

CONTRIBUIÇÃO CRÍTICA PARA UMA NOVA ESTRUTURA TEÓRICA DA CAPACIDADE PROCESSUAL

CRITICAL CONTRIBUTION TO A NEW THEORETICAL FRAMEWORK OF STANDING ON CIVIL PROCEDURE

Vicente de Paula Ataíde Junior *

RESUMO: O artigo apresenta uma crítica às concepções doutrinárias sobre a capacidade processual, especialmente no que tange à inclusão da capacidade de ser parte na sua estruturação teórica, propondo uma nova configuração, que permita florescer as novas tutelas específicas e realizar, sem discriminações ou exclusões arbitrárias, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). Para tanto, começa lapidando os conceitos básicos que envolvem a capacidade processual enquanto pressuposto processual, distinguindo-a de categorias similares do direito material. Na sequência, realiza uma breve passagem pelo tema no direito comparado. Com esse material preliminar, avança para apresentar as razões que justificam a eliminação da capacidade de ser parte como pressuposto processual, para então delinear uma nova configuração teórica da capacidade processual, com vistas à construção de um processo civil mais democrático e inclusivo.

ABSTRACT: The essay presents a critique of doctrinal conceptions about standing on civil procedure, especially with regard to the inclusion of the capacity to be a party in its theoretical structuring, proposing a new configuration, which allows new specific protections to flourish and carry out, without discrimination or arbitrary exclusions, the constitutional principle that judicial control cannot be removed (art. 5, XXXV, Brazilian Federal Constitution). To do so, it begins by honing the basic concepts that involve standing as a procedural requisites, distinguishing it from similar categories of substantive law. Following, it makes a brief passage through the theme in comparative law. With this preliminary material, it goes on to present the reasons that justify the elimination of the capacity to be party as a procedural requisite, to then outline a new theoretical configuration of the standing in civil procedure, with a view to building a more democratic and inclusive civil procedure..

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Capacidade processual. Capacidade de ser parte. Pressupostos processuais.

KEYWORDS: Access to justice. Standing on civil procedure. Capacity to be party. Procedural requisites.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Apurando a terminologia. 2 Revisitando os conceitos fundamentais. 3 Molduras teóricas e funções das capacidades no processo civil. 4 Notas sobre capacidade processual no direito comparado. 5 A necessária supressão da capacidade de ser parte como pressuposto processual. 6 Proposta de uma configuração teórica mais inclusiva da capacidade processual. 7 Últimas considerações. Referências.

INTRODUÇÃO

A capacidade processual é tema que pouco tem interessado aos processualistas civis, com poucas mudanças a seu respeito na codificação de 2015, talvez, em parte, pelos poucos conflitos processuais que exijam sua atualização.

Não obstante, novas demandas judiciais, com novos sujeitos processuais, começaram a desafiar essa categoria e a exigir uma postura crítica contemporânea do processualista, capaz de responder adequadamente a esses novos fenômenos, de forma a manter as promessas constitucionais de um processo justo para todos.

* Juiz Federal em Curitiba. Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil e Processual Civil e da Pós-Graduação em Direito da UFPR.

Isso justifica a revisitação crítica do tema, especialmente no que se refere às suas dimensões teóricas, questionando, em primeiro lugar, se ainda há espaço para a inclusão da capacidade de ser parte na sua estruturação teórica.

Como se verá, há necessidade de uma nova configuração da capacidade processual, que permita florescer as novas tutelas específicas e a realizar, sem discriminações ou exclusões arbitrárias, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, Constituição), que garante a todos o acesso à justiça.

Para tanto, os quatro primeiros capítulos servem para apresentar a temática, seja lapidando os seus termos e conceitos, seja emoldurando as “capacidades” na teoria processual, sem deixar de dar uma rápida passagem pelo direito comparado, indispensável para fundamentar as novas propostas.

A contribuição original que se pretende dar com este ensaio está nos dois últimos capítulos, apresentado o porquê da urgente abolição da capacidade de ser parte como pressuposto processual e o reflexo disso na proposta de uma nova configuração teórica da capacidade processual, mais inclusiva e menos discriminatória.

As exigências do processo justo, como grande conquista civilizatória, reclamam, sempre, em primeiro lugar, a garantia do acesso à justiça, especialmente para os novos direitos individuais e sociais, pois, como já advertiram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.”¹

1 APURANDO A TERMINOLOGIA

Quando, em Direito Processual Civil, se utiliza o termo “capacidade”, geralmente se quer referir à “capacidade de ser parte”, à “capacidade para estar em juízo” ou à “capacidade postulatória”.²

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 11-12.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 2, p. 289.

Trata-se de um termo equívoco, porque também agrega sentido no plano do direito material, nem sempre coincidente³: a “capacidade jurídica ou de gozo” (art. 1º, Código Civil) e a “capacidade de fato ou de exercício” (arts. 3º e 4º, Código Civil).

Já o termo “capacidade processual” aparece, às vezes, como sinônimo de “capacidade para estar em juízo”,⁴ às vezes como gênero, abarcando todas as formas de capacidade no direito processual.⁵

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 abre o Livro III da sua Parte Geral com o capítulo sobre “capacidade processual” (arts. 70-76), proclamando, desde logo, que “Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo” (art. 70). Fora do título desse capítulo e do seu art. 76, que se refere à verificação da incapacidade processual, apenas o art. 313, I, do CPC, tratando das causas da suspensão do processo, faz menção expressa à capacidade processual (nesse caso, referindo-se à sua perda).

Tirante a localização topográfica da capacidade processual, o CPC 2015 nenhuma mudança terminológica operou em relação ao CPC 1973 (Capítulo I, do Título II do Livro I, arts. 13 e 265, I e § 1º). O CPC de 1939 era ainda mais econômico em relação à utilização do termo “capacidade processual” (Capítulo I, do Título VIII do Livro I, art. 84, § 1º).

A capacidade de ser parte também aparece nos textos doutrinários brasileiros como personalidade processual ou personalidade judiciária,⁶ certamente por inspiração do direito processual civil português, que legalmente contempla a categoria com essa denominação (arts. 11-14, CPC português).

2 REVISITANDO OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973, tomo I, p. 247-248, 266-268; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 23. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, v. 1, p. 427-430.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 245.

⁵ “O conceito de capacidade processual é um gênero que comporta três espécies: *capacidade de ser parte, capacidade para estar em juízo e capacidade postulatória*.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 2, p. 88).

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 88; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. cit.*, p. 425.

As “capacidades” derivam das imbricações entre os planos de direito material e de direito processual, às vezes se confundindo, às vezes se apartando, mas dificilmente perdendo algum ponto de contato.

A capacidade de ser parte, no plano processual, envolve-se com a capacidade jurídica, no plano material; a capacidade para estar em juízo (e, em certa medida, a capacidade postulatória), no plano processual, imbrica-se com a capacidade de fato, no plano material.

Mas não se tratam de relações recíprocas, como se um conceito se ajustasse ao outro e houvesse uma perfeita correspondência entre os planos material e processual.

A capacidade jurídica não se confunde com personalidade jurídica e se destina a medir a aptidão que cada sujeito tem para adquirir direitos e deveres no plano material.⁷ Isso significa que todo sujeito de direito tem capacidade jurídica, mas não com a mesma intensidade e volume, exatamente porque essa capacidade tem natureza quantitativa: quem tem mais direitos, tem mais capacidade jurídica. As pessoas naturais, em virtude de sua personalidade jurídica, representam a plenitude dessa capacidade, enquanto que os entes despersonalizados a exiguidade ou, sobre outro aspecto, a parcimônia.⁸

A capacidade de ser parte não é medida, como sua meia-irmã do plano material, mas simples regra de inclusão ou exclusão absoluta da subjetividade no plano processual: “não há alguém que tenha meia capacidade de ser parte; ou se tem ou não se tem personalidade judiciária.”⁹

Nas interações entre esses conceitos é difícil conceber que uma ordem jurídica racional possa outorgar um único direito material a um determinado ente ou ser, conferindo-lhe, com isso, uma capacidade jurídica mínima, e excluir a respectiva capacidade de ser parte, tornando impossível que o próprio sujeito promova a defesa em juízo daquele seu direito único.¹⁰

Por outro lado, o relacionamento é mais íntimo entre a capacidade de fato (ou de exercício), no plano material, com a capacidade para estar em juízo, no plano processual: o art.

⁷ EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 64; MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 3, p. 8-34, jul./set. 2000, p. 17-18 e 28-29.

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 20-21.

⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 426.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 28-29.

70 do CPC de 2015 é claro em estabelecer que “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”, da mesma forma como fazia o art. 7º do CPC de 1973.¹¹

Ambas estabelecem a possibilidade de um sujeito agir juridicamente por si só ou mediante representação ou assistência, seja no plano material (capacidade de fato), seja no plano processual (capacidade para estar em juízo).

Isso significa que, como regra, quem tem capacidade de fato, tem capacidade para estar em juízo.¹²

Por sua vez, a capacidade postulatória não tem um correspondente direto no plano do direito material, como as demais “capacidades” do plano processual. Ela, vista de perto, não deixa de ser um aspecto da capacidade para estar em juízo: não basta que a parte esteja adequadamente representada ou assistida (ou que não precise de representação ou de assistência) para que seus interesses sejam protegidos, é também necessário que suas postulações em juízo sejam feitas por alguém com capacidade técnica para postular. Geralmente, essa capacidade técnica é atribuída ao advogado¹³ (art. 103, CPC), por isso considerado indispensável à administração da justiça (art. 133, Constituição), mas, às vezes, o ordenamento jurídico pode atribuí-la à própria parte, como forma de facilitação do acesso à justiça, como o que ocorre nos Juizados Especiais,¹⁴ na Justiça do Trabalho e na impetração de *habeas corpus*.

Por fim, convém apartar as “capacidades” em relação às “legitimações”.

Enquanto as “capacidades” dizem respeito à possibilidade de ser sujeito do processo e nele estar, por si próprio ou por alguém que o represente ou assista, as “legitimações” *ad*

¹¹ É importante perceber que o art. 70 do CPC não trata de capacidade de ser parte, mas de capacidade para estar em juízo.

¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 428. No mesmo local, o autor aponta algumas situações excepcionais em que “o sujeito pode ser processualmente capaz e materialmente incapaz ou processualmente incapaz e materialmente capaz.” Do primeiro caso, cita as hipóteses de sujeitos aos quais deve ser nomeado *curador especial* (art. 72, II, CPC) e as restrições à capacidade de estar em juízo das pessoas casadas (art. 73, CPC). Do segundo caso, cita, dentre outras, a hipótese do cidadão-eleitor, com dezesseis anos de idade, que é relativamente incapaz, do ponto de vista material, mas plenamente capaz, do ponto de vista processual, para o ajuizamento da *ação popular*.

¹³ “Tem capacidade postulatória no processo civil o advogado, o defensor público e os membros do Ministério Público” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 89).

¹⁴ Sobre o *jus postulandi* nos Juizados Especiais e sua relação com o acesso à justiça, consultar, LAZZARI, João Batista. Os juizados especiais como instrumento de acesso à justiça e de obtenção de um processo justo. *Revista CEJ*, Brasília, ano XX, n. 70, p. 29-37, set./dez. 2016.

causam, tanto ativa, como passiva, são pontos de ligação com a subjacente relação jurídica de direito material afirmada.¹⁵ Sem olhar o objeto litigioso, não se pode aferir a legitimidade *ad causam*. Assim, em termos lógicos, para se avaliar a legitimidade ou ilegitimidade *ad causam* de uma parte, é necessário aferir, previamente, a sua capacidade de ser parte (caso a ordem jurídica assim imponha, como se verá) e a sua capacidade para estar em juízo.

3 MOLDURAS TEÓRICAS E FUNÇÕES DAS CAPACIDADES NO PROCESSO CIVIL

As “capacidades” no plano processual são categorizadas como pressupostos processuais¹⁶, portanto, como questões preliminares ao mérito: a “capacidade de ser parte”, como pressuposto processual de existência; a “capacidade para estar em juízo” e a “capacidade postulatória” como pressupostos processuais subjetivos de validade.¹⁷

As “capacidades” sempre se referem às partes, muito embora também sejam exigidas para os seus representantes legais e procuradores (art. 313, I, CPC) e terceiros intervenientes.¹⁸ No que se refere à capacidade para estar em juízo (art. 70 do CPC), é exigida apenas em relação às partes, representantes, procuradores ou terceiros que sejam pessoas naturais (ou, em uma perspectiva mais ampla e inclusiva, que sejam seres vivos em relação aos quais se busque estabelecer um grau mínimo de autonomia para participação efetiva no processo sob contraditório¹⁹). O art. 75 do CPC também trata de capacidade para estar em juízo, em rol não exaustivo, disciplinando hipóteses de representação (incisos V, VI, VII, IX e XI) e de

179

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Acheias para uma teoria das capacidades em direito, cit., p. 28.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 89.

¹⁷ Na famosa teoria de Bülow sobre os pressupostos processuais, são catalogados da seguinte maneira os pressupostos subjetivos: “a competência, capacidade e insuspeitabilidade do tribunal; a capacidade processual das partes (*persona legitima standi in judicio* [pessoa legítima para estar em juízo]) e a legitimação de seu representante” (BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005, p. 8-9, itálico e colchetes constam no original).

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 89.

¹⁹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula; GORDILHO, Heron José de Santana. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369442733>.

apresentação de pessoas jurídicas ou entes despersonalizados pelos seus órgãos indicados pela lei (incisos I, II, III, IV, VI, VIII e X).²⁰

A capacidade para estar em juízo e a capacidade postulatória visam a proteger o incapaz dos prejuízos que podem advir do defeito de representação (na capacidade para estar em juízo) ou do defeito de postulação (na capacidade postulatória), visando a garantir-lhe o direito fundamental ao processo justo.²¹ Mesmo as restrições da capacidade processual (ou de legitimidade *ad processum*) das pessoas casadas, preconizadas nos arts. 73 e 74 do CPC, têm função protetiva: protege-se o patrimônio imobiliário familiar.²²

Por essa função protetiva é que se justifica um mais rigoroso controle judicial dessas duas capacidades.²³ Segundo o art. 76 do CPC, verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. Oportunizadas todas as formas de suprimento da incapacidade processual, primando-se pelo julgamento do mérito, mas acaso ainda mantido o defeito, as consequências processuais serão as seguintes: (1) caso o processo esteja na instância originária: (a) o processo será extinto, se a regularização couber ao autor; (b) o réu será considerado revel, se a regularização lhe couber; (c) o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre (art. 76, § 1º, CPC). Não efetivada a regularização em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator: (a) não conhecerá do recurso, se a providência couber ao

180

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 428-430; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 318 *et seq.*

²¹ Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “O objetivo das normas que tratam da capacidade processual está em promover a proteção da esfera jurídica das partes no processo, assegurando a respectiva participação com grau mínimo de compreensão do seu significado e dos seus efeitos na esfera jurídica de todos os interessados. Daí que as normas que cuidam da capacidade processual concretizam de maneira especial o direito fundamental à paridade de armas no processo civil (*Waffengleichheit*, arts. 5º, I, da CF, 7º do CPC) e de maneira geral o direito fundamental ao processo justo.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 88).

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. Cit.*, p. 432.

²³ Exatamente porque a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulacional têm função protetiva do incapaz é que a regra não pode ser utilizada em seu desfavor. Nesse sentido, Fredie Didier Júnior argumenta que se deve “lembrar, conforme será dito no capítulo sobre invalidades do CPC, que veda a decretação de nulidade se não houver prejuízo. Assim, por exemplo, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 76, § 1º, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante (a incapacidade é uma forma de proteger o incapaz, lembre-se)” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. cit.*, p. 431).

recorrente; (b) determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2º, CPC).²⁴

A capacidade de ser parte não se apresenta com a mesma função protetiva do incapaz, como acontece com a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulacional. A capacidade de ser parte é simplesmente uma regra de exclusão absoluta da subjetividade no plano processual. Por isso, a maneira como um determinado ordenamento jurídico contempla a capacidade de ser parte influi na garantia de acesso à justiça pelo processo: negar capacidade de parte é negar o acesso à justiça.²⁵

Isso significa que a capacidade ser parte, concebida, tautologicamente, como a “capacidade, ativa ou passiva, de ser sujeito da relação jurídica processual”,²⁶ pelo seu caráter peremptório de inclusão ou exclusão de um ente ou ser, definida *a priori*, sem qualquer prospecção na relação jurídica substancial afirmada, deve, necessariamente, estar prevista no ordenamento jurídico.

A opção de se excluir a capacidade de ser parte de um determinado ente deve ser política, assumida democraticamente pela comunidade em que o ente se encontra, respeitando-se os limites impostos pelo Estado Constitucional, pois pode representar uma prática discriminatória negativa ou uma *capitis diminutio*, não se tratando de uma categoria lógica, pelo que não pode ter fonte exclusivamente doutrinária.

A capacidade de ser parte não é uma categoria lógica porque, caso suprimida dos esquemas teóricos dos pressupostos processuais (ou das leis que a contemplem), não fará a menor diferença: a proteção do incapaz continuará a ser feita pelas demais “capacidades” e a

²⁴ Houve sensível melhoramento pragmático ao se permitir o suprimento da incapacidade processual ou a correção da irregularidade de representação em qualquer fase processual, inclusive na fase recursal, conforme art. 76, § 2º do CPC 2015. Por essa razão, Rogéria Fagundes Dotti defende a revogação tácita da súmula 115 do STJ cujo enunciado é “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (Comentários ao art. 76 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 286).

²⁵ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. O Decreto 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, n. 129, p. 83-101, jan./fev. 2021, p. 86.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 243. Lendo-se as linhas tão bem escritas pelo mestre alagoano, nota-se que nenhuma referência normativa é feita quanto à capacidade de ser parte (nem no Brasil, nem na Alemanha, nem em outro ordenamento jurídico), aduzindo que se trata de “conceito anterior ao de capacidade processual”, ou seja, “é pressuposto pré-processual, porque concerne à pretensão à tutela jurídica” (cit., p. 243-244). Por isso, Marcos Bernardes de Mello afirma que “a capacidade de ser parte tem natureza de direito material, não processual” (cit., p. 27).

proteção contra a temeridade processual será feita pelas “legitimações”, ambas podendo ser aferidas exclusivamente pelas asserções da demanda, o que revela suas aptidões operacionais e pragmáticas.

Em outras palavras: havendo demanda, materializada por uma petição inicial protocolada em determinado juízo, apontando partes, causa de pedir e pedido, já existe processo.²⁷ O autor será o ente indicado no polo ativo da demanda. Defeitos na qualificação do autor (ou do réu) não podem mais ser obstáculo intransponível ao acesso à justiça, dado que a petição inicial não pode ser indeferida pela qualificação insuficiente das partes, se a obtenção das respectivas informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça (art. 319, § 3º, CPC).

Talvez existam defeitos que impeçam o prosseguimento do procedimento em direção ao julgamento do mérito, como defeito de representação ou de postulação ou, ainda, ilegitimidade ativa ou passiva. Esses defeitos podem ser corrigidos ou ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito. A função antitemeridade da capacidade de ser parte, portanto, pode ser muito bem desempenhada pela legitimidade *ad causam*, porém, com mais justiça, pois a exclusão não será operada in abstracto, mas mediante o cotejo com a relação jurídica de direito material, visando a bloquear as demandas temerárias.

Portanto, em termos operacionais, não se justifica a capacidade de ser parte como pressuposto processual de existência. Processo pode existir sem a aferição dessa capacidade: basta haver uma demanda posta, individualizando-se um autor. Nem mesmo em termos pragmáticos essa categoria se justifica, dado que outros pressupostos, mais justos e adequados, podem ser utilizados para abortar demandas suicidas.²⁸

Havendo demanda, apontando-se a existência de um direito material atribuído ao autor indicado, não é possível sonegar, *a priori*, o julgamento do mérito da causa, usando apenas, como fundamento para decidir, a incapacidade de ser parte: a apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça a direito é inafastável (art. 5º, XXXV, Constituição).²⁹

²⁷ TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32-40.

²⁸ “Na verdade, é muito difícil apontar ente que, em hipótese alguma, possa estar em juízo. Um exemplo possível seria o de uma ação proposta pelo departamento de vendas de uma empresa contra o departamento de compras.” (TESHEINER, José Maria. *Op. cit.*, p. 59).

²⁹ GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-41; NERY JÚNIOR, Nelson.

4 NOTAS SOBRE CAPACIDADE PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO

Para melhor avaliar o acerto das opções legislativas e doutrinárias sobre capacidade processual, vale a pena passar os olhos sobre a ordenação processual de alguns Países, elaborando-se uma breve conclusão ao final.

O ZPO³⁰ alemão trata tanto da capacidade de ser parte (§ 50), como da capacidade processual (capacidade para estar em juízo e representação processual, §§ 51-58) e da capacidade postulatória (§§ 78-90). Considera-se dotado de capacidade processual todo aquele que detenha capacidade material para contratar (§ 52), sendo a incapacidade suprida pelas formas estabelecidas pelo Código Civil (§ 51, 1.)

Sobre a capacidade de ser parte, a codificação alemã, ainda que genericamente, refere que “qualquer pessoa com capacidade jurídica tem capacidade de ser parte” (§ 50, 1.). Assim parece ótimo, dado que mesmo a capacidade jurídica mínima já habilita a ser parte processual, na defesa dos direitos atribuídos pela ordem jurídica.

Para garantir o acesso à justiça (primando-se pelo julgamento do mérito), o § 56, 2., do ZPO estabelece que “As partes ou seus representantes legais podem ser admitidos para a condução do processo, com a ressalva de sanear os defeitos, quando uma demora implique perigo para a parte. A sentença final pode ser pronunciada assim que se haja eliminado o vício no prazo estabelecido” (tradução nossa).

Por sua vez, o Código de Processo Civil português utiliza o termo personalidade judiciária para exprimir a capacidade de ser parte (arts. 11º-14º) e capacidade judiciária referir a capacidade para estar em juízo (arts. 15º-29º, incluindo as formas de representação processual). A capacidade postulatória é referida como patrocínio judiciário (arts. 40º-52º,

Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 130-141.

³⁰ O “ZPO” (*Zivilprozessordnung*) é o Código de Processo Civil alemão, de 1877, em vigor desde 1879, muito embora sujeito a reformas atualizantes. Sobre as reformas do ZPO (e sua influência na nova codificação brasileira), consultar, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do Processo Civil alemão. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 23, p. 23-39, 2003. Para uma versão em espanhol do ZPO, com estudos introdutórios, consultar, RAGONE, Álvaro J. Pérez; ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305227134_Codigo_Procesal_Civil_Aleman_Traduccion_al_espanol_con_Estudios_Introductorios. Acesso em: 1º abr. 2022.

incluindo disposições sobre mandato judicial). Merece destaque o tratamento dado à personalidade judiciária (capacidade de ser parte), conforme os arts. 11º e 12º, expressos com as seguintes redações:

Artigo 11.º (Conceito e medida da personalidade judiciária) 1 – A personalidade judiciária consiste na suscetibilidade de ser parte. 2 – Quem tiver personalidade jurídica tem igualmente personalidade judiciária.

Artigo 12.º (Extensão da personalidade judiciária) Têm ainda personalidade judiciária: a) A herança jacente e os patrimônios autônomos semelhantes cujo titular não estiver determinado; b) As associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais; c) As sociedades civis; d) As sociedades comerciais, até a data do registro definitivo do contrato pelo qual se constituem, nos termos do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais; e) O condomínio resultante da propriedade horizontal, relativamente às ações que se inserem no âmbito dos poderes do administrador; f) Os navios, nos casos previstos em legislação especial.

Quando o Código português define a personalidade judiciária como “suscetibilidade de ser parte” ele abre o conceito à doutrina e à jurisprudência. O conceito é aberto, mas tem dois limites pré-ordenados: quem tem personalidade jurídica, tem personalidade judiciária (art. 11º, 2); quem não tem pode ter, de forma garantida, se estiver contemplado na lista do art. 12º ou, de forma possível, a depender da largueza das concepções doutrinárias.

Quanto à capacidade judiciária, o art. 15º do CPC português estabelece que ela consiste “na suscetibilidade de estar, por si, em juízo” (art. 15º, 1.), tendo “por base e por medida a capacidade do exercício de direitos.” (art. 15º, 2.). O suprimento da incapacidade judiciária se dá por representação, pelas formas preconizadas pelo art. 16º e seguintes.

Interessante apontar que o Código português, imediatamente após a disciplina da capacidade processual, já ingressa na da legitimidade das partes, formulando conceitos que imbricam legitimação e interesse de agir, expressamente adotando a teoria da asserção para o controle da legitimidade das partes (30º, 3.):

Artigo 30.º (Conceito de legitimidade) 1 – O autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer. 2 – O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação e o interesse em contradizer pelo prejuízo que dessa procedência advenha. 3 – Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.

Também a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola contempla a capacidade de ser parte, mas utilizando a denominação mais usual no Brasil: *capacidad para ser parte*. Ao contrário de Portugal, a Espanha não estipula um conceito genérico dessa capacidade, preferindo listar os entes dotados de capacidade de ser parte, conforme seu art. 6º:

Artículo 6 (Capacidad de ser parte) 1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 1.º Las personas físicas. 2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables. 3.º Las personas jurídicas. 4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración. 5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte. 6.º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte. 7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandaren juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 8.º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse em personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.³¹

185

A lei processual espanhola tem uma clara disposição em estabelecer uma listagem fechada de capacitados para ser parte, mas abre o flanco para reconhecimentos externos, desde que efetivados por lei, como é o caso de das entidades sem personalidade jurídica (art. 6º, 1, 5º).

Na Espanha, a capacidade para estar em juízo é denominada *comparecencia em juicio*, definida em proporção à capacidade de exercício do plano material: “somente poderão comparecer em juízo aqueles que estejam em pleno exercício de seus direitos civis” (tradução

³¹ Artigo 6.º (Capacidade de parte) 1. Podem ser parte no processo perante os tribunais cíveis: 1. As pessoas físicas. 2. O nascituro, para todos os efeitos favoráveis. 3.º Pessoas jurídicas. 4.º As massas patrimoniais ou os patrimônios avulsos que temporariamente não tenham dono ou cujo dono tenha sido privado dos seus poderes de disposição e administração. 5.º Entidades sem personalidade jurídica às quais a lei reconhece capacidade para fazer parte. 6.º O Ministério Público, quanto aos processos em que, nos termos da lei, deva intervir como parte. 7.º Os grupos de consumidores ou usuários afetados por um evento nocivo quando os indivíduos que o compõem são determinados ou facilmente determináveis. Para demandar em juízo será necessário que o grupo seja constituído com a maioria dos afetados. 8.º Entidades autorizadas nos termos da regulamentação da Comunidade Europeia para o exercício de ações inibitórias em defesa dos interesses colectivos e difusos de consumidores e usuários. 2. Sem prejuízo da responsabilidade que, nos termos da lei, possa caber aos dirigentes ou aos participantes, poderão ser demandadas, em todo caso, entidades que, não tendo cumprido os requisitos legalmente estabelecidos para se tornarem pessoas jurídicas, são constituídas por uma pluralidade de elementos pessoais e patrimoniais colocados ao serviço de um fim determinado. (tradução nossa).

nossa, art. 7, 1.). O suprimimento da incapacidade de comparecer é realizado por representação, assistência ou por outros meios definidos pela própria lei (arts. 7-8).

Semelhantemente à codificação portuguesa, a espanhola também disciplina a legitimação *ad causam* na sequência à da capacidade processual (denotando a inexistência de separação sistemática dessas matérias), estabelecendo que “Serão consideradas partes legítimas aquelas que compareçam e atuem em juízo como titulares da relação jurídica ou do objetivo litigioso. Se excetuam os casos em que por lei se atribua legitimação a pessoa distinta do titular” (tradução nossa). Perceba-se, ao final, o reconhecimento excepcional da legitimação extraordinária, a qual somente pode ser autorizada por lei (disciplina menos elástica do que a brasileira, que permite essa autorização por outros meios contidos no ordenamento jurídico, conforme art. 18 do CPC).

Não se encontram disposições sobre capacidade de ser parte no Código de Processo Civil italiano (*Codice di Procedura Civile*), o qual, como o brasileiro, se limita a regular a *capacità processuale* (capacidade processual), no que tange à *capacità di stare in giudizio* (capacidade para estar em juízo, art. 75-81).

Mais econômico ainda é Código de Processo Civil francês (*Nouveau Code de Procedure Civile*), o qual se limita a estabelecer que a ausência da capacidade para estar em juízo (*capacité d’ester en justice*) implica em nulidade do ato por “irregularidade substancial” (*irrégularité de fond*, art. 117).

Na América do Sul, a Argentina federal, no seu *Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación* nada menciona sobre capacidade de ser parte, nem mesmo sobre capacidade processual, contendo, contudo, disposições sobre a representação processual (arts. 46-55).

Na mesma linha da codificação federal argentina, mas com características e terminologia derivada das leis espanholas, se apresenta o *Codigo de Procedimiento Civil* chileno, originalmente de 1903, embora reformado posteriormente. A partir do seu art. 4º, abre-se o título sobre *La comparecencia en juicio*, com redação conferida por lei de 1982. Também nada disciplina sobre capacidade de ser parte.

O art. 32 do *Código General del Proceso* uruguaio contempla disposições sobre *capacidad*, na esteira do art. 70 do CPC brasileiro atual, estabelecendo que “Pueden comparecer

por sí en el proceso, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer.”³² O CPC uruguaio nada menciona sobre capacidade de ser parte.

Por fim, vale uma pequena abordagem sobre o tema no direito norte-americano.

Nos Estados Unidos as questões sobre as capacidades e legitimações das partes envolvem a chamada doutrina do *standing*, que tem, como fonte primária, o artigo III, seção 2, da Constituição americana,³³ que define os limites da jurisdição.³⁴

Em síntese, o *standing* é definido como um conjunto de elementos para se estabelecer que alguém tem o direito de ver sua pretensão de direito material analisada pelos tribunais.³⁵ A partir desse norte, para se ter *standing*, é preciso preencher os seguintes requisitos: (1) *injury in-fact*: demonstração que o autor sofreu um dano ou poderá sofrer um dano iminente; (2) *cause in-fact*: nexo de causalidade entre o dano e a conduta do autor; (3) o dano é possível de ser reparado por uma conduta do acusado, evidenciando para isso uma decisão favorável para aquele caso nos tribunais federais dos Estados Unidos, ou seja, o dano deve ser concreto e individualizado; (4) *prudential standing*: estabelece quando um interesse pode ser considerado constitucionalmente cognoscível, assemelhando-se ao interesse de agir; pode-se exigir, também, que o autor reclame seus próprios direitos perante a corte, mas não interesses de terceiros, salvo exceções (tal qual a legitimação extraordinária); além disso exige-se que o autor

187

³² “Podem comparecer por si no processo, as pessoas que podem dispor dos direitos que nele se fazem valer” (tradução nossa).

³³ Artigo III, Seção 2. A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei. (tradução nossa).

³⁴ FRASCH, Pamela D.; HESSLER, Katherine M.; WAISMAN, Sonia S. *Animal Law in a nutshell*. 2. ed. St. Paul/MN: West Academic Publishing, 2016, p. 257-274.

³⁵ *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490. Decisão (*held*): Se as regras de *standing* são consideradas como aspectos do requisito constitucional pelos quais um requerente deve apresentar um ‘caso ou controvérsia’ no sentido do art. III, ou, além de tal requisito, como limitações prudenciais ao papel dos tribunais na resolução de litígios envolvendo ‘queixas generalizadas’ ou direitos ou interesses jurídicos de terceiros, nenhum dos petionários cumpriu o requisito. Para ter *standing* um queixoso deve alegar claramente os fatos que demonstrem que ele é uma parte adequada para invocar a resolução judicial da disputa e o exercício dos poderes de reparação do tribunal. (tradução nossa). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/490/>. Acesso em: 1º abr. 2022.

não faça alegações genéricas e reivindique seus direitos dentro da “zona de interesse” protegida pela legislação em questão.³⁶

Note-se que o conceito de *standing* mais se aproxima dos conceitos de legitimidade *ad causam* e de interesse de agir do direito brasileiro, pois se faz necessário consultar a relação jurídica de direito material controvertida.³⁷

O *standing* não trata, portanto, nem de capacidade de ser parte, nem de capacidade processual ou capacidade para estar em juízo, as quais, como pressupostos processuais subjetivos, são apreciados *a priori*, abstratamente, considerando apenas as qualidades do ente sob questão.

Por fim, registre-se que as *Federal Rules of Civil Procedure* (Código Federal de Processo Civil norte-americano), ao tratarem das partes, destinam dois artigos sobre interesse (*Rule 17, Real Party in Interest*) e capacidade para demandar ou ser demandado (*Rule 18, Capacity to Sue or Be Sued*), mas com as características do *standing* acima definidas.

De uma forma mais ou menos intensa, os Países ocidentais têm preocupações com regras sobre a capacidade processual, sobretudo com a capacidade para estar em juízo (abordando a temática da representação processual), dado o seu papel de proteção dos incapazes e, conseqüentemente, de garantia da paridade de armas e do justo processo.

O mais importante, como se verá no próximo capítulo, é perceber que, com exceção de Portugal e da Espanha (e, em menor medida, da Alemanha), os Países não contemplam a capacidade de ser parte como norma expressa dos respectivos ordenamentos jurídicos.

5 A NECESSÁRIA SUPRESSÃO DA CAPACIDADE DE SER PARTE COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL

A capacidade de ser parte deve ser analisada mais seriamente nos esquemas teóricos brasileiros sobre pressupostos processuais.

³⁶ FRASCH, Pamela D.; HESSLER, Katherine M.; WAISMAN, Sonia S. *Animal Law in a nutshell*, cit., p. 258-262.

³⁷ “Para o Direito Constitucional dos Estados Unidos, *standing* é a legitimação dada a uma específica pessoa de ir a juízo defender seus interesses. Para a Suprema Corte Estadunidense, seria a possibilidade de um litigante obter uma decisão de mérito em disputas judiciais” (SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual*. Salvador: Evolução, 2012, p. 155).

Não é mais possível continuar a incluir, acriticamente, essa categoria, como pressuposto processual, especialmente no Brasil, que não tem nenhuma regra expressa a esse respeito. Essa naturalização da capacidade de ser parte como pressuposto processual de existência é perigosa, dado o seu potencial lesivo à garantia do acesso à justiça. Não se pode, simplesmente, repetir essa categoria nos manuais de teoria do processo, sem uma apreciação crítica mais adequada.

Parece que a doutrina não tem dado maior importância à crítica da capacidade de ser parte em função da sua parca manifestação empírica, como um “falso-problema”, apenas para resolver os casos de demanda formulada por ou em face de pessoa já falecida.³⁸

Mas a recentíssima judicialização do Direito Animal deverá acordar a processualística para o problema: animais não-humanos, afirmados como sujeitos de determinados direitos materiais, fundados no ordenamento jurídico brasileiro,³⁹ estão tendo seu acesso à justiça bloqueado, sob a justificativa de que animais não têm capacidade de ser parte.⁴⁰

No entanto, aumentando o grau da lente crítica, pode-se perceber, com mais acuidade, que, ao menos no Brasil, a capacidade de ser parte não integra (ou não deve integrar) a lista dos pressupostos processuais e, por essa razão, não deve ser aplicada como fundamento para a exclusão processual *a priori* de sujeitos de direitos (como no caso dos animais não-humanos).⁴¹

189

³⁸ Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119-120.

³⁹ Para um panorama sobre a judicialização do Direito Animal no Brasil e para um quadro com as principais demandas propostas com animais como autores de demandas judiciais, afirmando-se, por seus representantes, como dotados de capacidade de ser parte, consultar, ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 46, v. 313, p. 95-128, mar. 2021.

⁴⁰ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no final de 2020, apesar de reconhecer que os animais são sujeitos de direitos, negou a capacidade de ser parte a um cão demandante de indenização por maus-tratos sofridos, impedindo o seu acesso individual à justiça. Confira-se a ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA DE CACHORRO DE ESTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE DE SER PARTE. GRATUIDADE JUDICIÁRIA AOS AUTORES HUMANOS. NECESSIDADE EVIDENCIADA. 1. Ainda que a legislação constitucional e infraconstitucional inclusive a estadual, garanta aos animais uma existência digna, sem crueldade, maus tratos e abandono no caso dos de estimação, ela não lhes confere a condição de pessoa ou personalidade judiciária. O novo CPC apenas reconhece a capacidade de ser parte às pessoas e entes despersonalizados que elenca em seus arts. 70 e 75, não incluindo em qualquer deles os animais. Assim, ainda que sujeito de direitos, o cão Boss não possui capacidade de ser parte, devendo ser mantida a sua exclusão do polo ativo da lide. 2. [...]. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TJRS, 9ª Câmara Cível, AI 5041295-24.2020.8.21.7000/RS, Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, j. 7 dez. 2020).

⁴¹ Vale a pena consignar que foi recentemente protocolado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) 145/2021, de autoria do Deputado Federal Eduardo Costa (PTB/PA), visando a disciplinar a capacidade de ser parte dos animais não-humanos em processos judiciais e incluir o inciso XII ao art. 75 no Código de Processo Civil, para determinar quem poderá representar animais em juízo. Para mais informações, consultar artigo disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-15/vicente-ataide-junior-capacidade-parte-animais>. Acesso em: 1º abr. 2022.

Três razões, no mínimo, conduzem a essa conclusão:

1º) a capacidade de ser parte não tem fundamento normativo no Brasil: essa categoria não tem fundamento normativo no ordenamento jurídico brasileiro. O novíssimo CPC de 2015 não a prevê, nem faz a ela qualquer remissão, da mesma forma que o CPC de 1973 e o CPC de 1939. Todas as codificações processuais civis nacionais, a vigente e as revogadas, apenas se referem à capacidade processual, como sinônimo de capacidade para estar em juízo.

O único período da história republicana brasileira que a contemplou, legislativamente, foi o anterior à unificação do direito processual (antes, portanto, de 1939), no qual coabitaram o Código de Processo Civil federal (cf. Decreto 848/1890 e Parte III do Decreto 3.084/1898) e os Códigos de Processo Civil estaduais.⁴²

O antigo CPC federal, ainda preso à tradição inaugurada pelo anterior Regulamento 737/1850, estendido ao processo civil pelo Decreto 763/1890,⁴³ nada dizia sobre a capacidade de ser parte. Em seu art. 1º, estabelecida que “podem acionar ou ser acionados todos os que não são proibidos”, com isso se referindo à capacidade para estar em juízo, pois nos seus artigos seguintes passava a arrolar quem são os proibidos de acionar ou de ser acionado, fazendo referências expressas à incapacidade absoluta (art. 2º) e à incapacidade relativa (art. 3º).

Dentre os Códigos de Processo Civil estaduais, o destaque ficou por conta do Código de Processo da Bahia (Lei 1.121, de 15 de agosto de 1915), cujo anteprojeto foi elaborado pelo grande Eduardo Espínola, nitidamente inspirado pelo ZPO alemão (o qual também influenciou as famosas codificações processuais da Áustria – 1895 e da Hungria – 1910).⁴⁴ Esse Código abre-se com dois artigos para extremar a capacidade de ser parte da capacidade para estar em juízo, no capítulo que trata da capacidade para estar em juízo. O art. 1º, com a redação similar ao § 50.1. do ZPO, afirma que “podem ser partes todos aqueles a quem a lei civil atribui

⁴² Para uma listagem de códigos de processo civil estaduais, consultar, SZYMANOWSKI, Cristiano José Lemos. Aspectos históricos e estruturais do processo civil brasileiro: um estudo sobre a unidade processual. *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 146-163, jul./dez. 2011, disponível em: <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/58/46>. Acesso em: 1º abr. 2022; sobre o tema, também é interessante se inteirar sobre a polêmica acerca da precedência histórica dos códigos estaduais, consultando, LIMA, Alcides Mendonça. *A primazia do Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul*, disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281013675.pdf. Acesso em: 1º abr. 2022.

⁴³ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 100-109, out./dez. 1989.

⁴⁴ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, *passim*.

capacidade jurídica.”⁴⁵ O art. 2º, por sua vez, estabelece que “podem diretamente acionar e ser acionados todos aqueles que têm capacidade de exercer os seus direitos civis.”

Outros códigos estaduais inspiraram-se na precursora codificação baiana⁴⁶, mas sem adotar a definição de capacidade de ser parte. O Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal (Decreto, 16.752/1924), por exemplo, quanto às “capacidades”, seguiu a linha do código baiano, mas sem reproduzir o artigo sobre capacidade de ser parte. Esse Código incluiu, no seu art. 5º, o artigo sobre capacidade para estar em juízo, com pequenas modificações em relação ao original baiano: “Podem estar em juízo, pessoalmente, ou por mandatário, os que tiverem capacidade legal para o exercício dos direitos civis.” De forma semelhante, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Paraná (Lei 1.915/1920) também é inaugurado com o capítulo sobre a capacidade para estar em juízo, mas sem nada prever sobre capacidade de ser parte.

O Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei 2.421/1930), também referenciado como um dos melhores da época, nada consignou sobre capacidade de ser parte e nem mesmo trouxe qualquer definição sobre capacidade para estar em juízo, limitando-se a apontar os casos de representação ou assistência (arts. 50-53).

Assim, tirante essa breve passagem da capacidade de ser parte pela legislação processual estadual brasileira – mais especificamente no Código da Bahia –, no início do século XX, por inspiração da codificação germânica, essa categoria não mais apareceu, nem mais teve substrato normativo.

Os Códigos de Processo Civil nacionais – 1939, 1973 e 2015 – seguem, como visto, a tendência global de não elencar a capacidade de ser parte como excludente da subjetividade processual. Dentre os Países pesquisados, além da Alemanha (com conceituação mais singela), apenas Portugal e Espanha a mencionam expressamente, listando, de forma exaustiva ou exemplificativa, os entes dotados dessa capacidade e habilitados a estarem no processo como partes.

Isso significa que, no Brasil, a adoção e aplicação atual dessa categoria tem fonte exclusivamente doutrinária.

⁴⁵ O § 50.1. do ZPO, como já mencionado, em tradução nossa, estabelece que “qualquer pessoa com capacidade jurídica tem capacidade de ser parte”.

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 56, 1989, *cit.*, *passim*.

Quer parecer que a influência da codificação alemã do século XIX não foi esquecida, mesmo em relação às categorias que não foram contempladas no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no CPC de 1939, que unificou o direito processual civil no Brasil.

O mais provável é que os grandes juristas da primeira metade do século XX, que liam em alemão e puderam importar grande parte dos conceitos do direito alemão, como Eduardo Espínola, Lopes da Costa e, sobretudo, Pontes de Miranda,⁴⁷ mantiveram acesos, por muito tempo, tais conceitos.

Precisamente sobre a capacidade de ser parte, que deixa de existir, definitivamente, no Brasil, com a unificação do direito processual, em 1939, seu conceito, importado do direito alemão, permanece vibrante na obra de Pontes de Miranda, sem que o direito brasileiro possuisse base normativa para manter a importação.⁴⁸ Parece, com todas as vênias, uma importação conceitual indevida, dado que o direito processual civil alemão continua com a previsão expressa da exigência no § 50 do ZPO, algo que não ocorre no direito brasileiro.

A legitimidade da adoção dessa categoria, diante do seu caráter excludente e impeditivo do acesso à justiça, não pode ser exclusivamente teórica, sem respaldo normativo no ordenamento jurídico. Não se trata de uma categoria lógica, que derive da teoria do processo e que prescindir de fundamento normativo. Muito cuidado ela exige, dada a possibilidade de ser utilizada para criar, fomentar ou implementar práticas discriminatórias, reduzindo o alcance de conquistas democráticas no plano material: de nada adianta obter o reconhecimento de um direito, se houver a sonegação da respectiva tutela.

Como salienta Sérgio Cruz Arenhart, o direito processual estatal somente pode ser “realmente efetivo se dispuser de mecanismos de tutela adequados à realidade do direito material, às particularidades dos sujeitos envolvidos no conflito e prontos a oferecer exatamente o que o direito subjetivo proclama ao seu titular.”⁴⁹

Há a possibilidade, no entanto, de apontar na Constituição Federal a fonte normativa para a capacidade de ser parte: ela estaria embutida no art. 5º, XXXV, do texto constitucional,

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil, cit., *passim*.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. XXXIII-XXXVIII, 243 *et. seq.*

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁵⁰

Essa hipótese não deixa de ser atraente, do ponto de vista o acesso à justiça, pois quem afirma lesão ou ameaça a direito tem capacidade de ser parte. Em outras palavras, a quem se afirmar sujeito de direitos lesados ou ameaçados não poderá ser sonegada a capacidade de ser parte.

Dessa forma, anota Marcos Bernardes de Mello, a capacidade de ser parte é ilimitada, “independentemente mesmo de nacionalidade, e nem a lei lhe pode impor qualquer limitação, sob pena de inconstitucionalidade no direito brasileiro, em face da norma contida no art. 5º, XXXV da Carta Magna de 1988.”⁵¹

Não obstante essa saída, fica claro que a capacidade de ser parte, como pressuposto processual, é absolutamente desnecessária e inútil, diante das já conhecidas repercussões do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional,⁵² do direito fundamental de ação⁵³ e da garantia constitucional de acesso à justiça.

Se esse for o assento normativo da capacidade de ser parte no Brasil, tornando-a “ilimitada”, de forma que “nem a lei lhe pode impor qualquer limitação”, não há mesmo justificativa para mantê-la nos esquemas teóricos dos processualistas, pois se trata de um requinte retórico desnecessário diante das demais construções realizadas a partir do referido inciso constitucional.

No Brasil, portanto, a capacidade de ser parte não tem amparo legal, não consta do Código de Processo Civil e um hipotético fundamento constitucional não encontra razão prática, pelo que não se justifica manter a sua inclusão doutrinária como pressuposto processual.

2º) a capacidade de ser parte não tem função protetiva do incapaz: como visto, a capacidade de ser parte não funciona da mesma forma que a capacidade para estar em juízo e a

⁵⁰ Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., p. 426; MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*, cit., p. 27.

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 27.

⁵² GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cit., p. 23-29; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 130-168.

⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. cit.*, p. 389; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 238-247.

capacidade postulatória. Ela não tem a função protetiva das demais capacidades. Serve apenas para excluir do processo, afastar a jurisdição, sonegar justiça e, em certo sentido, discriminar.

Isso quer dizer que essa categoria não tem compromisso com a implementação do processo justo, pois não serve como forma de proteger o incapaz e garantir a paridade de armas (art. 7º, CPC). Nem mesmo para a proteção da esfera jurídica do réu essa categoria se justifica, pois a tutela contra a temeridade e contra o abuso do direito de demandar pode ser efetivada por outros mecanismos, inclusive pela aferição da legitimidade ativa *ad causam*.

3º) a capacidade de ser parte não tem fundamento pragmático: desaparecendo a capacidade de ser parte dos esquemas teóricos dos juristas, no que perderá o sistema processual? Absolutamente nada. Em primeiro lugar, porque a proteção dos incapazes será feita pelas demais “capacidades”. Em segundo lugar, porque o controle de demandas temerárias ou suicidas poderão continuar a ser realizadas pela aferição da legitimidade *ad causam*, do interesse de agir ou pela utilização de outros instrumentos processuais expressamente previstos.

Assim, por exemplo, uma demanda proposta por alguém que, ao tempo do protocolo da petição inicial, já havia morrido, dá origem ao processo, porque há demanda posta, com a indicação de um autor e perante um juízo. Evidentemente, morto o autor, ele deixa de figurar no polo ativo da relação jurídica de direito material, pelo que se revela sua ilegitimidade ativa, resolvida, se o direito for transmissível, pela sucessão da parte autora, nos termos do art. 110 do CPC, com a habilitação dos sucessores, na forma dos arts. 687-692 do mesmo estatuto. O espólio do autor é a parte nova, tanto no plano material, como no plano processual, com legitimidade para a causa.⁵⁴ Se o direito não for transmissível, a ilegitimidade ativa resolver-se-á pela extinção do processo, sem resolução do mérito, pela hipótese do art. 485, I, do CPC, caso haja o indeferimento da petição inicial (art. 330, II, CPC), ou pela do art. 485, IX, dado que ninguém poderá suceder o morto, seja no direito, seja no processo.

Não há necessidade de se recorrer à incapacidade de ser parte do morto para resolver o conflito que surge com a constatação da morte. O CPC é repleto de dispositivos para atender à situação, não sendo preciso recorrer a uma categoria não contemplada pelo ordenamento jurídico para uma solução satisfatória.

⁵⁴ Cumpre lembrar que o art. 12 do Código Civil estabelece que “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá *legitimação para requerer a medida prevista neste artigo* o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau” (grifos nossos).

Mas, pense-se na hipótese esdrúxula de um objeto qualquer figurar como autor de uma demanda. Uma mesa ou um aparelho celular, por exemplo. Evidentemente, houve um advogado a realizar a postulação em juízo. Nega-se que processo existe? Não. Existe processo porque há demanda posta. No entanto, em qualquer averiguação que se faça, não se encontrará, no ordenamento jurídico brasileiro, um direito sequer atribuído a uma mesa ou a um aparelho celular. Isso quer dizer, em primeiro lugar, que a mesa ou o celular não ocupam o polo ativo de qualquer relação jurídica de direito material, não sendo parte legitimada para litigar. Com outro ponto de vista, falece interesse de agir na demanda posta, porque nenhum provimento jurisdicional útil poderá favorecer a mesa/autora ou o celular/autor. Mais uma vez, nem mesmo essa hipótese absurda precisa ser tratada à luz da capacidade de ser parte, sendo resolvida pelos meios colocados à disposição pelo ordenamento jurídico vigente.

O fundamental é consultar o ordenamento jurídico para verificar se o autor, apontado na petição inicial, tem a possibilidade de figurar como sujeito ativo da relação jurídica de direito material afirmada. Se tem, é parte processual com legitimidade para agir. Se não tem, é parte, mas sem a necessária legitimação (e por vezes interesse) para receber uma decisão de mérito, de forma que o processo deve ser abortado.

Seja por qual razão for, a capacidade de ser parte não tem motivo para continuar a ser adotada no Brasil. Não tem fundamento normativo, não tem função protetiva do incapaz e não se justifica pragmaticamente.

Com isso, uma nova configuração teórica da capacidade processual, mais aderente ao ordenamento jurídico-processual, precisa ser adotada.

6 PROPOSTA DE UMA CONFIGURAÇÃO TEÓRICA MAIS INCLUSIVA DA CAPACIDADE PROCESSUAL

No Brasil, considerando que a capacidade de ser parte não ostenta fundamento normativo, não tem função protetiva do incapaz (e, portanto, não integra a garantia do justo processo), nem se justifica pragmaticamente, deve ser prontamente excluída da classificação teórica dos pressupostos processuais.

Com a exclusão da capacidade de ser parte, os pressupostos processuais de existência limitam-se a esses: investidura (juiz investido na jurisdição), autor (individualizado na petição inicial) e demanda posta (petição inicial protocolada perante órgão judiciário).

No que se refere aos pressupostos processuais subjetivos de validade em relação às partes, além da legitimação *ad causam* (pressupondo-se que o novo CPC não mais contemple as condições da ação), abre-se o gênero capacidade processual, contemplando duas espécies: a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulatória.

A capacidade processual deixa se exibir uma tríplice configuração e passa a ser composta de apenas duas espécies. Note-se que, dessa forma, eliminam-se as sobreposições terminológicas, clareando a exposição teórica, com nítido respaldo normativo:

$$\text{CAPACIDADE PROCESSUAL} = \text{CAPACIDADE PARA ESTAR EM JUÍZO} + \text{CAPACIDADE POSTULATÓRIA}$$

196

A capacidade processual é um pressuposto processual subjetivo de proteção das partes, necessária ao processo justo pela garantia da paridade de armas. Não há nenhuma nocividade no seu conteúdo, porque não é meio de exclusão de subjetividades ou limitador do acesso à justiça. Essa configuração torna a teoria mais leve e pragmática, menos obscura e ociosa, com a vantagem de ser aderente ao ordenamento jurídico.

Normativamente, a capacidade para estar em juízo está nos arts. 70 a 76 do CPC; a capacidade postulatória, nos arts. 103-107: juntas, formam a capacidade processual, como pressuposto processual subjetivo de validade.

7 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

A perpetuidade da tríplice configuração da capacidade processual – incluindo a capacidade de ser parte – deve ser imediatamente abandonada pela doutrina processual brasileira, adotando-se a dupla configuração: capacidade para estar em juízo + capacidade postulatória.

Esse novo esquema teórico propiciará uma jurisprudência menos defensiva em relação aos novos direitos, aos novos sujeitos e às novas tutelas jurisdicionais específicas, primando pelo enfrentamento do mérito e pela realização da promessa constitucional de acesso à justiça a todos, independentemente de raça, sexo, espécie ou qualquer outra discriminação negativa.

A exclusão de subjetividades processuais, por incapacidade de ser parte, não se limita mais aos casos de humanos mortos: novos sujeitos de direitos estão sendo excluídos, discriminados e impedidos de acessarem a Justiça por direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao fundamento de incapacidade de ser parte.

Há responsabilidade da doutrina processual pelos conceitos que defende. As categorias teóricas não podem ser empecilhos à realização de direitos materiais, especialmente se não encontram amparo normativo, não tem compromisso com a proteção dos vulneráveis, nem ligações com a realização do processo justo.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 46, v. 313, p. 95-128, mar. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O Decreto 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, n. 129, p. 83-101, jan./fev. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; GORDILHO, Heron José de Santana. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369442733>.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 100-109, out./dez. 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do Processo Civil alemão. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 23, p. 23-39, 2003.

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 23. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, v. 1.

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

DOTTI, Rogéria Fagundes. Comentários ao art. 76 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

FRASCH, Pamela D.; HESSLER, Katherine M.; WAISMAN, Sonia S. *Animal Law in a nutshell*. 2. ed. St. Paul/MN: West Academic Publishing, 2016.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LAZZARI, João Batista. Os juizados especiais como instrumento de acesso à justiça e de obtenção de um processo justo. *Revista CEJ*, Brasília, ano XX, n. 70, p. 29-37, set./dez. 2016.

LIMA, Alcides Mendonça. *A primazia do Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul*, disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281013675.pdf. Acesso em: 5 fev. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 2.

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 3, p. 8-34, jul./set. 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

199

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973, tomo I.

RAGONE, Álvaro J. Pérez; ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Uruguay, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305227134_Codigo_Procesal_Civil_Aleman_Traduccion_al_espanol_con_Estudios_Introductorios. Acesso em: 15 jan. 2021.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo*: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. Salvador: Evolução, 2012.

SZYMANOWSKI, Cristiano José Lemos. Aspectos históricos e estruturais do processo civil brasileiro: um estudo sobre a unidade processual. *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 146-163, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/58/46>. Acesso em: 1 fev. 2021.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Submissão: 01/04/2022

Aceito para Publicação: 13/12/2022

DOI: 10.22456/2317-8558.123438