

II - DOCTRINA

A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E O ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

CACIQUE DE NEW YORK(*)

(Palestra proferida no "LVII SEMINÁRIO NACIONAL DOS ADVOGADOS DO BANCO DO BRASIL")

Sensibilizado, agradeço o honroso convite e a oportunidade de participar deste evento, permitindo-me o salutar convívio com advogados desta secular Instituição bancária, homens estudiosos e pertinazes que grangearam o respeito, pela atuação presente e pelo passado, quando militaram figuras inesquecíveis, como Cláudio Pacheco e Ofélio Leitão, inteligências merecedoras de minha reverência.

2. A singular distinção impõe-me o dever de desestimular expectativas sobre a minha participação. Não sou conferencista, como a generosidade dos promotores deste encontro procurou galardoar-me. Trago, como contribuição, tão somente reflexões que me atormentaram como advogado e hoje ainda me atormentam, como julgador.

3. Refiro-me à perpétua mutação do Direito, o constante devenir que me faz lembrar, parafraseando Hegel, o manto de Penélope desfeito à noite, para recomeçar, desde o início, no dia seguinte. E a discussão dos temas jurídicos é a raiz dessas transformações, de tanta influência para o desenvolvimento social e humano.

4. Impiedoso e injusto, nesse particular, foi Erasmo de Roterdã quando atribui aos juristas um trabalho inútil de Sísifo, acumulando glosa sobre glosa, sem qualquer importância. No entanto, deve-se a esse trabalho contínuo de transformação, de plasmarem-se as regras adaptando-as às novas necessidades emergentes, a elevação do homem das profundezas da caverna às culminâncias da civilização. Mais esforços foram precisos para formular a idéia de que o homem é livre para saber que a Terra se move em torno do sol, ensina Jhering.

5. Dentro desse contexto dialético é que escolhi o tema da substituição processual, para demonstrar o embate, no Direito, entre

o arcaico e o moderno, a luta entre a preservação do passado, símbolo da segurança, e as exigências do presente, ansiando por Justiça. Enfim, segurança e Justiça são irmãos siameses que a História reservou o infausto destino de pugnarem entre si, eternamente.

6. Desde a promulgação da Constituição de 1.988, a matéria atinente à substituição processual, que sempre galvanizou a atenção dos processualistas, tomou novo encanto, em face da regra contida no artigo 8º, inciso III, da Magna Carta.

7. Ali, sem ambages, é imposto ao sindicato a promoção de defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

8. A regra mereceu entusiásticos encômios e também críticas implacáveis. Aplaudiram a inovação constitucional porque esta viria a dissipar litigiosidade contida no âmbito dos conflitos trabalhistas, sabido que empregado nunca se arrisca em demanda enquanto perdura o liame empregatício.

9. As questões trazidas pelo texto constitucional são diversas e inspiradoras de inúmeros artigos, debates e conferências. Resumem-se doutrinariamente nas interpretações que emprestam à norma, ora impondo limitações, assimilando-a à substituição processual, ora, entendendo-a, sem peias, dentro de nova ótica teórica, despojadas de preocupações individualistas.

10. Pelejando em um desses lados, enumeram-se juristas de coturno, como Celso Neves, José Fonseca Martins Júnior, Ophir Cavalcante Júnior, Clemente Salomão de Oliveira Filho, Wagner D. Giglio, Amauri Mascaro Nascimento, Antônio Lamarca, Arion Sayão Romita.

11. Especial destaque para o pensamento de Wagner D. Giglio que, em dois trabalhos, com profunda intuição e honestidade intelectual, demonstra a evolução de concepção doutrinária, sufragando no primeiro estudo às teses tradicionais e no segundo, arrepiando caminho, toma retificação doutrinária, da mais alta importância em que, com grandeza, repele o jurista as teses que abraçou e aponta o rumo para onde devem ser orientadas as investigações futuras, alforriando o tema do cativo da substituição processual.

12. Todos esses autores são, entretanto, fonte obrigatória de consulta quanto ao nosso tema, porque, aqui e ali se garimpam preciosidades que haverão de adornar estudos futuros. Pecam alguns deles, com a devida **venia**, em aferrarem-se a moldes antigos que não mais se prestam para conter a nova realidade emergente. Outros caminhos devem ser palmilhados.

II. O Direito Romano

13. É atribuído a Köhler e Chiovenda as pesquisas modernas sobre a substituição processual. O fenômeno, contudo, tem origem mais remota, pois, como admite Savigny, não há direito atual que não seja fruto de semente passada.

14. Nas ações da lei, compilação de procedimentos mais recuados, a regra era proibir-se o **agere in nomine alieno** e isso decorria da própria estrutura procedimental, impregnada de rituais e juramentos que exigiam no seu desempenho a efetiva participação dos litigantes.

15. A regra, contudo, admitia exceções, quando se tratava de ação **pro populo** (em defesa do interesse público); **pro libertate** (em defesa da liberdade de alguém), **pro tutela** (em defesa do pupilo). Havia, ainda, as ações **ex lex Hostilia**, destinadas à defesa das vítimas de furto que se encontrassem ausentes, por captura na guerra ou a serviço público.

16. Também na **actio per manus injectionem**, havia a intervenção do **vindex**. E, segundo, Paul Giffard, embora existam dúvidas, no seu entendimento, o devedor executado era, substituído pelo **vindex**, definitivamente liberado e colocado fora de ação.

17. No processo formulário, nascido como reação às **legis actiones**, desprendido dos rituais, procrastinações e injustiças, houve maior liberação para o exercício do direito de ação em nome de outrem. Especificamente, havia as ações com transposição do sujeito em que, como na substituição processual, a condenação se dava, não em favor do autor mas de terceiros. Também nessa etapa processual surgiu a figura do “cognitor” que substituiu na lide um dos litigantes e, se fosse o demandante, passava a ser o **dominus litis**.

18. Os romanos desconheciam a representação e a

actio iudicati era conhecida em favor de quem litigava por outrem. Não tinham o refinamento escolástico para a distinção entre a titularidade do direito e o seu exercício, de sorte que, pragmáticos, mesmo nas ações populares eram estas concedidas como direito próprio, como assinalou Jhering, na monumental obra “O Espírito do Direito Romano”.

19. Infelizmente, a lição que ali se assenta não teve guarida hodierna. E o requinte doutrinário atual consagra a figura da substituição, objeto do nosso exame.

III. A Legitimidade Para A Causa

20. A compreensão do fenômeno da substituição processual exige sumariarem-se alguns conceitos propedêuticos que definem a sua posição topológica. A ciência processual moderna assentou como condição para ação, na concepção, lieomaniana, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e, finalmente, o que interessa mais ao tema, a legitimidade para a causa.

21. São conceitos sem fronteiras demarcadas e, por isso mesmo, submetidos a infundáveis debates, evitados, aqui, para não me dispersar. Importa, contudo, para dilucidar a matéria, ter uma visão meteórica da **legitimatio ad causam**, gênero do qual, na doutrina reinante, é espécie a substituição processual.

22. Uma definição apurada sobre a legitimidade **ad causam** não é facilmente encontrável. Donald Armelin, depois de opulento e exaustivo trabalho, afirma que a legitimidade emerge de uma situação legitimante, ou seja a titularidade de um direito, o que trai, de imediato, pecado lógico, facilmente discernível.

23. Atento ao apotegma quanto ao perigo das definições, não ouse defini-la. Trago ao tema, contudo, alguns apontamentos. Em primeira abordagem, tem-se como inelutável, a conclusão de que a legitimidade nasce da lei, como esclarece, com propriedade, Hélio Tornaghi:

“A legitimidade é a titularidade do direito de ação. Parte legítima é aquele a quem **A LEI CONFERE O DIREITO DE IR A JUÍZO PEDIR DETERMINADA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**. O di-

reito de ir a juízo existe sempre com abstração de qualquer exigência concreta. Mas, o exercício do direito, em cada caso, **SOMENTE É DEFERIDO ÀQUELE AO QUAL A LEI CONSIDERA PARTE LEGÍTIMA.**”

24. A lei às vezes defere esse direito aos que se julgam titulares da relação material controvertida; outras vezes, não. No primeiro caso, há legitimidade ordinária; no segundo, legitimidade extraordinária. E nessa última se coloca a substituição processual.

25. A separação proposta, contudo, tem efeito meramente didático, porque, ontologicamente, nascida a legitimidade, em todos os casos da lei, a dicotomia deixa de ter sentido e o artigo 6º do Código de Processo Civil não passa de truísmo ou pleonasma jurídico.

26. Demais disso, mesmo reconhecendo a existência do fenômeno - ou seja a incoincidência entre partes e a titularidade na relação de direito material, não se pode privilegiar essa circunstância elevando-a à condição de instituto jurídico, porque também se teriam de criar outras categorias, quando a **legitimatio ad causam** é outorgada a pessoas interessadas sem participação na relação de direito material, como ocorre na legitimação autorizada pelo artigo 146 do Código Civil, ou ainda, quando a legitimidade se afirma, exatamente, na inexistência de qualquer relação de direito material, como se verifica na ação declaratória negativa. E outras vezes, o titular da relação de direito material não se legitima como parte, porque impedido de apresentar o seu conflito em juízo, como se constata dos artigos 104 e 1.477 do Código Civil.

27. No próprio Direito do Trabalho há, também, a incoincidência entre a relação de direito material e partes processuais, como na sucessão trabalhista ou na solidariedade prevista no artigo 2º, § 2º da CLT.

28. Tudo isso vem a demonstrar a procedência da crítica de Salvatore Satta, negando importância à substituição processual, também assinalada, por outro modo, em Pontes de Miranda:

“Desde que passamos à concepção da relação jurídica processual como publicista, perdeu a significação, que poderia ter, de “anormalidade” a não-

coincidência entre os dois sujeitos; por outro lado, a distinção entre a pretensão à tutela jurídica e a pretensão de direito material ainda mais viva põe a irrelevância da especialidade (*In* Comentário, Tomo I, pag. 241)''.

29. E se a ação, como diz Chiovenda "não tem nada a ver com o direito subjetivo, não é parte sua, nem função sua, não é potência sua, nem direito que surge necessariamente da violação de um direito", a substituição processual, nesse contexto, firmando-se no direito material para sobreviver como instituto, outra coisa não faz do que remoçar a antiga concepção privatística da ação.

IV. A Substituição Processual

30. A substituição processual, como exercício da ação em nome próprio em defesa de direito alheio não tem futuro diante da realidade. A lei quando legitima alguém como parte nunca o faz arbitrariamente porque leva em conta motivos lógicos e razoáveis. Os processualistas anotam, em todos esses casos, um liame entre o interesse do substituto e do substituído, como frisa Calamandrei:

"Com efeito, o substituto processual está legitimado para fazer valer em juízo um direito alheio porque entre ele e o substituído existe uma relação ou situação de direito substancial em virtude da qual, através do exercício do direito do substituído, o substituto vem a satisfazer um interesse individual próprio".

31. Essa interrelação de interesses, que sempre existe é merecedora de análise profunda. E a dependência entre esses interesses faz com que se torne complexa a proteção de um deles. Veja-se, como exemplo, a árvore e sua sombra, como interesses diversos, com titularidade diversas. Não é possível defender o interesse-sombra sem que se tenha de defender o interesse-árvore.

32. Ora, partindo desse princípio, a impossibilidade ou negligência do titular do interesse subordinante determinaria o perigo de lesão ao interesse subordinado. E se esse último interesse assume importância

tal que merece proteção jurídica, impõe-se que se o faça concedendo a seu titular a ação processual.

33. No momento em que um interesse, por via direta ou oblíqua, recebe proteção do ordenamento, encontra-se a transubstanciação de interesse em direito, dentro definição consagrada de Jhering: o direito é o interesse juridicamente protegido

34. Portanto, quando o substituto age ou contesta busca a defesa de interesse seu ainda que em relação ao substituído. E se esse interesse é juridicamente protegido outra denominação não tem do que direito, direito próprio, que não se submete à tirania individual do titular do interesse subordinante.

V. O artigo 8º, inciso III da Carta Magna

35. Feitas essas considerações dogmáticas, cumpre examinar o artigo 8º, inciso III, da Carta Magna, lembrando desde logo, que o texto aprovado e promulgado expungiu a expressão “substituição processual” contida no projeto, sinalizando o legislador constituinte o repúdio ao passado, e a existência de novidade.

36. A própria indicação topológica da regra, inserida no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais espanca dúvida quanto à natureza da regra - um direito - e seu afastamento da substituição processual, categoria contaminada por individualismo incurável.

37. A interpretação que se deu ao dispositivo, contudo, atrelando-o a uma inexistente substituição processual, que a norma repudia, foi **data venia** mesquinha, avara, esquecidos os exegetas da lição de Seabra Fagundes recomendando sejam interpretados com largueza direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

38. Além disso, observa Carlos Maximiliano *In* Hermenêutica e Aplicação do Direito, pag. 313):

“Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade”.

39. Outra coisa não se faz na interpretação vigente, do que jungir a norma magna a textos infraconstitucionais atinentes à substituição processual, subversão de princípio, inconcebível.

40. O que afasta, contudo, a regra constitucional da substituição processual não são aspectos dogmáticos, mas a história da vida. A substituição processual é do século passado e já nasceu acuada pelas novas conquistas da ciência processual.

41. O indivíduo mundializou-se com a vida, como diz Ortega: “quero dizer com isso que o conteúdo da vida do homem médio de hoje é todo o planeta, que cada indivíduo vive habitualmente todo o mundo”. E mais adiante complementa o filósofo ibérico:

“Nossa vida, como conjunto de possibilidades, é magnífica, exuberante, superior a todas historicamente conhecidas. Mas, pelo próprio fato de seu formato ser maior, transbordou todos os leitos, princípios, normas e ideais legados pela tradição. É mais vida que todas as vidas, e por isso mesmo mais problemática. Não pode orientar-se no passado. Tem que inventar o seu próprio destino. (*In* Rebelião das Massas, pags. 59 e 67).

42. De fato, o drama humano dos nossos dias não tem semelhança histórica. A urbanização, a tecnologia e outros fenômenos sem precedentes coletivizaram carências, criaram necessidades até então insuspeitas, socializaram a agressão, de sorte a que os conflitos intersubjetivos tomaram configuração plurisubjetiva.

43. Ergueram-se direitos transindividuais. E o indivíduo, antes absoluto, somente encontra referência no coletivo, na família, na associação, no condomínio. Obviamente, a estrutura procesual antiga, adequada para a solução de conflitos singulares não estava preparada para atender essa nova demanda litigiosa, diferente pela forma e qualidade dos litígios.

44. E o Estado, que se irrogou o monopólio da Justiça tinha e tem o dever de encontrar solução plausível para amainar a onda de lesões ao direito, sem respostas convincentes, comprometedoras da própria autoridade estatal e da coesão social, esgarçada ao peso da iniquidade.

45. Por outro lado, titulando-se como Estado de direito, cumpria fosse ampliada a tutela jurídica, garantida a efetividade do processo. O acesso a Justiça e adequação do procedimento tornaram-se indispensáveis ao cumprimento desse **desideratum**.

46. E como as lesões transindividuais, fragmentárias, microscópicas, difusas, nem sempre encontram ânimo individual para exigir reparação, recorre o Estado aos corpos intermediários para o cumprimento dessa missão, indispensável à salvaguarda da própria nacionalidade.

47. É nesse contexto que se insere a norma do artigo 8º, inciso III, da Magna Carta, como autorizadamente leciona Arruda Alvim (In Tratado de Direito Processual do Trabalho, vol I, pag. 29):

“A vigente Constituição procurou, tendo em vista as óticas que no momento nos interessam o seguinte: 1º) - de uma parte aumentaram os meios de acesso ao Poder Judiciário, quer os tipos de meios processuais, quer de outra banda do ponto de vista da **HIPERTROFIA DA LEGITIMIDADE** o que sob esse segundo ângulo **SIGNIFICA QUE ENTIDADES PODERÃO AGIR NA DEFESA DE SEUS MEMBROS INTEGRANTES**; na ordem prática quer isso dizer proporcionaram-se aos jurisdicionados instrumentos possivelmente mais eficientes do que se fossem exercitados apenas **INDIVIDUALMENTE**.

.....

.....

Conscientemente, essa temática, tal como esta regulada, representa um abandono franco, “enfático” e definitivo do **INDIVIDUALISMO**, já no plano da própria Lei Magna, justamente porque os grupos intermediários haviam sido banidos dos sistemas positivos mercê do individualismo”.

48. Ora se a substituição processual é instituto arraigadamente individualista não pode conceber a sua presença em regra que se-lhe antagoniza. O sindicato, por sua luta histórica conquistou um direito,

o defender a categoria que representa: é o direito ao direito de defesa, que não pode ser escamoteado por uma bolorenta velharia, a respeito da qual não há sequer conceitos firmes.

49. Bem melhor explica Arion Sayão Romita (*In* Os Direitos Sociais Na Constituição E Outros Estudos, pág. 347):

“Se o Sindicato, em juízo, defende interesses dos integrantes da categoria que ele personifica, não há não falar, propriamente, de direito alheio por ele postulado em nome próprio...”

50. Em outro trabalho, mais enérgico, conclui o ilustre jurista:

“Ao agir em defesa de tais direitos, o sindicato não pleiteia em juízo direito alheio. Defende direito próprio, já que pertinente a indivíduos que só se congregam na entidade por ser ela portadora dos interesses comuns àqueles indivíduos”.

“Diante desse quadro, a resposta à pergunta - trata-se de substituição processual? - Só pode ser negativa, porque substituição processual só há quando o autor defende interesse alheio e, nesse caso, parece claro que o interesse defendido pelo sindicato alheio não é: sua defesa insere-se na finalidade institucional do ente.

51. É hora de terminar essas meditações acanhadamente bosquejadas. A substituição processual aplicada ao artigo 8º, inciso III da Carta Magna só pode ser acolhida como expressão polissêmica, porque o fenômeno é outro, e os homens nem sempre mudam de vocabulário quando mudam os hábitos.

52. Dentro da ótica individualista, a substituição processual é conceito seguro porque permite antever as repercussões subjetivas da demanda. É, entretanto, insuficiente como instrumento de justiça na visão macroscópica, plurissubjetiva, globalizante, proteiforme do conflito hodierno.

53. É preciso afastar o passado e encarar com otimismo o futuro. O direito - diz Jhering - é como Saturno que se alimenta dos próprios filhos; e só se rejuvenesce eliminando o passado. É essa a marcha da História que somente admite reversões efêmeras, episódicas.

Muito Obrigado.