

A legitimidade extraordinária no CPC: os poderes das partes e do assistente processual¹

José Henrique Mouta Araújo

Advogado e procurador do Estado do Pará

Doutor e mestre em Direito (UFPA)

Pós-doutor (Universidade de Lisboa)

Professor do CESUPA (PA) e FAMETRO (AM)

RESUMO

O ensaio apresenta alguns questionamentos sobre os conceitos de partes e terceiros, especialmente após as modificações advindas do CPC/15, e seus reflexos no papel do assistente e do legitimado extraordinário. Aborda também o aprimoramento do conceito entre sucessão e substituição processual, bem como os limites entre a intervenção como parte e terceiro no processo.

Palavras-chave: Partes. Assistente. Legitimado Extraordinário. CPC/15.

ABSTRACT

The essay presents some questions about the concepts of parties and third parties, especially after the modifications that came out of CPC / 15, and its reflections on the role of the assistant and the legitimized extraordinary. It also addresses the concept improvement between succession and procedural substitution, as well as the boundaries between intervention as party and third in the process.

Keywords: Parts. Assistant. Legitimized extraordinary. CPC / 15.

Introdução

Um dos temas mais importantes de teoria geral do processo diz respeito ao conceito de parte e de terceiro.

O CPC/15 enfrentou esses institutos e, inclusive, alterou algumas premissas conceituais que foram estabelecidas na legislação processual anterior.

¹ Texto inicialmente publicado na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), v. 99, pp. 207-220, 2017.

Com a cláusula geral de negócio processual, passou a ser discutida a possibilidade de legitimidade extraordinária contratual em que, por meio de acordo de vontade, há a transferência da atuação em juízo a terceiro alheio à relação jurídica material.

Ademais, o legislador também encarou os questionamentos ligados aos poderes do assistente e sua atuação em juízo, com modificação da antiga expressão *gestor de negócios para substituto processual* do assistido.

O novo diploma processual acaba por provocar, no intérprete, um necessário diálogo entre os conceitos de terceiros e partes. Se, pelo Código anterior, a legitimidade extraordinária apenas podia ser em virtude de autorização legal (art. 6º do CPC/73), o novel diploma consagra um amplo poder de negociação sobre a sua condição de parte no processo.

Com o CPC/15, apesar de não ter alteração em relação à titularidade do direito material que está sendo objeto de demanda judicial, há a possibilidade da mudança na legitimidade passiva, de ordinária para a extraordinária.

Em verdade, também há um acréscimo nos poderes do assistente, que, de auxiliar, passa a ser substituto processual do assistido, nas situações previstas no § único do art. 121 do CPC/15. Já o réu, que era legitimado ordinário, passará a ser substituído, com a atuação do seu antigo assistente na qualidade de legitimado extraordinário.

As variáveis advindas da leitura do novo diploma processual merecem maior esclarecimento doutrinário e justificam as reflexões trazidas neste ensaio.

1 Conceito de parte e de terceiro

Antes de se adentrar no tema central, que é a análise dos conceitos de legitimidade de parte e assistente, é dever refletir sobre o que é ser parte e terceiro no direito processual civil.

Como é fato, o conceito de parte é estritamente processual: é quem propõe ou contra quem se propõe uma demanda²; ou aquele que participa do processo com *parcialidade*, possuindo interesse em determinada solução ao caso concreto levado a apreciação judicial³.

² Segundo Assis (2002, p. 127), existe “certo consenso em que a noção de parte assume pertinência exclusivamente processual. Ele é fornecido pela posição ativa ou passiva na relação processual”.

³ “O conceito de parte deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) no processo com parcialidade, tendo interesse em deter-

Por outro lado, o conceito de *parte legítima* (legitimidade ordinária) requer uma identidade entre direito material e processual, nos moldes estabelecidos no CPC/15 (art. 17).

Segundo Liebman (1973, p. 70), a posição de parte pode ocorrer: “a) per effetto della domanda introduttiva del processo; b) per effetto di *successione* nella posizione della parte originaria; c) per effetto di *intervento*, volontario o coatto, in un processo pendente”.

Logo, é possível observar que os conceitos de *parte processual* e *terceiro* refletem na extensão e na imunização da decisão judicial, *ex vi* do art. 506, do CPC/15. A coisa julgada, portanto, não prejudica o terceiro – alheio à relação processual.⁴

Realmente, os *efeitos* decorrentes do fenômeno da coisa julgada (*aqui concebido como a possibilidade de exteriorização do julgado*) em tese podem atingir terceiros, mas a imutabilidade do mesmo apenas pode sujeitar as partes (com a ressalva da possibilidade de beneficiar terceiro – art. 506, do CPC/15)⁵.

Para Chiovenda (1980), o problema está na verificação de quem é parte ou terceiro, inclusive para fins de coisa julgada. De acordo com suas lições:

La determinazione del concetto di parte non ha una mera importanza teorica, ma è necessaria per la soluzione di gravi problemi pratici: che una persona sia *parte* in una lite o sia *terzo*, è importante ad. es. Per la identificazione delle azioni (...), come per accertare se essa sia soggetta o no alla cosa giudicata; se vi sia o no litispendenza, ecc (CHIOVENDA, 1980, p. 578).

Considerando que, por vezes, o julgado influencia na esfera jurídica de outrem, deve ser determinada a sua citação, na qualidade de litisconsorte, cujo regramento é estabelecido, pelo CPC/15, em seus arts. 113 e seguintes.

minado resultado do julgamento. Saber se esta participação se dá em relação à demanda, principal ou incidental, ou em relação à discussão de determinada questão, não é algo essencial para o conceito puramente processual de parte. Parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo, e que age, assim, passionalmente” (DIDIER JR, 2002, p. 139).

⁴ Em momento posterior iremos abordar a mitigação do art. 506, do CPC/15, nos casos de substituição processual advinda da omissão do assistido.

⁵ “Parti, per il diritto processuale civile, sono i soggetto diversi dal giudice che compiono atti di un procedimento giurisdizionale e sono destinatari degli effetti dei provvedimenti del giudice” (COMOGLIO, FERRI; TARUFFO, 1995, p. 287).

Apenas para ilustrar, no direito italiano também há a figura do interveniente litisconsorcial, como aquele que intervém em processo alheio para defender direito seu.⁶

Na legislação brasileira, a intervenção litisconsorcial também requer a presença de interesse próprio, passando o interveniente a ser tratado como *parte*.

O litisconsórcio configura hipótese de *ampliação subjetiva* da lide, no polo passivo e/ou ativo da relação processual. Normalmente, em direito processual civil são analisados dois institutos: a cumulação subjetiva e a objetiva, sendo o litisconsórcio o exemplo do primeiro, ao passo que o segundo tem o seu ponto de desenvolvimento nas várias espécies de cumulação de pedidos permitida no sistema.⁷

Ainda no aspecto *ampliação subjetiva*, é dever destacar, mesmo que em poucas palavras para evitar o desvio do enfoque destinado ao ensaio, que o sistema estabelece litisconsórcio necessário e facultativo, sendo o primeiro indispensável e o segundo formado apenas por questão de conveniência.

O regramento processual é bastante claro: no litisconsórcio facultativo há o regime de opção e se atende aos reclamos da economia processual. Por outro lado, no litisconsórcio necessário enfrenta-se a impossibilidade de sua dispensa, sob pena de colocar em risco a estabilidade da decisão judicial (art. 114, do CPC/15).⁸

⁶ A figura do interveniente litisconsorcial é bem explicada por Liebman (1973, p. 88): "*intervento litisconsortile* è quello di chi interviene in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di *alcune* di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo'. È perciò l'intervento di chi avrebbe potuto agire unitamente all'attore nello stesso processo unitamente al convenuto; e il litisconsorzio attivo o passivo è posto in essere successivamente, appunto a seguito dell'intervento. L'interveniente propone una domanda, che va ad affiancarsi a quella di una delle parti contro l'altra. In tutti i casi in cui vi sono più soggetti legittimati rispetto ad un dato rapporto, se uno ha proposto la domanda, gli altri possono intervenire e proporre la loro rispettiva domanda".

⁷ Por outro lado, em que pese não ser o objeto central do presente trabalho, não se deve esquecer que em alguns casos de litisconsórcio (especialmente no ativo facultativo simples) há também a cumulação objetiva. É espécie de cumulação subjetiva em que cada um dos litigantes possui sua própria e distinta pretensão processual a ser apreciada pelo Poder Judiciário.

⁸ Aroca (1972, p. 20) conceitua o litisconsórcio propriamente necessário, da seguinte forma: "la voluntad de las partes para la constitución de este tipo de litisconsorzio es totalmente inoperante. La pretensión no puede ser ejercitada sino por varios o contra varios, porque la legitimación ha sido conferida por la ley material a todos los litisconsortes en común. No

Nesse aspecto, vale transcrever as lições de Dinamarco (2003, p. 353, grifo do original), ao diferenciar o litisconsórcio necessário e facultativo (ainda de acordo com o CPC/73):

A facultatividade do litisconsórcio constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua implantação quando a lei não a exige (Const., art. 5º, inc. II, *supra*, n. 89), e porque a necessidade importa restrição ao *direito de ação*, também constitucionalmente assegurado. Nos casos de litisconsórcio necessário, o sujeito só poderá agir em associação com outro ou em face de dois ou vários, também em conjunto. Por isso é que se diz que a necessidade se resolve em uma *legitimidade necessariamente conjunta* (Liebman); e o *caráter excepcional* do litisconsórcio necessário deve conduzir a evitar interpretações que atribuam arbitrariamente a necessidade a casos não estritamente cobertos pelas duas hipóteses do art. 47 do Código de Processo Civil. O litisconsórcio só será necessário (a) quando a causa versar um *objeto incidível*, conforme disposição genérica contida no art. 47 do Código de Processo Civil ou (b) quando assim a lei o estabelecer de modo específico, embora o objeto não seja incidível.

O litisconsórcio necessário, portanto, se relaciona com a viabilidade da decisão judicial. A falta de citação gera consequências processuais que ultrapassam a ineficácia ou a nulidade prevista nos arts. 114 e 115 do CPC/15.⁹

Cumpra observar que o litisconsórcio necessário não se confunde com o unitário, pelo que a redação do art. 114, do CPC/15, está correta.¹⁰ *Unitariedade* diz respeito à consequência da

se ejercita sino una única pretensión, y el órgano jurisdiccional dará un solo pronunciamiento, formal y materialmente único. Se trata, evidentemente, de un proceso único con pluralidad de partes”.

⁹ Sobre a falta de citação de litisconsórcio passivo necessário, ver Araújo (2004, p. 517-562).

¹⁰ O art. 47 do CPC/73 confundia os conceitos de *necessário* e *unitário*, o que foi objeto de modificação pelo novo CPC (art. 114). Vale citar as lições de Bueno (2003, p. 94, grifos no original) (ao comentar a redação do art. 47 do CPC/73): “O fato é que hoje predomina, na doutrina brasileira, o entendimento de que o litisconsórcio necessário não guarda nenhuma relação com o litisconsórcio unitário e vice-versa. Não obstante a redação do art. 47, que, inequivocamente, define o litisconsórcio necessário como o unitário, os *critérios de classificação* de uma e de outra espécie de litisconsórcio não são os mesmos e, por isto, podem, ou não conviver ambas autonomamente. Pode haver litisconsórcio necessário sem que ele seja unitário e unitário que não seja necessário. É dizer de forma bastante

decisão, que pode ou não atingir os litisconsortes de forma idêntica, ao passo que *necessariedade* significa obrigatoriedade.

Normalmente o necessário é unitário, e o facultativo é simples. Contudo, tais diretrizes possuem exceções, como, *v.g.*, na usucapião ou demarcação (arts. 574-587, do CPC/15).¹¹ Silva (2000, p. 257) indica as situações em que é possível ocorrer o litisconsórcio necessário:

Devemos, portanto, conceituar o litisconsórcio necessário como aquele obrigatoriamente formado, seja porque alguma disposição de lei assim o imponha, seja porque a natureza da relação de direito material torne impossível o tratamento da situação litigiosa sem a presença de todos os interessados no processo, formando litisconsórcio, caso em que ele se torna *indispensável*.

Ao contrário do litisconsórcio, a assistência simples indica atuação na qualidade de mero auxiliar, como bem prevê o art. 119 do CPC/15. É, portanto, um coadjuvante de uma das partes.¹²

A diferença entre os institutos do litisconsórcio e da assistência simples reside exatamente no papel que desempenham na relação processual: o litisconsorte é parte, ao passo que o assistente é mero coadjuvante, mesmo não podendo, em regra, discutir posteriormente a *justiça da decisão* (art. 123, do CPC/15).

Ocorre que, como restará claro nos itens posteriores, o CPC/15 permite um novo diálogo entre os conceitos de parte, legitimado extraordinário (aqui concebido como sinônimo de substituto processual), e assistente, com a possibilidade de mutação entre esses institutos.

direta: não é porque um litisconsórcio é necessário que ele também será unitário e não é porque um litisconsórcio é unitário que ele será também necessário”.

¹¹ A citação dos confinantes na usucapião visa permitir a demarcação da área objeto da demanda, considerando que poderá atingir o imóvel vizinho. Assim, haverá litisconsórcio necessário simples. Quanto à consequência decorrente da falta de citação daquele em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo e dos terceiros, Câmara (2003, p. 429) defende: “deve-se afirmar que a ausência daquele em cujo nome o imóvel está registrado é fator de ineficácia absoluta da sentença de mérito, não se podendo considerar tal provimento jurisdicional capaz de gerar certeza quanto à titularidade do domínio. De outro lado, a ausência de algum dos confinantes gera ineficácia da demarcação, em nada afetando a declaração de aquisição do domínio”.

¹² “Vale aqui anotar que, pela assistência, o terceiro a rigor *não se torna parte* no processo pendente, pois não formula pedido algum, nem pedido

2 Substituição e sucessão processual – aprimoramento redacional

A legitimidade, como é fato, pode ser ordinária¹³ e extraordinária. Esta é tratada, para os objetivos deste texto, como sinônimo de substituição processual.¹⁴

O CPC/15 fez importante correção em relação à legislação anterior no que diz respeito aos institutos da sucessão e substituição processual. A figura da sucessão ocorre em casos específicos previstos em lei, *inter vivos* ou *mortis causae*. Na sucessão, o sucessor recebe a mesma legitimidade do sucedido, podendo ser ordinária ou extraordinária (arts. 108 a 112 do CPC/15).

Enquanto na sucessão, o sucessor passa a figurar na mesma posição do sucedido (ex. alienação da coisa litigiosa – art. 109, §§1º e 2º do CPC/15), na substituição, o substituto é parte, atuando em nome próprio na defesa de interesse alheio e com autorização do ordenamento jurídico (art. 18, do CPC/15).¹⁵

Assim, houve a correção redacional/conceitual que existia no CPC/73, tendo em vista que o art. 42 e ss. mencionavam *substituição de parte*, quando, em verdade, ocorria o fenômeno da *sucessão de parte*, passando o adquirente a defender direito próprio em nome próprio (legitimidade ordinária ulterior).

Por outro lado, inexistindo a concordância por parte do autor, resta vedada a alteração do polo passivo, permanecendo na condição de réu aquele que alienou o bem de forma fraudulenta (art. 109, §1º, do CPC/15). Contudo, considerando que a *coisa* não mais lhe pertence, o mesmo atua em nome próprio na defesa de interesse alheio – do adquirente da coisa litigiosa – configurando hipótese de substituição processual.¹⁶

A situação envolvendo o adquirente de coisa litigiosa é um dos poucos exemplos de substituição processual no âmbito do direito individual, o que também ocorre, *v.g.*, no art. 3º da Lei

nenhum é contra ele formulado. É, isto sim, um *coadjuvante* do litigante a quem assiste” (CARNEIRO, 2003, p. 214, grifos no original).

¹³ Na legitimação ordinária, “coincidem as figuras das partes com os polos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial” (ARMELIN, 1979, p. 117).

¹⁴ Há entendimento no sentido de que a substituição processual seria uma espécie do gênero legitimidade extraordinária, nas hipóteses de legitimação exclusiva. Sobre o assunto, ver Armelin (1979).

¹⁵ “Na *substituição processual*, não há troca de sujeitos; na verdade, não há qualquer alteração da relação processual. Ocorre que um sujeito tem o poder (legitimidade) de estar legitimamente em um processo defendendo interesse de outrem” (DIDIER JR, 2015, p. 356, grifos no original).

¹⁶ Ver Bueno (2003, p. 61).

12.016/09.¹⁷ *In casu*, a Lei do Mandado de Segurança permite que o impetrante utilize a via do MS não para defender direito líquido e certo seu, mas sim daquele que teve o direito violado em primeiro lugar, desde que este não o faça em prazo adequado (ARAÚJO, 2015).

Situações interessantes desafiam a aplicação do citado dispositivo, como nos casos de concurso público, licitação, lançamento irregular de taxa de limpeza pública¹⁸ ou mesmo IPTU.¹⁹

Assim, havendo a correta demonstração de atendimento aos requisitos constantes no art. 3º da Lei 12.016/09, é razoável defender o cabimento de impetração de mandado de segurança por aquele que possui interesse processual decorrente do atendimento do direito líquido e certo do interessado que não fez uso do *writ*.

¹⁷ Destarte, a legitimidade extraordinária é tema mais voltado ao direito transindividual, como nos casos de ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc. Como aponta Dinamarco (2003, p. 318): “é crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais. Tal é o sinal da transmigração do individual para o coletivo, que se revela como uma das características mais destacadas das recentes evoluções do direito processual no Brasil”.

¹⁸ No caso de discutível legitimidade do locatário para impetrar MS contra a taxa de iluminação pública, visando defender seu direito decorrente, já decidiu o STJ: “Processual civil e tributário - Locatário - Taxa de limpeza pública, conservação de vias e logradouros e combate a sinistros - Ausência de legitimidade ativa *ad causam* para figurar na relação jurídica-tributária - precedentes do STJ. 1. O locatário, por não deter a condição de contribuinte, não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança objetivando o não-recolhimento de IPTU e taxas. Precedentes do STJ. 2. É cediço na Corte que o locatário é parte ilegítima para impugnar o lançamento do IPTU, porquanto não se enquadra na sujeição passiva como contribuinte e nem como responsável tributário. Precedentes: AgRg AG 508.796/RJ, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU de 30/06/2004; REsp 604.109/RJ, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJU de 28/06/2004; REsp 124.300/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJU de 25/06/2001; REsp 228.626/SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJU de 03/04/2001. 3. Recurso especial provido” (RECURSO ESPECIAL –SP – 1ª T – j. em 16.08.2005 -- Rel. Min. Luiz Fux).

¹⁹ Na hipótese de IPTU, em que pese configurar-se imposto *propet rem*, há razoável interpretação defendendo a legitimidade ativa do locatário para impetrar MS alegando vício no lançamento. A rigor, o direito supostamente violado é o locador, sendo o do impetrante apenas um direito decorrente.

3 Legitimidade extraordinária negocial e intervenção do substituído

O CPC/15 provocou importante modificação em relação ao instituto da legitimidade extraordinária, se comparado ao CPC/73, o que gerou consequências na atuação do substituído e no conceito de assistência simples.

Na legislação anterior, a legitimidade extraordinária (*parte na relação processual, defendendo direito material alheio*) apenas poderia estar presente mediante autorização legal, nos termos do art. 6º, do CPC/73.²⁰ Agora, o art. 18 do CPC/15 permite essa autorização pelo *ordenamento jurídico*.

Portanto, é necessário indagar quais as consequências dessa modificação terminológica. Visando atender aos limites pretendidos neste texto, iremos apenas analisar a legitimidade extraordinária contratual.

Ora, pela análise da cláusula geral de negócio processual (art. 190, do CPC/15), o legislador passou a permitir, mediante acordo de vontades, a transferência da legitimidade processual para outrem que, ao aceitar, atuará como seu substituto processual.

Contudo, existem algumas variáveis a serem enfrentadas, especialmente em relação ao papel do substituto e do substituído, no processo em que ocorreu essa cláusula de transferência de legitimidade. Vejamos um exemplo: o titular de direito material imobiliário pode, mediante negócio processual, atribuir a um terceiro a atuação em juízo para a defesa desse direito. Nesse caso, a parte material passa a condição de parte processual para aquele que, de início, seria terceiro em eventual demanda judicial discutindo tal direito. A cláusula geral de negócio processual (art. 190 do CPC/15) permite tal atitude, que, na prática, gera a alteração da condição de parte processual e de terceiro.

Schenk (2016, p. 121), ao comentar o art. 18 do CPC/15, advoga em sentido contrário ao cabimento do negócio jurídico processual autorizando a legitimidade extraordinária. De acordo com suas lições:

Assim, não parece haver espaço ou mesmo utilidade, à primeira vista, para o acolhimento de uma legitimidade extraordinária negocial, por meio da qual o ti-

²⁰ Como, *v.g.*, nos casos de ação civil pública (art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) e de impetração de mandado de segurança pelo detentor de direito líquido e certo derivado (art. 3º, da Lei 12016/09).

tular do direito material transferiria a legitimidade para postulá-lo em juízo a um terceiro, valendo-se, para tanto, de instrumentos contratuais.

Contudo, entendemos que não há motivo para se confundir a *representação*, com a substituição processual, por meio de negócio processual. A cláusula geral permite, por meio de acordo de vontade, a atribuição de legitimação extraordinária a outrem.

Interessante é notar, portanto, que o CPC/15 enseja um amplo diálogo entre os conceitos de terceiros e partes. Se antes a legitimidade extraordinária apenas poderia ser em virtude de autorização legal (art. 6º, do CPC/73), agora há amplo poder de negociação sobre a sua condição de parte no processo. Repito: aquele que seria terceiro pode, mediante negócio processual, atuar como parte, demandando, em nome próprio, direito alheio. E ao titular do direito material é admitida a ampla negociação de sua legitimidade processual, sem alterar a sua condição de detentor do bem jurídico discutido em juízo.

Logo, além dos casos previstos em lei, há amplo poder de disposição da sua condição de parte no âmbito processual, sem afetar a titularidade do direito material. Contudo, o legislador permite ao substituído a atuação como assistente litisconsorcial do substituto (Art. 18, § único, do CPC/15).

Assim, seguindo o exemplo antes apresentado, nada impede que o detentor do direito material, que autorizou a demanda judicial promovida pelo substituto processual, atue na condição de assistente litisconsorcial deste. Mais uma vez é dever ressaltar o caminho traçado pelo CPC/15: o titular do direito material, que está sendo discutido em juízo pelo seu substituto processual, pode atuar na condição de assistente qualificado (litisconsorte) do autor.

Esse raciocínio pode ser feito para qualquer modalidade de substituição processual, tendo em vista que o legislador não restringe às hipóteses de negócio processual. Logo, em ação civil pública ou outra modalidade de substituição processual por força de lei, nada impede que o titular do direito material (substituído) atue na condição de assistente litisconsorcial do substituto processual. Essa intervenção, em termos práticos, permite o controle, por parte do substituído, da atuação em juízo, com os mesmos poderes e ônus de um litisconsórcio do autor.²¹

²¹ Não é objetivo deste ensaio analisar a substituição processual passiva. Sobre o tema, ver Didier Jr (2015, p. 346-356).

4 A assistência e a substituição processual – o necessário diálogo entre os interessados no processo

Como exposto anteriormente, o direito material pode ser objeto de provocação judicial em nome de seu próprio titular ou por substituição processual. Esse substituto, mesmo sendo tratado como parte processual, atua em nome próprio e em defesa de direito alheio.

De outro prisma, o CPC/15 inovou em relação aos institutos da assistência (simples) e substituição processual. Claro que, de início, o assistente simples continua sendo tratado como terceiro – auxiliar do assistido²² – com os mesmos poderes e ônus deste último (art. 121 do CPC/15).

No CPC/73 havia previsão, que gerava certa confusão prática, da atuação na qualidade de *gestor de negócios*, nos casos em que o assistido era revel (art. 52, parágrafo único). Contudo, quais eram os poderes e ônus do gestor de negócios, advindo da revelia do assistido? A rigor, o assistente passava a atuar em nome próprio, na defesa de direito alheio, sendo, portanto, legitimado extraordinário²³ e não mero gestor de negócios.

O CPC/15 analisou a questão da atuação do assistente em caso de revelia ou outra *omissão* do assistido, com a alteração de seu papel na relação processual. O art. 121, § único, consagra que, em caso de revelia ou omissão do assistido, o assistente (simples) passará a ser considerado substituto processual. A rigor, a atuação sempre foi como substituto processual, mesmo no regime do CPC/73, levando em conta que a expressão *gestor de negócios* (oriunda de direito material – arts. 861 a 875 do Código Civil) era totalmente estranha à sua real atuação em juízo.

Com a nova legislação, apesar de não ter alteração em relação à titularidade do direito material que está sendo objeto de demanda judicial, há a possibilidade da mudança na legitimidade passiva, de ordinária para a extraordinária. A rigor, aumentam os poderes do assistente, que, de auxiliar, passa a ser substituto processual do assistido, nas situações previstas no § único do art. 121 do CPC/15. Já o réu, que era legitimado ordinário, passará a ser substituído, com a atuação do seu antigo assistente na qualidade de legitimado extraordinário.

²² “O assistente não defende direito próprio na demanda, apenas auxiliando o assistido na defesa de seu direito, de forma que a sua atuação no processo está condicionada à vontade do assistido, não se admitindo que a sua atuação contrarie interesses deste” (NEVES, 2016, p. 280).

²³ No tema, ver Dinamarco (2003) e Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 199 e ss.).

Sampaio (2016, p. 451) ensina, ao comentar o art. 121, parágrafo único, do CPC/15:

Correto, portanto, o legislador do CPC/2015 ao qualificar o relacionamento entre o interveniente e a parte assistida de ‘substituição processual’, pois é exatamente essa a condição do assistente, quando o assistido se omite. Ou seja, quando presente e não omissivo o assistido, seu assistente atua como seu coadjuvante; quando ausente (revel) ou omissivo o assistido, o assistente defende, em nome próprio, o direito alheio de seu assistido. Hipótese, pois, de legitimação extraordinária típica da substituição processual.

Vale citar um exemplo: se o assistente tiver impugnado as alegações fáticas suscitadas na inicial, mediante apresentação de instrumento de defesa, está afastado o efeito de presunção de veracidade dos fatos oponíveis ao assistido revel, visto que, nesse caso, a atuação do impugnante será na condição de substituto processual do revel. Esse raciocínio, inclusive, mitiga os efeitos da revelia previstos no art. 344 do CPC/15.

Há, portanto, a possibilidade de mudança da condição processual, dos ônus e dos poderes entre o assistente e assistido, dependendo da conduta omissiva deste. O que antes era assistente simples passa a ser tratado como parte (substituto processual), e o que era parte passa a ser considerado substituído. Isso tudo sem qualquer mudança na configuração da titularidade do direito material debatido em juízo.

Por outro lado, os atos praticados positivamente pelo assistido vinculam o assistente (art. 122 do CPC/15). Logo, em caso de realização de negócio processual, renúncia, desistência²⁴, reconhecimento jurídico do pedido ou outro ato de vontade, vincula o assistente, que, nesses casos, atua como mero auxiliar da parte.

²⁴ O STJ já decidiu, na vigência do CPC/73: “Processual civil. Assistência simples. Desistência da ação. Prejudicialidade do recurso do pretense assistente. Arts. 50 e 53, CPC. Na assistência simples, como na hipótese, o assistente não poderá, sozinho, prosseguir na ação principal em substituição ao assistido que dela desistiu, por isso mesmo e que, como disposto na parte final do art. 53, CPC, ‘terminando o processo, cessa a intervenção do assistente’. Assim sendo, uma vez tendo sido extinto o processo, por sentença homologatória do pedido de desistência da autora, com a concordância dos réus, resta prejudicado, por perda do objeto, o recurso interposto por quem pretende ingressar, como assistente simples, no feito já findo. Recurso julgado prejudicado, por perda de seu objeto” (REsp 37306 / SP – Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA - 4ª T – J. em 22/10/1996. DJ de DJ 16/12/1996 p. 50873 - LEXSTJ vol. 94 p. 92 -RSTJ vol. 93 p. 290).

Deve, portanto, o intérprete ter cautela em relação à leitura dos arts. 121 e 122 do CPC/15. A ampliação dos poderes do assistente e, a rigor, a mutação de sua condição processual (de auxiliar para substituto processual) irão depender da falta de atuação do assistido²⁵. A própria coisa julgada, quando ocorrer, atingirá o substituído (que é o titular do direito material debatido), o que, inclusive, esvazia a interpretação literal do art. 506 do CPC/15.

Como já mencionado, apesar da vedação do art. 506 do CPC/15, a coisa julgada pode atingir para prejudicar a situação jurídica do substituído e titular do direito material. A sua omissão ou revelia e a substituição processual pelo assistente não impedem que os efeitos jurídicos atinjam sua esfera jurídica.

E não é só. O art. 121, § único, do CPC/15 também permite, por exemplo, que o recurso do assistente seja conhecido, mesmo em caso de falta de apelo do assistido.²⁶ A expressão *qualquer omissão* como permissivo para a mutação da condição processual legitima a apreciação do recurso do assistente, na condição de substituto processual, mesmo quando o assistido não recorre.²⁷ O único impedimento para a apreciação do mérito do apelo é a presença de manifestação expressa do assistido no sentido contrário ao manejo do recurso (art. 122 do CPC/15).

Logo, é fácil concluir que o legislador processual de 2015 prova novas reflexões em relação ao diálogo entre os institutos processuais debatidos neste ensaio.

²⁵ Importante a hipótese trazida por Neves (2016, p. 281-282): “sendo possível no acordo de procedimento previsto no art. 190 do Novo CPC a convenção sobre ônus processuais, é importante afastar a atuação do assistente diante da omissão do assistido quando ela for decorrência de tal ajustamento prévio. Dessa forma, caso as partes convençiem que não será cabível o recurso de agravo de instrumento no processo, a omissão do assistido diante de uma decisão interlocutória não decorrerá de vontade espontânea ou de desídia, mas de compromisso previamente firmado. E nesse caso o assistente não poderá ser considerado substituto legal do assistido e qualquer ato por ele praticado será ineficaz”.

²⁶ O que já era admitido pelo STJ, na legislação de 1973: “Processual civil. FGTS. União. Assistência simples. Art. 52, do CPC. 1. Na qualidade de assistente simples da Caixa Econômica Federal, tem legitimidade para recorrer, desde que não haja expressa vontade, em sentido contrário, do assistido, hipótese não ocorrente na espécie. 2. Agravo improvido” (AgRg no Ag 447608 – Rel. Min. CASTRO MEIRA – 2ª T – J. em 04/12/2003 – DJe de 25/02/2004 p. 142).

²⁷ Esse recurso do terceiro, na condição de assistente, também encontra assento na redação do art. 996, § único, do CPC/15.

Conclusão

Em face do exposto, é possível concluir que:

- Com a cláusula geral de negócio processual, passou a ser discutida a possibilidade de legitimidade extraordinária contratual em que, por meio de acordo de vontade, há a transferência da atuação em juízo a terceiro alheio à relação jurídica material;

- O conceito de parte é estritamente processual: é quem propõe ou contra quem se propõe uma demanda, ou aquele que participa do processo com *parcialidade*, possuindo interesse em determinada solução ao caso concreto levado a apreciação judicial;

- Os conceitos de parte processual e de terceiro refletem na extensão e na imunização da decisão judicial, *ex vi* do art. 506, do CPC/15. A coisa julgada, portanto, não prejudica o terceiro – alheio à relação processual;

- Os *efeitos* decorrentes do fenômeno da coisa julgada (*aqui concebido como a possibilidade de exteriorização do julgado*) em tese podem atingir terceiros, mas a imutabilidade da mesma apenas pode sujeitar as partes (com a ressalva da possibilidade de beneficiar terceiro – art. 506 do CPC/15);

- Considerando que, por vezes, o julgado influencia na esfera jurídica de outrem, deve ser determinada a sua citação, na qualidade de litisconsorte, cujo regramento é estabelecido, pelo CPC/15, em seus arts. 113 e seguintes;

- Ao contrário do litisconsórcio, a assistência simples indica atuação na qualidade de mero auxiliar, como bem prevê o art. 119 do CPC/15. É, portanto, um coadjuvante de uma das partes;

- A diferença entre os institutos do litisconsórcio e da assistência simples reside exatamente no papel que desempenham na relação processual: o litisconsorte é parte, ao passo que o assistente é mero coadjuvante, mesmo não podendo, em regra, discutir posteriormente a *justiça da decisão* (art. 123 do CPC/15);

- O CPC/15 fez importante correção em relação à legislação anterior, no que diz respeito aos institutos da sucessão e substituição processual. A figura da sucessão ocorre em casos específicos previstos em lei, *inter vivos* ou *mortis causae*. Na sucessão, o sucessor recebe a mesma legitimidade do sucedido, podendo ser ordinária ou extraordinária (arts. 108 a 112 do CPC/15);

- Enquanto na sucessão o sucessor passa a figurar na mesma posição do sucedido (ex.: alienação da coisa litigiosa – art. 109, §§1º e 2º, do CPC/15), na substituição, o substituto é parte, atuando em nome próprio na defesa de interesse alheio e com autorização do ordenamento jurídico (art. 18 do CPC/15);

- O legislador de 2015 trouxe uma correção redacional, tendo em vista que o art. 42 e ss. do CPC/73 mencionavam *substituição de parte*, quando, em verdade, ocorria o fenômeno da *sucessão de parte*, passando o adquirente a defender direito próprio em nome próprio (legitimidade ordinária ulterior);

- Na legislação anterior, a legitimidade extraordinária (*parte na relação processual, defendendo direito material alheio*) apenas poderia estar presente mediante autorização legal, nos termos do art. 6º do CPC/73. Agora, o art. 18 do CPC/15 permite essa autorização pelo *ordenamento jurídico*;

- Pela cláusula geral de negócio processual (art. 190 do CPC/15), o legislador passou a permitir, mediante acordo de vontades, a transferência da legitimidade processual para outrem que, ao aceitar, atuará como seu substituto processual;

- O CPC/15 enseja um amplo diálogo entre os conceitos de terceiros e partes. Se antes a legitimidade extraordinária apenas podia ser em virtude de autorização legal (art. 6º do CPC/73), agora há amplo poder de negociação sobre a sua condição de parte no processo. Aquele que seria terceiro pode, mediante negócio processual, atuar como parte, demandando, em nome próprio, direito alheio. E ao titular do direito material é admitida a ampla negociação de sua legitimidade processual, sem alterar a sua condição de detentor do bem jurídico discutido em juízo;

- Com a nova legislação, apesar de não ter alteração em relação à titularidade do direito material que está sendo objeto de demanda judicial, há a possibilidade da mudança na legitimidade passiva, de ordinária para a extraordinária. A rigor, aumentam os poderes do assistente, que, de auxiliar, passa a ser substituto processual do assistido, nas situações previstas no § único do art. 121 do CPC/15. Já o réu, que era legitimado ordinário, passará a ser substituído, com a atuação do seu antigo assistente na qualidade de legitimado extraordinário;

- Há, portanto, a possibilidade de mudança da condição processual, dos ônus e dos poderes entre o assistente e assistido, dependendo da conduta omissa deste. O que antes era assistente simples passa a ser tratado como parte (substituto processual), e o que era parte passa a ser considerado substituído. Isso tudo sem qualquer mudança na configuração da titularidade do direito material debatido em juízo.

Referências

- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Meios de defesa do litisconsorte passivo necessário não citado. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- AROCA, Juan Montero. **La intervención adhesiva simple** – con-tribuicion al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil. Barcelona : Editorial Hispano Europea, 1972.
- ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 3.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Mandado de segurança**. Assistência e *amicus curiae*. Revista de Processo 112. São Paulo: RT, 2003.
- CHIOVENDA, Guisepppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1980.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Mulino, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. II.
- DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.
- _____. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. São Paulo: RT, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1973. v. I.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. Comentários ao art. 121, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao art. 18, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.