in *Revista de Processo*, n.156, fevereiro, 2008, p.246; CADIET, Loïc. "Conventions relatives au procès en droit français", *Op.cit.*, p.72.

Devemos lembrar, com Brüggemann, que há casos no processo, como estes, em que não se observa uma efetiva contraposição de interesses, mas apenas uma “rivalidade formal”, casos em que os sujeitos do processo não são oponentes (*Gegenspieler*), mas co-jogadores (*Mitspieler*).⁷⁰

4.2.2. Interesses simultaneamente contrapostos e comuns no mesmo pólo.

O segundo grupo de situações que pensamos ser interessante para demonstrar a insuficiência do conceito de interesse de agir no processo moderno, é aquele que põe em evidência a existência simultânea, em um mesmo pólo da demanda, de interesses materiais comuns e contrapostos entre certos sujeitos.

Vale dizer, mesmo quando componham o pólo ativo ou passivo (por conta da polarização inicial), diversos sujeitos podem ter simultâneas pretensões e áreas de interesses materiais comuns, bem como outras esferas de discordância, o que, como se verá, justificará, para a prática de um determinado ato, a migração de pólo ou atuação processual despolarizada como se no pólo oposto figurassem.

Isso ocorre em várias hipóteses: em litisconsórcio e intervenção de terceiros; quando há atuação de sujeitos formais que representam uma comunidade de indivíduos, como cooperativas, condomínios,⁷¹ sociedades empresariais por ações; nas ações coletivas e nas ações de grupo; ou ainda nos procedimentos concursais, como a falência, a insolvência civil, etc.

Vejamos, sem pretensão exaustiva, alguns destes aspectos.

4.2.2.1. Hipóteses de litisconsórcio e intervenção de terceiros. Litisconsórcio necessário no pólo ativo.

Muitas hipóteses de intervenção de terceiros posicionam os sujeitos em situações processuais inusitadas em que, simultaneamente, possuem interesses contrapostos e comuns.

Pense-se na oposição, cujo direcionamento “bifronte”⁷² forma uma segunda demanda, *in simultaneus processus*, do oponente contra autor e réu (os opostos), os quais têm interesses comuns na oposição mas na demanda principal são adversários.⁷³

⁷⁰ BRÜGGEMANN, Dieter. “*Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81. Band, 1969, p.458-459, 466 e 471-473.

⁷¹ Com efeito, nas relações condominiais é freqüente a existência de pretensões comuns e dissidências entre condomínio (a comunidade) e algum condômino ou terceiro. Sobre o tema, Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Condomínio de edifício de apartamentos: capacidade para ser parte e legitimação para agir. Caução”, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.185.

⁷² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2006, p.55.

⁷³ *Idem*, p.91.

Veja-se a denunciação da lide, que tem uma dupla finalidade ao integrar o terceiro ao processo: com ela, o denunciante exerce um direito de regresso contra o terceiro, instaurando um segundo litígio; mas, ao mesmo tempo, o denunciante traz o terceiro ao processo para colaborar, contra um adversário comum, para a defesa de seu direito na ação principal.⁷⁴ Denunciante e denunciado terão, ao mesmo tempo, áreas de interesse comuns, nas quais estarão processualmente aliados (inclusive em termos argumentativos) e outras esferas conflituosas. Pense-se ainda a hipótese de denunciação da lide simultânea, por autor e réu, a um mesmo sujeito na condição de litisdenunciado. Por exemplo, numa demanda acerca de um acidente automobilístico, a denunciação feita por ambas as partes a uma mesma seguradora. Este sujeito (no caso, a seguradora), estará posicionado na estranha situação de ser confrontado por dois interesses materiais incompatíveis; e tem, ao menos em tese, interesse jurídico para atuar como assistente de ambas as partes na ação principal.

Mas essas situações não ocorrem apenas nas intervenções de terceiros. Vários casos de litisconsórcio denotam a simultânea existência de interesses comuns e contrapostos dentro do grupo, frisando-se que tais situações são mutáveis no tempo ao longo de todo o processo.

Cândido Dinamarco foi pioneiro, no direito nacional, em identificar casos de grande litigiosidade interna entre os próprios litisconsortes.⁷⁵ Ocorrem, p.ex., nas consignações em pagamento, quando há dúvida sobre quem é o credor e os vários supostos credores, citados como réus, vêm, ao mesmo tempo, contestar o valor do crédito e a qualidade de credor que os demais réus ostentam. No mesmo pólo, interesses comuns e contrapostos. Mas a situação é alterável: aparecendo mais de um suposto credor, e se nenhum deles impugnar o *quantum* mas apenas a condição de credor, declara-se extinta a obrigação e o processo segue entre os supostos credores, agora adversários únicos.⁷⁶

Outro caso curioso é do litisconsórcio ativo necessário. Imaginemos uma ação de rescisão de contrato entre três pessoas, com a iniciativa de apenas um dos contratantes, que posiciona os outros dois como litisconsortes, ainda que um deles, por hipótese, concordasse com o autor mas não desejasse litigar. Pense-se ainda no caso de herdeiros de um imóvel terem que ajuizar ação possessória ou a hipótese de atuação processual de um cônjuge sem a presença do outro.⁷⁷

⁷⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 17ª Ed., 2008, p.102.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.34 e 397-398.

⁷⁶ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p.406-407.

⁷⁷ PINTO, Nélso Luiz. "A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião", *Op.cit.*, p.26. Em verdade, como notou Greco, são múltiplas as posições processuais do cônjuge, sem que o ordenamento regule claramente

Como o exercício da ação é uma posição de vantagem (descrita como um direito ou um poder), geralmente entende a doutrina ser impossível a imposição de um litisconsórcio necessário no pólo ativo: a ação só pode ser movida por quem espontaneamente deseja exercê-la. Porém, como solucionar a divergência caso um dos litisconsortes necessários, cuja ausência pode nulificar o processo, recuse-se a propor a demanda junto aos demais? Tem-se aventado a solução de citar o litisconsorte relutante no pólo passivo.⁷⁸ Neste caso, o litisconsorte figura no pólo passivo apenas formalmente, pois seus interesses materiais estão alinhados com o pólo oposto. Observe-se que não há nem mesmo pedido formulado contra o litisconsorte renitente, mas apenas sua integração na relação processual para que a participação (forçada) evite a invalidação ou ineficácia da sentença.

Parece-nos que, em muitos destes casos, a faculdade de migrar para o pólo oposto deve ser aberta. Leonardo Greco expressamente admite a possibilidade de mudança de pólo para o litisconsorte ativo necessário. No exemplo da rescisão contratual, afirma que “um deles, citado, pode aderir ao pedido do autor e atuar de fato como seu litisconsorte contra o terceiro contratante causador da rescisão, não sendo justo submetê-lo aos direitos, deveres e ônus de réu (sucumbência, interesse em recorrer, por exemplo). O fato de não ter subscrito a inicial juntamente com o autor não pode forçá-lo a receber o tratamento de réu, se não deu causa à rescisão e não podia sozinho satisfazer a pretensão rescindente do autor”.⁷⁹

Estes casos evidenciam a incorreção do conceito legal de citação (art.213 do CPC). O réu, aqui, não é citado para defender-se, mas para participar, pouco importando a posição processual em que o fará.⁸⁰

4.2.2.2. Ações coletivas e as dissidências internas.

Rodolfo de Camargo Mancuso já salientou a peculiaridade dos direitos coletivos de serem foco de grande litigiosidade interna, em razão da pluralidade de indivíduos a que tocam e pelas diferenças no impacto que a violação aos direitos de cada qual pode gerar.⁸¹

e com precisão cada uma delas. Cf. GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1999, p.339-340; DONOSO, Dênis. “Alienação de bens do cônjuge alheio à execução: análise crítica ao novo art.655-B do CPC, sua (in)constitucionalidade e instrumentos de defesa”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.68, novembro, 2008, p.30-31.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.222 e ss, com críticas ao uso da *adcitatio* para estes fins.

⁷⁹ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.52.

⁸⁰ Sobre este tema, especialmente na citação na ação popular, Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. “Da ação popular”, *Op.cit.*, p.286.

⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 6ª Ed., 2004, p.100.

Nas ações coletivas, as dissidências internas, diante do mecanismo de substituição processual, tornam-se um problema ainda mais sensível. Isso porque a diferença de formato da legitimidade ordinária para a extraordinária distancia enormemente a estratégia processual da vontade da coletividade substituída. A análise da legitimidade extraordinária é aferida na lei, sem uma necessária ligação do litigante com o direito material ou afinidade de seus interesses próprios com aqueles da parte substituída.⁸²

Nosso modelo é frontalmente oposto ao modelo do *common law*, em que a legitimidade é verificada pelo juiz no caso concreto.⁸³ Lá, um dos requisitos apreciados pelo julgador ao verificar a *adequacy of representation* é a proximidade entre o autor e a coletividade substituída. Na fase inicial do processo, denominada de *certification*, se as alegações e atos do autor não refletirem os interesses de toda a classe, o juízo, verificando o dissenso, pode dividir a coletividade em subclasses, que atuarão com independência para vindicar seus específicos interesses.⁸⁴

No Brasil, e em qualquer sistema onde a legitimidade extraordinária é dada pela lei, sem requisitos rígidos de afinidade de interesses dentro da classe e desta com o condutor do processo, sempre haverá possibilidade de dissenso e conflitos internos na coletividade.

Trata-se de uma situação tão normal que muitos procedimentos coletivos modernos vêm tentando solucionar o problema das divergências internas, como ocorre nas chamadas “ações de grupo” de formato não representativo.⁸⁵ Nestes procedimentos, existe a nomeação de líderes do grupo, que conduzirão o processo como uma espécie de porta-voz da classe. Não obstante, ao mesmo tempo, o procedimento admite que os indivíduos que

⁸² Não desconsideramos que uma certa proximidade deva existir entre o substituto processual e a coletividade. Os requisitos do ordenamento nacional em certa medida levam este dado em consideração, como no caso das associações. Não obstante, outras considerações, em função da eficiência da tutela, da hipossuficiência dos substituídos e da relevância dos direitos a serem protegidos fazem com que a legitimidade extraordinária, que no Brasil é dada pela lei, seja freqüentemente atribuída a órgãos sem uma necessária relação de proximidade com a coletividade substituída, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Claro que, *de lege ferenda*, somos favoráveis a um exame casuístico e judicial da legitimidade, nos moldes do modelo norte-americano das *class actions*, mas não enxergamos espaço para restrições de legitimação à luz de nosso direito positivo.

⁸³ Sobre o papel do juiz no sistema norte-americano, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada”, in *Revista Forense*, ano 98, vol.361, maio-junho, 2002.

⁸⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p.82.

⁸⁵ Como a *Group Litigation* inglesa e o *Musterverfahren* alemão. Sobre o tema, confira-se o nosso “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, in *Revista de Processo*, vol.147, maio de 2007. Na literatura posterior, GOTTWALD, Peter. “*About the extension of collective legal protection in Germany*”, in *Revista de Processo*, v.32, n.154, dezembro, 2007, p.89-93.

compõem a classe acrescentem argumentos à atuação do líder, franqueando uma participação que é tanto mais necessária quanto maior a existência de conflito interno.⁸⁶

4.2.2.3. Procedimentos concursais.

Certamente é nos procedimentos concursais que vemos a maior quantidade de interesses que simultaneamente podem se mostrar contrapostos e comuns.

É que, de um lado, o grupo tem o objetivo comum de obter a satisfação de seus interesses pelo adversário. Porém, ao mesmo tempo, como a consecução de seus interesses se dá pela comunhão de uma massa única de bens, à qual só podem acessar na ordem dos créditos e de acordo com as preferências legais, existem evidentes interesses contrapostos.⁸⁷

Assim, ao impugnar o crédito de outro co-credor, o que pretende o impugnante é diminuir o valor que o outro tem a receber, assegurando ativos maiores para suportar o pagamento a si mesmo. É uma situação, já denominada de “plúrima impugnação”,⁸⁸ que ocorre comumente nos procedimentos de falência e insolvência civil.⁸⁹

Todas essas situações mostram que merece haver nova reflexão sobre o interesse de agir nestes procedimentos. Isso sem contar a curiosa hipótese de “auto-falência” e “auto-insolvência”, que são procedimentos contenciosos em que o próprio devedor requer e deflagra o procedimento concursal para satisfação de créditos alheios (art.753 do CPC e arts.97 e 105 da Lei 11.101/05), onde o formato clássico da necessidade-utilidade é insuficiente.⁹⁰

4.2.3. O “interesse jurídico” dos intervenientes e os sujeitos “desinteressados”. A atuação imparcial com base no interesse público.

Tradicionalmente, como visto, a atuação dos sujeitos do processo sempre foi vinculada ao direito material. Assim, historicamente houve uma ligação necessária entre o exercício de posições processuais e o comprometimento do sujeito com a vitória de um dos interesses materiais em disputa.

⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, *Op.cit.*, p.135 e ss.

⁸⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 11ª Ed., 2007, p.829.

⁸⁸ FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extra-judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.461.

⁸⁹ GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.574-575; REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985, reimpressão.

⁹⁰ GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.562.

Nesse sentido, foi consagrada a compreensão do requisito do interesse de agir para a intervenção de um terceiro no processo. O interveniente deveria demonstrar seu *interesse jurídico* na demanda, ou seja, deve comprovar a repercussão que a discussão do processo poderá ter sobre uma relação jurídica titularizada por ele.

Assim, o interesse jurídico sempre foi concebido como um “interesse fundado em uma relação jurídica” de direito material (*Rechtsbeziehung begründetes Interesse*).⁹¹ Não caberia um mero interesse econômico ou altruístico, tampouco a intenção de esclarecer matéria de fato ou de direito.⁹²

Modernamente, contudo, a atuação de muitos entes, seja na condição de parte ou de terceiro interveniente, vem desmistificando a conceituação tradicional do interesse jurídico. De fato a atuação do *amicus curiae* pode ser indicada, atualmente, como um exemplo interessante de sujeito desinteressado, pois sua participação não é vinculada a uma relação material.⁹³ Trata-se, como já percebeu Athos Gusmão Carneiro, de uma intervenção com base no interesse público.⁹⁴

É similar a posição da Administração Pública nas ações populares e de improbidade administrativa, que motivou a previsão legal expressa de possibilidade de mudança de pólo na demanda.⁹⁵ Nestas ações, o interesse geral na boa gestão pública, na legalidade, na moralidade administrativa, exige uma postura processual que possa ser convencida imparcialmente, com neutralidade sem comprometimento necessário com um interesse material que não a mais eficiente realização do interesse público.⁹⁶

⁹¹ JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.344-345. Veja-se o art.50 do CPC.

⁹² CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.24, jul-ago, 2003, p.36; BAUR, Fritz e GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozeßrecht*. Kriffel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000, p.102: “Ein nur wirtschaftliches oder ideelles Interesse genügt nicht. Ein rechtliches Interesse ist vor allem anzunehmen in den Fällen der Rechtskrafterstreckung einer Regreßforderung oder Regreßverbindlichkeit”. Cf.HIRTE, Heribert. “Der *amicus-curiae*-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 104. Band, Heft 1, 1991, p.43; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. Op.cit., p.59.

⁹³ Contra a qualidade de assistente ao *amicus curiae*, CARNEIRO, Athos Gusmão. “Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis n.8.437/92, art.4º e n. 9.469/97, art.5º”, in *Revista Forense*, vol.363, setembro-outubro, 2002, p.183.

⁹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*”, Op.cit., p.41; CABRAL, Antonio do Passo. “Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol.234, dezembro de 2003, também publicado na *Revista de Processo*, vol.117, setembro-outubro de 2004, p.25.

⁹⁵ No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Op.cit., p.248. Percebeu Cássio Scarpinella Bueno, com propriedade, a similitude, no ponto, da atuação da administração pública com o *amicus curiae*. Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. Op.cit., p.268. Sobre os imperativos éticos na administração pública moderna, confira-se OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, eficiência*. São Paulo: RT, 2007, p.43 e ss.

⁹⁶ Já tivemos oportunidade de ligar a imparcialidade à neutralidade do sujeito, ou seja, seu distanciamento ou alheação dos interesses em jogo, sem considerações sobre se tal sujeito efetivamente pratica um

O mesmo pode ser sustentado para a atuação judicial das agências reguladoras. Por serem órgãos fiscalizadores, que devem compor interesses variados em prol do bem comum, não podemos imaginar que atuem vinculadas ou presas a um determinado interesse material polarizado. Qualquer que seja a posição processual em que se encontrem no processo, as agências atuam inspiradas no interesse público da regulação e fiscalização, e exercem suas faculdades processuais com imparcialidade.

Por esse motivo, alguns autores chegam a aproximar a atuação das agências àquela do *amicus curiae*, como faz Kazuo Watanabe a respeito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Segundo o autor, por proteger interesses de toda a coletividade no campo do mercado de capitais, sua atuação é sempre desvinculada de um específico interesse material.⁹⁷ Cássio Scarpinella Bueno e Osvaldo Hamilton Tavares sustentam, com propriedade, tratar-se de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, orientada à interpretação dos fatos em causa e esclarecimento ao juiz, pelo órgão técnico que é a CVM, das repercussões jurídicas no mercado de capitais.⁹⁸

Fredie Didier Jr., a nosso entender com razão, afirma que, assim como a CVM, a intervenção judicial do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) também se dá na condição de *amicus curiae*.⁹⁹ Assim também já nos manifestamos, apesar da redação do art.89 da Lei 8.884/94, que menciona ser caso de assistência.¹⁰⁰ Parece-nos evidente que a autarquia intervém sem estar vinculada a um determinado interesse material de qualquer das partes, mas sim no interesse público, social, geral,¹⁰¹ devendo atuar imparcialmente.¹⁰²

O mesmo pode ser dito de outras agências e órgãos fiscalizatórios, como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas ações de nulidade de marcas e patentes. Aqui a situação é ainda mais curiosa porque a lei, ao mesmo tempo,

ato processual na condição de parte. Sobre o tema, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal", in *Revista de Processo*, vol.149, julho, 2007, p.341 e ss.

⁹⁷ WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir", *Op.cit.*, p.202-203.

⁹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.272 e ss; TAVARES, Osvaldo Hamilton. "A CVM como 'amicus curiae'", in *Revista dos Tribunais*, n.690, abril, 1993, p.287 e ss.

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie. "A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)", in *Revista de Processo*, n.115, maio-junho, 2004, p.151 e 156-158. É verdade que o autor admite que, em algumas hipóteses de litígios coletivos, as agências e autarquias, por serem co-legitimadas para o ajuizamento das ações, interviriam na qualidade de assistente litisconsorcial. Discordamos, apenas nesta parte, do ilustre autor. Em nosso sentir, quando a atuação do sujeito processual for imparcial, pouco importa a natureza dos interesses materiais discutidos no processo, pois sua intervenção será sempre a título de *amicus curiae*.

¹⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. "Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial", *Op.cit.*

¹⁰¹ Sobre as diferenças de conceitos de interesse público, geral, social, etc., Cf.MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. *Op.cit.*, p.35 e ss.

¹⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.327-329.

permite o ajuizamento da ação pelo INPI (arts.56 e 173 da Lei 9.279/96), mas também afirma que, quando não for autor, o INPI “intervirá no processo” (arts. 57 e 175), divergindo a doutrina¹⁰³ e a jurisprudência sobre se essa intervenção se dá na qualidade de litisconsorte,¹⁰⁴ assistente¹⁰⁵ ou *amicus curiae*.¹⁰⁶

Não podemos concordar com parcela da doutrina que afirma que o INPI “só poderia ser réu” (litisconsorte passivo) nas ações de nulidade, ao argumento de que a disponibilidade ou escolha a respeito da qualidade em que participará do processo não é facultada ao ente, sob pena de gerar uma “indesejada subjetividade”.¹⁰⁷

Discordamos, com todas as vênias, destas opiniões. À administração pública, direta ou indireta, é dado rever seus atos, desde que o faça fundamentadamente e respeitando interesses de terceiros. Não se trata de uma escolha arbitrária, mas uma opção discricionária que, como qualquer ato administrativo, deve ser motivada. Ademais, se atuam com base no interesse público, alheias e distantes dos interesses materiais em disputa, não faz sentido afirmar que “só podem ser réus” ou “só podem ser assistentes” em qualquer processo, até porque, seja autor ou réu, o INPI não defende um interesse material próprio.¹⁰⁸ Se o conceito legal de citação não impõe a defesa, mas apenas infunde participação, a atuação despolarizada aqui também se impõe.

Portanto, é plenamente cabível, para as agências e os órgãos públicos fiscalizatórios, a troca de pólo ou o exercício provisório de posições processuais do pólo oposto ao que posicionadas as agências, sem que haja qualquer óbice processual para tanto. Aliás, foi essa a *ratio* dos dispositivos da lei da ação popular e da improbidade administrativa.¹⁰⁹

¹⁰³ NEIVA, José Antônio Lisboa. “Questões processuais envolvendo propriedade industrial”, *Op.cit.*, p.23.

¹⁰⁴ Confira-se jurisprudência em SCHMIDT, Lélío Denicoli. “O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?”, *in Revista de Processo*, ano 24, n.94, abril-junho, 1999, p.202.

¹⁰⁵ TRF da 2ª Região, 3ª Turma – AC 89.02.01119-4, Rel.Des.Fed.Castro Aguiar, DJ 13.07.1995; 4ª Turma – AC 2001.02.01.040801-0, Rel.Des.Fed.Benedito Gonçalves, DJ 25.09.2003; 1ª Turma – AI 89.02.03047-4, Rel. Des.Fed.Célio Erthal, DJ 18.04.1991; 1ª Turma – AC 93.02.06442-5, Rel.Des.Julio Martins, DJ 07.10.1993

¹⁰⁶ Cf.BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.294 e ss.

¹⁰⁷ ABRANTES, Guilherme de Mattos. “A legitimidade ativa e passiva nas ações de nulidade de marcas e patentes”, *in Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dezembro, 2005, p.68-69.

¹⁰⁸ Não podemos concordar com SCHMIDT, Lélío Denicoli. “O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?”, *Op.cit.*, p.212-213. Pensamos, com André Muniz de Souza e Cássio Scarpinella Bueno, que o INPI, como ente fiscalizatório que é, deve atuar impessoalmente, ou seja com neutralidade. O fato de impugnar-se ato administrativo oriundo do INPI não faz com que possamos identificar qualquer interesse material da autarquia. Com razão, BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.296 e ss; SOUZA, André Muniz de. “O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade: nova interpretação conforme a Lei de Propriedade Industrial”, *in Revista de Processo*, n.119, 2005,p.142-143. Concordamos apenas parcialmente, no ponto, com Scarpinella Bueno, que defende, em alguns casos, a participação do INPI a título de parte.

¹⁰⁹ Embora prevendo *de lege ferenda* a aplicabilidade da migração, nos moldes da lei da ação popular e da lei de improbidade administrativa, afirma Neiva, para o INPI, que a migração não seria possível porque a lei

E deve haver nova concepção do interesse de agir para os terceiros intervenientes, não mais presa à relação jurídica material como no formato do “interesse jurídico”, vinculado ao privatista modelo do direito subjetivo oitocentista.

4.3. Os problemas teóricos da doutrina tradicional sobre o interesse de agir.

Os problemas apresentados pela teorização tradicional do interesse de agir são muitos e não é nossa intenção, em estudo de pequenas proporções como este, apontá-los todos. Alguns, entretanto, são dignos de nota, sobretudo porque as situações apresentadas no item 4.2. são ilustrativas em demonstrar a insuficiência da caracterização do interesse de agir na atualidade.

Inicialmente, vê-se que o conceito de lesão ou estado de lesão como critério para o interesse-necessidade retrata uma visão civilista do direito de ação, que só surgiria como reação à violação ao direito material (*actio nata*).¹¹⁰ Trata-se de um conceito forjado na teoria do processo de conhecimento e voltado unicamente para a ação condenatória. A lesão é evidentemente um dado que não cabe bem na teorização da ação declaratória, por exemplo.¹¹¹ Além disso, desconsideram-se outros tipos de processo, como os processos cautelar e de execução.

De outro lado, a relação do interesse-necessidade com a lesão tem o grande defeito de permitir a confusão entre o mérito e as condições da ação. Embora comumente, em respeito à abstração do direito de ação, muitos autores se esforcem em diferenciar a existência da lesão (que toca o mérito) e a afirmação da ocorrência da lesão (que seria suficiente para preencher o interesse),¹¹² ainda se vêem constantes contradições doutrinárias.¹¹³ Afinal, podemos realmente diferenciar a “lesão ocorrida” da “lesão afirmada”?

9.279/96 usou a expressão “intervirá”, o que excluiria a atuação como parte. NEIVA, José Antônio Lisboa. “Questões processuais envolvendo propriedade industrial”, *Op.cit.*, p.27. Discordamos do argumento *de lege lata*, que consideramos apegado em demasia à literalidade da lei.

¹¹⁰ Cf.FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*. *Op.cit.*, p.147.

¹¹¹ Por isso, Chiovenda prefere, ao invés de falar em “lesão”, mencionar que o interesse na ação declaratória decorre de um “estado de fato contrário ao direito”, imputável ao réu por uma relação de causalidade e que, caso não seja definido por sentença, poderá gerar um prejuízo ao autor. CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione nel sistema dei diritti”, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffré, Reedição de 1993, vol.I, nota 68, p.81-82. Sobre o tema, Cf.TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.21 e 100 e ss, 128; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.228. O problema já foi percebido na doutrina brasileira, como se vê na excelente obra de CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

¹¹² SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.168; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.155-156; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.52.

¹¹³ Dificuldade que começou com o próprio Bülow, quando estudou os requisitos formais da ação como condições de sua existência. Cf.BÜLOW, Oskar von. “*Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des*

Será que a lesão existe *in rerum natura* ou a lesão reside apenas no plano das qualificações jurídicas?¹¹⁴

Outrossim, o interesse-necessidade prende-se ao conceito de lide, a um conflito de interesses pré-existente e que confrontaria as partes. Sabemos que a lide não é essencial à jurisdição e que, ainda que se verifique, não precisa subsistir em todos os momentos do processo.¹¹⁵ Ora, se por vezes os litigantes têm simultaneamente interesses materiais comuns e contrapostos; se os litigantes podem ter interesses contrapostos em um momento, e posteriormente terem interesses comuns; se existem sujeitos do processo, como as agências reguladoras e o *amicus curiae*, que atuam imparcialmente sem qualquer comprometimento com o direito material em disputa; por todas essas razões, vê-se que a existência de um conflito de interesses com outro sujeito não pode ser um requisito para a atuação processual.

O apego à contraposição de direitos, própria do conceito de interesse-necessidade, dificulta, p.ex., a compreensão de faculdades processuais das agências e órgãos públicos quando atuam em juízo. É realmente difícil, na compreensão privatista do interesse de agir (e com ela, do interesse em recorrer), admitir que a intervenção da CVM como *amicus curiae* permita à agência recorrer das decisões judiciais (art.31 §3º da Lei 6.385/76).¹¹⁶ E é esse apego que opõe resistência à ampliação das possibilidades de migração de pólo na demanda.

A “necessidade de tutela” não se adéqua também aos estudos sobre a legitimidade passiva, ligada ao interesse-necessidade pelo conceito de lesão.¹¹⁷ Diz-se, a esse respeito, que o “interesse em contestar”, previsto no art.4º do CPC brasileiro e na segunda parte do art.100 do *Codice* peninsular, não possui significado próprio porque o réu teria interesse pelo tão só fato de ter sido colocado na posição de réu, e com isso se acaba resumindo o interesse na legitimidade.¹¹⁸ Sigamos em frente.

Civilprozessrechts”, *Op.cit.*, p.236 e ss. Confira-se a dificuldade em diferenciar a afirmação das condições da efetiva existência delas em JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.143-144; REIS, José Alberto dos. “Legitimidade das partes”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IX, 1925-1926, p.109, 112-113, 125; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Existem legitimações puramente processuais?”, *Op.cit.*, p.114. Sobre o tema, Cf.GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.18-19; ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.57-58.

¹¹⁴ Como Satta já chamara atenção: SATTA, Salvatore. “*A proposito dell'accertamento preventivo*”, *Op.cit.*, p.1397.

¹¹⁵ Já há muito tempo se verificou que existem processos sem lide. Cf.CHIOVENDA, Giuseppe. “*L'azione nel sistema dei diritti*”, *Op.cit.*, p.34, nota 6.

¹¹⁶ Note-se a perplexidade de DIDIER JR., Fredie. “A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)”, *Op.cit.*, p.159-160, que chega a indagar-se “para quê” e “para quem” recorreria a CVM.

¹¹⁷ REIS, José Alberto dos. “Legitimidade das partes”, *Op.cit.*, p.113. Chiovenda tenta abordar a legitimidade passiva a partir dos efeitos próprios da coisa julgada que o autor, pela ação declaratória, deseja obter. Cf.CHIOVENDA, Giuseppe. “*L'azione nel sistema dei diritti*”, *Op.cit.*, nota 68, p.83.

¹¹⁸ Como faz, p.ex., SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 30ª Ed., 2000, p.99-100. Sobre o tema, cf.MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C*. *Op.cit.*, p.165-166; GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*”, *Op.cit.*, p.345-346.

No que se refere ao interesse-adequação, parece-nos evidente que a adequação do procedimento não pode ser indicativa de interesse. O equívoco já foi apontado pela doutrina: se um sujeito usou o meio inadequado, isso não significa que não tenha interesse; pode até ter atuado com excesso, mas pelo tão só fato de ter manejado um instrumento mais custoso, demorado ou incisivo, não podemos afirmar que atuou sem interesse processual.¹¹⁹

Aliás, o conceito de interesse-adequação parece estar na “contramão da história” quanto à instrumentalidade das formas. Sem embargo, quando o sistema permite e estimula a aplicação da fungibilidade de meios e conversão de procedimentos, perde em importância qualquer filtro ou restrição à prática de atos processuais pela inadequação formal.¹²⁰

O problema dessa visão publicista do interesse de agir é acabar justificando qualquer decisão, ainda que arbitrária, fundamentada na economia de atividade processual. Lembremos que deve haver respeito às estratégias legítimas e aos espaços de liberdade válidos para que o sujeito faça escolhas procedimentais sem que o Estado possa retirar-lhe as opções. Como afirma Fredie Didier Jr., “o pior dessa concepção é o incentivo (ou, posto de modo politicamente mais correto, a válvula de escape) que se dá ao magistrado para não admitir o processamento de demandas sob o fundamento de equívoco na escolha do procedimento”.¹²¹ Isso ocorre frequentemente com a extinção, por motivo de “inadequação”, de mandados de segurança, processos cautelares, ações monitórias e outros, quando entende o Tribunal, a seu próprio juízo, que outro seria o mecanismo mais adequado.

Além das objeções ao interesse-necessidade e interesse-adequação, temos que também o interesse-utilidade não responde às características do moderno

Note-se que a preocupação de não legitimar o réu pelo tão só fato de ser réu não passou despercebida a Fredie Didier Jr. Mas o autor também não apresentou critérios claros para definirmos a legitimidade passiva. Cf. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Op.cit., p.288-289. De fato, por vezes ocorre o contrário, e alguns autores resumem a legitimidade no interesse DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op.cit., p.306 e ss; *Idem*, *Liticonsórcio*. Op.cit., p.129; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Op.cit., p.278; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op.cit., p.157; MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Op.cit., p.30-31) ou ainda fazem decorrer um do outro, por vezes até por meio de presunções. Cf. GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*”, Op.cit., p.341-342.

¹¹⁹ Com razão DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Op.cit., p.286; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. Op.cit., p.36.

¹²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”, in NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p.1090-1094; *Idem*, “O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade”, in *Revista de Processo*, ano 31, n.136, julho de 2006, p.135; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.126; LAMY, Eduardo Avelar de. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

¹²¹ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Op.cit., p.287.

direito processual. Hoje é até comum a referência que une ou reconduz a necessidade à utilidade ou vice-versa,¹²² confundindo, até certo ponto, a causa do interesse (seu elemento genético), e o escopo ou resultado a que pretende o interessado.¹²³ Enfim, parece não haver clareza a respeito de qual a diferença do interesse-necessidade para o interesse-utilidade.

No mais, a fronteira entre o útil e o inútil não é um *quid* pré-existente ao qual o juiz possa se agarrar,¹²⁴ mas é um dado desenvolvido no curso do procedimento, dinamicamente delineado no contraditório. Se as dinâmicas interações da relação processual fazem de cada contexto situacional um específico ponto de interesses materiais diversos e cambiantes, devemos também no estudo do interesse de agir reduzir a esfera de análise para cada ato ou para “módulos” e momentos processuais precisos, desvinculando a abordagem do interesse-utilidade de uma imutável relação jurídica material, retratando uma realidade pré-processual que pode ter sido, em outro momento e no curso do processo, completamente alterada.

As condições da ação foram historicamente ligadas à relação de direito material do momento da propositura porque a situação material deve ser afirmada no primeiro ato do processo como causa de pedir (as “alegações de fato e de direito”).¹²⁵ Não obstante, a vinculação aos “direitos subjetivos” ou a “relações jurídicas” limita inadequadamente o que entendemos ser, hoje, a correta apreensão das condições da ação, sobretudo legitimidade e interesse.¹²⁶

Não é possível prender a realidade da vida, rica e em constante alteração, ao “marco zero” do momento em que a ação foi ajuizada. Deve-se atentar, paulatinamente, para as mutações por que pode sofrer a relação jurídica material, bem como as múltiplas pretensões e situações jurídicas correlatas que surgem no curso do processo.

O raciocínio utilitário da verificação do interesse de agir, portanto, deve atentar para cada módulo ou “zona de interesse” pertinente ao ato ou conjunto de atos que o sujeito deseja praticar. Impõe-se que o julgador se desprenda da

¹²² Cf. FABIANI, Ernesto. “*Interesse ad agere, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*”, *Op.cit.*, p.563; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.40.

¹²³ Com razão, no ponto, GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agere*”, *Op.cit.*, p.325-326.

¹²⁴ MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.208.

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.278; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.273.

¹²⁶ É o que transparece na mais inovadora contribuição em tema de interesse de agir na ação declaratória, proposta por TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p.12-15.

narrativa inicial, porque a ação é individuada num momento mas o interesse se verifica como um *posterius*, caracterizado pelo resultado útil do efetivo exercício da ação e da defesa em outra posição temporal.¹²⁷

Por fim, a teoria sobre o interesse de agir no que tange aos terceiros é inadequada ao processo moderno, limitando o contraditório e a participação à exigência privatista de um prejuízo que o sujeito possa sofrer em relações jurídicas materiais próprias.

Ao expurgar o interesse econômico, ou qualquer outra utilidade jurídica que não remeta ao conceito de “relação jurídica material”, o conceito de interesse jurídico segrega do acesso à Justiça um sem número de situações em que interesses materiais colaterais surgem em decorrência do processo e aos indivíduos envolvidos não é aberta a porta do Judiciário.

Na execução, p.ex., existem múltiplos interesses de vários sujeitos, como os remidores, credores-adjudicatários, arrematantes, licitantes, todos titulares de interesses materiais decididos no processo.¹²⁸ Muitas vezes, estes indivíduos possuem interesses materiais e/ou econômicos na execução, e que pretendem ver protegidos, sem que o ordenamento, nos moldes da teoria tradicional, permita sua atuação processual.

Araken de Assis identifica a existência de interesses materiais a serem tutelados em execução sem que pudessem ser encaixados na disciplina tradicional das intervenções de terceiros. Isso fica evidente na leitura das regras sobre a responsabilidade patrimonial, que submete interesses materiais de terceiros à atividade executiva, sem necessariamente assegurar-lhes legitimidade e interesse de agir.¹²⁹

Ora, urge haver também uma nova concepção do interesse processual para os terceiros intervenientes, quando se vê, na jurisprudência de outros países, uma tendência de abrandamento do conceito de interesse jurídico para reputar suficiente o interesse econômico.¹³⁰

4.4. Zonas de interesse.

Por todo o exposto, é manifestamente insatisfatória a consideração clássica do interesse de agir, seja aquela fulcrada na premissa egoísta do interesse jurídico

¹²⁷ Assim também LANFRANCHI, Lucio. “*Note sull’interesse ad agire*”, *Op.cit.*, p.1134.

¹²⁸ GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.341.

¹²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. *Op.cit.*, p.398-399.

¹³⁰ Assim a referência de Blomeyer para o interesse na ação declaratória. Cf. BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.214. Confira-se a crítica à teoria tradicional do interesse de agir em TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.17-19.

para os terceiros, na premissa privatista e polarizada do interesse-necessidade, no autoritarismo contrário à instrumentalidade do interesse-adequação.

Devemos ampliar a compreensão do interesse processual, conciliando com a abordagem proposta da *legitimatío ad actum*, autorizando uma apreensão dos filtros das condições da ação a partir de visão mais dinâmica da relação processual e voltada para cada um dos atos processuais.¹³¹

Por isso, não podemos concordar com a idéia de que o interesse processual é “único e imutável”, somente podendo assumir um formato no curso do processo.¹³² Em nosso entender, o interesse processual reflete a utilidade cambiante da tutela jurisdicional na vida dos litigantes, uma realidade constantemente sujeita a alterações às quais o processo deve estar apto a responder, facultando a atuação que o litigante repute como a mais adequada para a satisfação de suas situações de vantagem.

É fato que o interesse está sempre ligado a um resultado, porque o raciocínio empreendido é utilitário. Como observou Maurício Zanoide de Moraes, o ato interessado é sempre teleologicamente orientado, até porque a causa do ato e o resultado projetado surgem logicamente no mesmo momento,¹³³ ainda que o resultado não venha a ser produzido. Todavia, a utilidade do interesse processual não é aquela definida e propagada tradicionalmente, ligada à relação jurídica, ao direito subjetivo, ou qualquer outro formato privatista. A utilidade que deve nortear o estudo do interesse de agir é uma utilidade processualmente relevante, na óptica do litigante, não do Estado, para atingir um resultado que o próprio litigante entende favorável ao seu complexo de situações jurídicas, processuais ou substanciais.

Devemos estudar o interesse de agir, tanto para as partes quanto para os terceiros, como um filtro mais amplo do que atualmente vem considerado, compreendendo o complexo de atividades que são permitidas aos sujeitos ao longo de todo o curso do procedimento, franqueando sua atuação desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente.¹³⁴ Se dinamicamente analisado, e verificado para cada ato ou posição processual, o conceito de “zona de interesse” pode ser fecundamente aplicado em diversas hipóteses.

¹³¹ Dinamarco já percebera que o interesse de agir deve ser aferido para cada ato do processo. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.128 e nota 23. Como afirma Maurício Zanoide de Moraes, em lição para o processo penal, mas aplicável também ao processo civil, “hodiernamente, no processo penal, o estudo das várias espécies de interesse está crescendo como forma de verificação da utilidade e pertinência não só do processo como um todo, mas também de cada ato do *iter* procedimental”. MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. *Op.cit.*, p.73.

¹³² Como afirma FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*. *Op.cit.*, p.199-200, ainda que considere que o interesse processual possa desaparecer até o fim da litigância.

¹³³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. *Op.cit.*, p.64-67.

¹³⁴ MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.167-168.

Essa aplicação dinâmica do interesse de agir parece ser adotada pela jurisprudência norte-americana no que tange ao requisito de “*standing to sue*”, similar ao nosso interesse processual. Algumas decisões têm verificado o *standing* para diversos aspectos de um mesmo caso. Assim, uma parte pode ter interesse em contestar alguns aspectos de um ato administrativo, mas não outros.¹³⁵

O mesmo tem sido observado na admissibilidade de litigância conjunta (*joinder*) com base em juízos de eficiência e conveniência da atuação em multiplicidade subjetiva.¹³⁶ Eis aqui a necessidade que temos de reestudar ou aprimorar a teoria do litisconsórcio, cujas linhas tradicionais não se conseguem aplicar com justeza à migração entre os pólos da demanda, p.ex.¹³⁷ Ao pensarmos nas finalidades específicas de cada ato, e das múltiplas zonas de interesse existentes para as partes e para os terceiros, podemos consentir numa maior flexibilização da estabilização subjetiva da demanda, ampliando, em algumas hipóteses, os poderes do litisconsorte em migrar para outro pólo.¹³⁸

É claro que o princípio dispositivo e a liberdade do autor em formular a demanda devem ser principiologicamente preservados, mas abrir o conceito de interesse processual para admitir a migração de pólo nem sempre interfere substancialmente na demanda e talvez tenha muito menos efeitos processuais deletérios que as alterações objetivas da demanda.

De outro lado, as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas no processo, desde que úteis ao postulante. A abordagem pode servir para a solução dos chamados “temas de decisão”, parcelas de uma situação jurídica substancial¹³⁹ ou pré-questões (*Vorfragen*), ou seja, situações jurídicas prévias, premissas para a questão principal¹⁴⁰ e que são diversas daquela ligação quase sagrada que a doutrina tradicional faz entre o direito subjetivo (ou a relação jurídica) e as condições da ação.¹⁴¹

¹³⁵ Cf. FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St.Paul: West, 3ª Ed., 1999, p.336.

¹³⁶ *Idem*, p.339-339.

¹³⁷ Como notaram DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.248.

¹³⁸ Sobre o litisconsórcio nas ações populares e nas ações de improbidade administrativa, e a discussão sobre se o litisconsorte pode ou não “escolher” de que lado vai participar, Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. *Op.cit.*, p.174; GOMES JR., Luiz Manoel. “Ação Popular – alteração do pólo jurídico da relação processual – considerações”, *Op.cit.*, p.122-126; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.261-262.

¹³⁹ Edoardo Ricci fornece o exemplo da nulidade de cláusula contratual, que pode ser premissa para outros direitos, como p.ex., ao ressarcimento. Cf. RICCI, Edoardo F. “*Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*”, *Op.cit.*, p.655 e nota 8, onde aborda a controvérsia sobre a natureza declaratória ou constitutiva sobre a ação de nulidade contratual.

¹⁴⁰ TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.130-132.

¹⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. “*Azioni e sentenze di mero accertamento*”, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffré, Reedição de 1993, vol.III, p.26-27.

A partir desta “desrelacionalização” do interesse de agir, podemos enxergar inúmeras situações em que haveria zona de interesse a permitir a atuação de um sujeito desvinculada da lide, da lesão a um direito subjetivo e da polarização da demanda.

Isso é especialmente defendido, na literatura italiana e alemã, para a tutela declaratória, onde há realmente maior dificuldade para identificar a “zona de tutela” que permite o ordenamento.¹⁴² Especialmente na ação declaratória, o interesse de agir não pode ficar ligado ao direito subjetivo, e deve ter seus pressupostos estudados em outra perspectiva que não aquelas criadas historicamente para a ação condenatória.¹⁴³ Com a ampliação do interesse processual pelas zonas de interesse, a tutela declaratória ganha novos contornos e grande utilidade que a tutela condenatória não tem, perdendo-se a pecha de ser uma tutela “suplente” à condenatória.¹⁴⁴

Pensamos que o desenvolvimento dessas idéias pode ser útil, na tutela declaratória, também para os direitos submetidos a condição ou termo, que existem e podem ser declarados judicialmente mesmo na inexistência de qualquer lesão.¹⁴⁵ Também podem servir para nortear o interesse processual no modelo de fracionamento da resolução do mérito, admitindo-se a cognição e decisão, com força de coisa julgada, para um singular aspecto ou uma específica pré-questão de uma relação jurídica material.

Porém, deve-se observar que a utilidade do provimento deve ser atual e concreta, proibindo a solução de uma questão abstrata, imaginariamente projetada como um problema distante. Para autorizar a legítima atuação judicial deve haver um interesse “concreto, efetivo e atual” na tutela jurídica,¹⁴⁶ ou seja,

¹⁴² LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.155; MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.209-210. A discussão se trava, p.ex., em matéria de direito laboral e previdenciário, como em pedidos de declaração de um estado de fato (uma doença, p.ex.), que se entende que só pode ser certificado se em face de um requerimento final de concessão de licença ou adicional de insalubridade, etc. Cf. MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.145. A jurisprudência destes dois países já admitiu o fracionamento de questões de mérito em julgamentos, o que pode ser observado em certos arestos do *Bundesarbeitsgericht* e da *Cassazione*.

¹⁴³ TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.12-13.

¹⁴⁴ MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.210.

¹⁴⁵ WACH, Adolf. “*Der Rechtsschutzanspruch*”, *Op.cit.*, p.15.

¹⁴⁶ WACH, Adolf. *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Reimpressão do original, 1888, p.15, 52-54; BÜLOW, Oskar von. “*Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*”, *Op.cit.*, p.216: “Das wird denn auch sowohl durch das, was Wach (Handbuch, s.21) über die Abhängigkeit des Rechtsschutzanspruchs von der ‘Rechtsposition’ der Partei und (s.19 u.22) über das zum Rechtsschutzanspruch erforderliche, den Anspruch auf prozessualischen Rechtsschutz begründende ‘wirkliche, nicht eingebilddete Rechsschutzinteresse’ bemerkt, bestätigt, wie durch seine Erklärung (Feststellungsanspruch, s.15), der Rechtsschutzanspruch sei ‘geknüpft an konkrete ausserprozessualische Thatbestände’. Cf. VERDE, Giovanni. “*Sulla ‘minima unità strutturale’ azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1989, p.577.

se o requerente tiver alguma utilidade prática no requerimento, ainda que toque apenas parcela da relação material.¹⁴⁷

O conceito mais amplo de zona de interesse pode ser útil também, para além da tutela declaratória, seja para ampliar a esfera de aplicação do interesse de agir para os procedimentos probatórios de mera certificação fática (sem alegação de *periculum in mora*)¹⁴⁸ seja ainda nos casos em que a *fattispecie* constitutiva do direito material é de formação progressiva, e que não poderia, como óbvio, ser analisada estaticamente.¹⁴⁹ Nesta hipótese, pode haver interesse em resolver uma controvérsia em torno de uma determinada parcela da situação material, que somente surgirá em sua integralidade no futuro justamente porque ainda em desenvolvimento. Exemplo comum na prática brasileira é visto no direito previdenciário, especialmente diante da sucessão de emendas constitucionais e regras de transição que geram enorme insegurança sobre qual será o regime jurídico a ser aplicado a um determinado indivíduo. Por exemplo: o “direito subjetivo” à aposentadoria só surge depois de muitos anos e do preenchimento de diversos requisitos; se existe uma divergência ou um estado de incerteza sobre um determinado aspecto, que atinge a esfera jurídica do envolvido, as demandas sofrem grande resistência do Judiciário porque “não há direito adquirido a regime jurídico”, e portanto são extintas por falta de interesse. Mas será justo obrigar o indivíduo a contribuir 30 anos, na esperança de aposentar-se, p.ex., com integralidade de vencimentos, para somente então afirmar-lhe que não tem direito? Não seria legítimo admitir a discussão judicial anterior, acerca daquele aspecto divergente, e assegurar estabilidade àquela situação jurídica? Parece-nos evidente que sim.

As zonas de interesse podem servir ainda para os casos, em que não seja tão simples identificar com precisão todas as posições subjetivas correlatas que estejam em jogo ou que possam sofrer interferências da discussão no processo.

Nestes casos, como não há uma referência subjetiva clara que permita um juízo de comparação direto com algum sujeito determinado (o que ocorre no direito subjetivo ou na relação jurídica), não se pode trabalhar a legitimidade e o interesse de agir nos mesmos moldes clássicos.¹⁵⁰ Assim, como afirma

¹⁴⁷ GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Op.cit., p.371-372; MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C.* Op.cit., p.142, 147.

¹⁴⁸ MONTESANO, Luigi. “*Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIV, II, 1969, p.597-600; TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. Op.cit., p.13. No direito brasileiro, destaque-se a recente obra de YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação de prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁴⁹ MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, Op.cit., p.203.

¹⁵⁰ RICCI, Edoardo F. “*Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*”, Op.cit., p.657-658: “Come è noto, si contendono qui il campo due tesi: quella che identifica il legittimato attivo e il legittimato passivo negli effettivi titolari (attivo e passivo) del *thema decidendum*; e quella che preferisce

Merlin, devemos recorrer à dinâmica jurídica para solucionar a possibilidade de formulação de pretensões multilaterais.¹⁵¹

Para casos como estes, os ordenamentos do *common law* acenam com um procedimento próprio de litigância plurissubjetiva, denominado *interpleader*, que pode ser utilizado quando os “contra-interessados” são indefinidos,¹⁵² e que permite atuações dinâmicas, como o ingresso no processo ou a retirada da litigância de acordo com as circunstâncias e a estratégia do momento.¹⁵³ Dinamarco, no Brasil, chamou atenção para o raro tratamento dado para a figura do litisconsórcio alternativo ou eventual, que poderia servir a estes casos.¹⁵⁴ Em sentido semelhante, Luiz Fux menciona a relevância do estudo da participação de terceiros no processo de execução, quando as obrigações têm “titulares ocultos”, quando entram em cena a teoria da aparência e a desconsideração da personalidade jurídica.¹⁵⁵

Por fim, o conceito de zonas de interesse pode servir para uma maior compreensão do interesse processual nas ações populares, nas ações de improbidade, e em todas as atuações processuais desvinculadas de um interesse material específico. Nestas, o interesse de agir deve continuar ligado a premissas de utilidade, embora voltados para o interesse público ou “interesse cívico”.¹⁵⁶ A expressão “utilidade para o interesse público”, prevista no art.6º §3º da lei da ação popular, é a positivação desta concepção ampliativa de interesse processual.

É a zona de interesse, ao lado da legitimidade para o ato, que permite a aplicação ampliativa da migração interpolar.

valorizzare la prospettazione contenuta nella domanda, considerando legittimato attivo chi si afferma titolare attivo della situazione controversa (anche se non lo è), e titolare passivo chi è presentato nell'atto introduttivo del processo come titolare passivo della stessa situazione (anche se non lo è). Ma si può parlare di titolarità attiva o passiva (effettiva o semplicemente affermata) della situazione giuridica dedotta nel processo, solo a patto che tale situazione giuridica possa essere riferita a soggetti determinati; e quando si discute della nullità e della inefficacia per simulazione come situazioni giuridiche meramente preliminari, la constatata non riferibilità ad alcun soggetto rende improponibile l'intera costruzione”.

¹⁵¹ WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdiccional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, *Op.cit.*, p.202; MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.213-215. Isso ocorre também nos interesses coletivos *lato sensu*. Cf. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.52. A jurisprudência brasileira já afirmou que, nestes casos, a ação pode ser dirigida contra qualquer indivíduo, seja proprietário, possuidor, promissário comprador, qualquer um que tenha “relação jurídica próxima” ao imóvel, que depois poderá regredir, se for o caso, contra quem deve suportar em caráter final a condenação. Confira-se, STJ – Resp n.194.481-SP, Rel.Min.Ruy Rosado de Aguiar.

¹⁵² FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure.*, *Op.cit.*, p.779 e ss.

¹⁵³ Confira-se maiores detalhes e exemplos em FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*, *Op.cit.*, p.782-785.

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.390 e ss.

¹⁵⁵ FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extra-judicial*. *Op.cit.*, p.110-111.

¹⁵⁶ Assim, ALENCAR, Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti de. “O conteúdo eficaz da sentença da ação popular: sobrevive uma ação de direito material coletiva?”, in DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdiccional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.402. Em sentido diverso, GRINOVER,

5. Sugestões para o desenvolvimento do tema.

Não pretendemos, neste momento em que nos encaminhamos ao fim da exposição, ampliar o tratamento das possibilidades de migração entre pólos ou atuação despolarizada. Não obstante, algumas consequências e hipóteses podem e devem ser colocadas como ponto de partida para ulterior análise.

Como dissemos anteriormente, ainda que a polarização tenha uma função dialética de formalizar o debate e facilitar a aplicação cotidiana do contraditório, não podem os sujeitos do processo, em determinadas situações, ficarem presos à polaridade inicial. Entendemos que as migrações serão permitidas se alguns requisitos se demonstrarem presentes.

5.1. Pressupostos para a migração entre pólos e a atuação despolarizada. Migrações sucessivas e migrações pendulares. Revogabilidade de atos processuais e admissibilidade.

Os primeiros pressupostos que devem ser preenchidos para que seja autorizada a alteração de pólo são, como vimos anteriormente, a *legitimatatio ad actum* e a zona de interesse do requerente.

A estes requisitos, somam-se outros. O tema mereceria uma reflexão mais aprofundada, mas já podemos adiantar alguns pontos que pensamos poderem nortear a aplicação prática das idéias expostas.

Em primeiro lugar, a depender da condição do sujeito, a migração entre pólos pode ser *sucessiva*, ou seja, se e quando o sujeito processual convencer-se do acerto das razões de outros sujeitos e decidir pela atuação conjunta consigo. Essa é a situação dos sujeitos desinteressados, como o *amicus curiae* e os órgãos da administração pública. Tais entes não ficam presos a um pólo, podendo migrar novamente se assim se convencerem, sempre em prol do interesse público. Por essa razão, Mazzei denomina a hipótese da lei da ação popular como sendo de uma intervenção “móvel”, em que a alteração de pólo é permitida mais de uma vez e em qualquer sentido.¹⁵⁷

Quando estivermos diante de soluções cooperativas na condução do processo, como os acordos de procedimento e requerimentos conjuntos, os sujeitos do processo podem unir-se temporariamente para a prática de atos

Ada Pellegrini. “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças”, *Op.cit.*, p.142, considerando que os objetivos da ação popular são similares aos da ação civil pública ajuizada pelo MP, onde evidentemente este aspecto cívico não se observa.

¹⁵⁷ MAZZEI, Rodrigo. “A ‘intervenção móvel’ da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)”, *Op.cit.*, *loc.cit.*

processuais, devendo ser-lhes reconhecida zona de interesse para tanto. Esta migração pode ser chamada de *pendular*, já que, após a prática do(s) ato(s) em conjunto, os sujeitos retornam à polaridade inicial, retomando o formato clássico de contraposição de posições.

Por outro lado, a *atuação despolarizada*, independente de qualquer referência à lide, ao direito subjetivo ou à pretensão, é o caminho a ser seguido nos casos de fracionamento do mérito, já que todas as partes e terceiros podem ter interesse e legitimidade para impugnar um elemento da relação jurídica *sub judice*, desde que respeitada a utilidade atual e concreta para a esfera jurídica do interessado.

Em todas estas categorias ou espécies de migração, muitas outras questões seriam dignas de análise. A moldura apresentada é apenas uma referência genérica.

Contudo, haverá outros muitos casos em que, apesar da possibilidade geral de migração, diante de específicas situações processuais, a mudança de pólo não será autorizada. A vedação geralmente observar-se-á para a proteção de direitos de terceiros ou para a preservação da confiança legítima das partes na manutenção de comportamentos anteriores. Entram em jogo as preclusões, não só as temporais, como também as lógicas e consumativas. Assim, pensamos que a troca de governos não permite uma desmedida, sucessiva e incompatível troca de pólos pelo ente público, se tiver sido criada expectativa legítima, aos demais sujeitos, de manutenção de condutas processuais já tomadas.¹⁵⁸

Deve ser analisada também a revogabilidade dos atos processuais, e se, ao mudar de pólo, as condutas processuais tomadas pelo sujeito a partir de então seriam compatíveis com atos anteriormente praticados. Lembremos que o exercício da defesa, p.ex., torna litigiosa a coisa, impõe ônus probatórios, exige programação e avaliações que passam desde a coleta de provas (p.ex., documentos) até a formulação de alegações para a linha argumentativa do litigante. Deve haver preservação do contraditório e ampla defesa, dos direitos de terceiros, e também se impõe um juízo de eficiência, evitando que o processo, por conta da migração, tenha que retornar a etapas anteriores.

¹⁵⁸ Luiz Manoel Gomes Jr., que afirma que o ente pode passar do pólo passivo para o pólo ativo, mas não o inverso. Mancuso e Bueno entendem ser possível a migração para que o amadurecimento da questão, ao longo do processo, possibilite uma melhor tomada de posição da administração pública em torno da melhor realização do interesse público. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. *Op.cit.*, p.174-176; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.263-264. Concordamos com os ilustres professores. Desde que a questão não seja uma mera divergência político-partidária, o dinamismo da relação processual impõe que a migração seja possível durante o processo. Porém, como afirmamos no texto, deve haver respeito aos direitos de terceiro, como também pode ser que, à luz das preclusões e da irrevogabilidade de atos processuais, não seja mais possível a troca de pólo em um dado momento do procedimento.

5.2. Encargos de sucumbência. Remessa necessária. Impossibilidade de migração.

No que se refere às conseqüências da aplicação deste formato despolarizado, algumas linhas introdutórias também podem ser desenvolvidas aqui.

Em nosso entender, a transferência de pólo é capaz de fazer escapar dos encargos de sucumbência. A atuação conjunta pela satisfação de um mesmo interesse material corrói a idéia vetora da causalidade para a condenação nas despesas processuais e permite, se não a exclusão total do migrante do pagamento das despesas, ao menos sua redução.

É claro que, se a migração ocorrer em momento muito precoce do processo, pode-se sustentar a redução substancial da condenação nas despesas (art.21, parágrafo único, CPC); se ocorrer num marco temporal adiantado, próximo da decisão definitiva, a migração não deve ser considerada para estes fins, caso contrário poderia ser usada como um subterfúgio para eximir-se do pagamento diante da iminente derrota. Aplicável aqui é a disciplina de condenação proporcional nos encargos da sucumbência prevista em lei para partes e terceiros, a depender da intensidade de sua atuação em favor do interesse material derrotado (arts.19 §1º, 20 §1º, 21, 23, 32, todos do CPC).

Impõe-se diferenciar ainda se estamos diante da migração num quadro de litisconsórcio. Isso porque, quando não há pluralidade de partes, existe necessidade de impor a um dos litigantes os custos do processo e vemos com dificuldade a redução, mesmo proporcional, destes custos. No entanto, quando houver litisconsórcio, a migração pode reduzir proporcionalmente a condenação do migrante, sem deixar de impor aos demais litisconsortes o custo econômico da litigância, aplicável a estes o princípio da causalidade.

No que tange à remessa necessária, também este instituto pode sofrer repercussões da migração entre pólos. Isso porque, ao migrar da posição de réu para juntar-se ao autor, a atuação conjunta da administração pública com o autor faz entender que a função protetiva¹⁵⁹ que o duplo grau obrigatório possui em relação à sucumbência estatal não se observa mais.

Por fim, cabe destacar que, na exata medida em que houver pedidos formulados contra o sujeito do processo, não pode este pretender migrar para outro pólo para escapar da responsabilidade ou de uma sentença de procedência favorável ao requerente. Seria inimaginável que estivesse no âmbito da vontade do requerido a disposição sobre o pedido de outrem. Se sua migração pode reduzir-lhe os encargos de sucumbência, não apaga o pedido formulado, a não ser que dele disponha o próprio requerente. A situação prática

¹⁵⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol IV, 3ª Ed., 2008, p.332.

seria resolvida se nos acostumarmos a ver sentenças condenatórias de sujeitos que passaram a figurar no pólo ativo após a migração.

6. Breve conclusão.

Nosso objetivo, no presente estudo, foi identificar se existe a possibilidade de migração interpolar na demanda, ou ainda se seria defensável uma atuação dos sujeitos do processo que poderia ser definida como “despolarizada”. Parece-nos, como já antecipado, que a resposta é afirmativa.

Ao indagarmos quais seriam as dificuldades para imaginar a prática de atos processuais sem uma referência polar ou bipolar, identificamos uma situação doutrinária de desenvolvimento insuficiente da legitimidade *ad causam e do interesse de agir*, conceitos jurídico-processuais construídos sob premissas antigas e que não conseguem responder aos contornos modernos do processo civil. Estas condições da ação não se amoldam a procedimentos executivos e de certificação fática, bem aos acordos procedimentais e soluções cooperativas. Além disso, são institutos que limitam por demais a intervenção de terceiros e que não se coadunam com as técnicas declaratória e de fracionamento da resolução do mérito.

Na impossibilidade de estendermos, nesta sede, todos os temas correlatos, as objeções à tese e suas infundáveis aplicações práticas, deixaremos para outra oportunidade um tratamento mais abrangente. Esperamos, contudo, que de todo o exposto possamos ter despertado a atenção dos leitores não só para este tema quase inexplorado das migrações entre pólos da demanda, mas também para a constatação que o estudo das condições da ação ainda não está superado. Muito ainda há para desenvolver.

As novas e futuras gerações são e serão chamadas a estudar a ação à luz da multiplicidade de mecanismos de tutela hoje existentes, e diante das realidades processuais cambiantes, que refletem, no processo, o dinamismo da vida moderna.