

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR

CLÁUDIA TONETTI BIAZUS

**CONDIÇÕES DA AÇÃO
E AS CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA**

TOLEDO

2002

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR

CLÁUDIA TONETTI BIAZUS

**CONDIÇÕES DA AÇÃO
E AS CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em
Direito Processual Civil, da Universidade Federal do
Paraná.

TOLEDO

2002

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	5
1. BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE O DIREITO PROCESSUAL	7
2. NOTAS INTRODUTÓRIAS AO DIREITO DE AÇÃO	8
3. TEORIAS DO DIREITO DA AÇÃO	13
3.1 TEORIA CIVILISTA OU IMANENTISTA	13
3.2 TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AÇÃO	14
3.3 TEORIA DO DIREITO ABSTRATO	16
3.4 TEORIA ECLÉTICA	18
3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE AS TEORIAS DE AÇÃO	20
4. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO	24
5. DISTINÇÃO ENTRE AÇÃO CIVIL E PENAL	25
6. DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO	26
6.1 NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO	28
6.2 LEGITIMIDADE	29
6.3 INTERESSE PROCESSUAL	33
6.4 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO	37
7. CARÊNCIA DA AÇÃO	39
SÍNTESE CONCLUSIVA	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

RESUMO

O presente trabalho analisa o tema das condições da ação, sobre o enfoque das teorias a respeito, a natureza jurídica do direito de ação e das condições e os elementos que a compõem, com o intuito de dar uma visão global sobre o tema, com realce para a sentença que a reconhece. Analisa a ação em seus elementos estruturais, com fulcro no exercício da Jurisdição, para a pacificação do conflito de interesse entre as partes litigantes. Elenca todas as teorias sobre o direito de ação, com destaque para a teoria eclética adotada pelo sistema processual pátrio, com suas conseqüências para o deslinde do feito. Diferencia a ação civil da ação penal sob o enfoque do seu objeto. Aborda a natureza jurídica das condições da ação, situando-as assim como intermediárias entre os pressupostos processuais e o mérito, formando assim um trinômio. Aponta os elementos que integram as condições da ação, suas características básicas, bem como, as conseqüências de sua falta. E, por fim, traz as posições sobre a natureza jurídica da sentença que declara a parte carecedor da ação, e conclui que a decisão poderá ser tanto de extinção do feito sem julgamento de mérito, como também de mérito, seja ela procedente ou improcedente, neste caso, após a instrução probatória. Para o trabalho adota o método indutivo, que segundo o professor Cezar Luiz Pasoldi, em sua obra “Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e Ferramentas Úteis para o Pesquisador do Direito – OAB/SC – Editora, 2ª edição”, é aquele que busca “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção geral”. O objetivo do trabalho está justamente no intuito de esclarecer as nuances das condições da ação, em foco com a sentença que a reconhece, principalmente com relação à coisa julgada material e formal.

INTRODUÇÃO

Apesar do tema das condições da ação ter sido objeto de inúmeros trabalhos científicos, tanto no âmbito nacional como internacional, o assunto se apresenta com inúmeras nuances, que geralmente levam a conclusões equivocadas na vida cotidiana do profissional do direito, daí a escolha do tema, que terá o intuito de contribuir para o debate doutrinário e aprofundamento do instituto.

A princípio se procurará traçar linhas mestras sobre o direito processual, através de um breve histórico, com a evolução para o instituto da jurisdição, do direito de ação, até se chegar às condições da ação propriamente dita.

Como sustentáculo histórico do direito de ação, será discorrido sobre as quatro teorias sobre o tema, com enfoque para cada uma delas em seus pontos característicos, e destaque para a teoria eclética, adotada por nosso ordenamento jurídico, que apresenta o trinômio, pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

Diante do estudo realizado, chegará à conclusão de que o direito de ação é abstrato, não se confundindo (nem dependendo) com o direito material posto em discussão, diante de todas as teorias surgidas a respeito do tema.

Em seguida, em rápida explanação, será apresentada a natureza jurídica do direito de ação e sua distinção na área civil e criminal.

Ainda, buscar-se-á abordar, com mais precisão, as espécies das condições da ação, suas características básicas, distinções e subdivisões, a fim de diferenciá-las e distingui-las do próprio mérito.

Diante das condições postas, realiza-se comparações entre as espécies em face da teoria adotada, e sua contribuição para a solução do litígio e a preocupação do Judiciário por questões de importância mais relevante que levem à análise do mérito.

Por fim, discorre-se sobre as teorias da sentença que declara a carência, se for independentemente de dilação probatória, não se ingressará no mérito, e portanto, será de extinção do processo sem julgamento do mérito, e conseqüentemente, sem coisa julgada material, com possibilidade da parte novamente ajuizar a mesma ação; porém, se se declarar a ausência das condições embasada na instrução probatória, a sentença será de improcedência, com julgamento do mérito, e com os efeitos da coisa julgada material.

1. BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE O DIREITO PROCESSUAL

O objetivo do Estado é o bem comum, e para alcançá-lo desenvolve várias atividades, todas voltadas para esse fim, cada uma delas tem, todavia, objetivos diversos. Se tomarmos como exemplo a atividade jurisdicional, através dela o Estado busca, imediatamente, manter a ordem jurídica intacta, com suporte nas demais funções estatais, que também têm seus objetivos imediatos. Se cada uma das funções estatais cumprir fielmente sua missão, o Estado atingirá seu objetivo final: o bem comum. Assim, não é suficiente apenas o escopo jurídico da jurisdição, é necessário também o escopo social e político, que são conseqüências do primeiro.

Este trabalho tomará por ponto inicial a atividade jurisdicional, desenvolvendo todo o tema das condições da ação, em torno dela. Para tanto, sustenta Cândido Rangel Dinamarco, que a jurisdição não tem somente um escopo. Segundo ele, é muito pobre a consideração do escopo jurídico apenas, pois o mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Segundo ele, deve-se *“falar em escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (participação, afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)”*¹.

Para tratarmos do tema condições da ação, é necessário termos noção da evolução histórica do direito processual, a fim de que possamos identificar seus institutos, da maneira como foram concebidos e atualmente como são utilizados.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, Da instrumentalidade do processo, Ed. Malheiros, p. 447.

No que se refere ao direito processual, temos a esclarecer que até a metade do século XIX o processo civil era tratado como um apêndice do Direito Civil, não merecendo uma atenção especial e também um estudo acurado e específico dos doutrinadores. Somente com a escola pandectista alemã, que tinha como cultores Windscheid, Puchta, Jhering, Savigny e Dernburg, que começou a aviventar a separação dos ramos do direito em material e processual.

A codificação do direito processual somente adveio com o BGB (Bürgerliches e Gesetzbuch) e da ZPO (Zivilprozeßordnung), e diante das transformações ocorridas, em 1968, surgiu na Alemanha o trabalho de Oscar Von Bülow sobre as exceções e os pressupostos processuais, que traçou os principais conceitos que dariam forma ao Direito Processual Civil, transformando-o em Direito Processual Civil em ciência autônoma do Direito Civil, com institutos, procedimentos e conceitos distintos, dentre eles jurisdição e ação.

Além da evolução do direito processual, também com seus estudos, culminou em considerar o direito de ação como direito abstrato, conforme se verá a seguir.

2. NOTAS INTRODUTÓRIAS AO DIREITO DE AÇÃO

Atualmente compete ao Estado-Juiz conhecer e pôr fim aos conflitos sociais. No entanto, nem sempre foi assim. Nos primórdios da civilização, imperava o sistema da justiça privada, onde cabia aos próprios indivíduos envolvidos no conflito de interesses o direito de resolvê-los. Ocorre que, de logo, chegou-se à conclusão de que as querelas intersubjetivas sociais não podiam ser resolvidas ao alvedrio dos particulares, pois a Justiça

Privada levava a uma instabilidade jurídica cada vez mais profunda, pois sempre vencia o mais forte em detrimento do mais fraco, que em algumas vezes tinha razão, mas esta não imperava pois a força é que comandava toda noção de justiça.

Portanto, no intuito de coibir os abusos verificados na autocomposição, o homem outorgou ao Estado o poder-dever de tomar conhecimento e dirimir as contendas judiciais.

Organizado o Estado e estabelecida a ordem jurídica, está *“automaticamente proibida a estes a defesa ou a realização própria (autotutela) dos interesses sob a proteção do direito... em decorrência dessa proibição surge, também como pressuposto, o dever-poder do Estado de prestação da jurisdição a todos quantos proibiu autodefenderem-se”*².

Portanto, com a vedação à autodefesa e limitada a autocomposição e a arbitragem, o Estado tomou para si a função jurisdicional, como uma das tarefas fundamentais, concedendo-lhe solucionar os conflitos e as controvérsias surgidas na sociedade, de acordo com norma jurídica, tendo como escopo a pacificação social e a realização da justiça. A jurisdição, no entanto, foi objeto de inúmeras discussões entre os mestres, inclusive sobre sua conceituação.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, a jurisdição, que é a função e monopólio estatal portanto,

“é ao mesmo tempo, poder, função e a atividade. Como poder é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Com função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos transindividuais,

² GOMES, Fábio, Carência da ação, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, São Paulo, p. 16.

mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe compete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)³.

Segundo o Professor e Promotor de Justiça Dr. Luiz Fernando Belinetti, ontologicamente, *“jurisdição tem, tanto para a concepção ‘unitária’ como para a ‘dualista’, a mesma função, que seria a de declarar um direito preexistente no ordenamento, afirmando ou modificando relações jurídicas específicas”*⁴.

Para Enrico Túlio Liebman, a jurisdição pode ter duas conceituações, assim expostas,

*“a primeira delas define jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda). Nessa definição, está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a idéia de substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é chamado a manifestar-se quando faltou da parte de alguém a observância do que a lei dispõe. Já a segunda, prefere ver na jurisdição a justa composição das lides (Carnelutti), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado pelo direito e por justa e composição feita nos termos deste. Esta definição considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim, captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto de vista sociológico, a que a operação conduz”*⁵.

À vista das definições supracitadas, nosso Código de Processo Civil adotou a conceituação de Carnelutti, quando na Exposição de Motivos, Alfredo Buzaid afirma que

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria geral do processo, 9ª Edição, Ed. Saraiva, 1993, p.114.

⁴ BELINETTI, Luiz Fernando, Sentença civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 114.

⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil (tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco), Rio de Janeiro, Forense, 1985, 2ª Edição, p. 06.

“lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro” (Exp. II, nº 6).

Mas há que se deixar consignado que a jurisdição somente atua por provocação da parte, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue no caso concreto. Isso quer dizer que a jurisdição não pode realizar seus fins, a menos que convocada pela parte autora.

Sobre a inércia da jurisdição, Cândido Rangel Dinamarco, disse que a inércia é um traço marcante da jurisdição, pois mesmo que a outra parte aceite espontaneamente a imposição de uma pena, por exemplo no Direito Penal, o Estado somente poderá aplicá-la através da jurisdição, dando-se direito ao exercício da ação e da defesa, através de regular processo. O mesmo ocorrendo com a anulação do casamento, que somente ocorrerá após regular procedimento, e não ao alvedrio e vontade das partes. E arremata dizendo, *“daí se conclui que a jurisdição nem sempre é atividade secundária, como queria Chiovenda. Aqui, atua ela de forma primária”*⁶.

Outra característica essencial de jurisdição é o princípio a ela aplicado da inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Estado. Segundo esse princípio, o estado não pode se eximir de julgar e todas as causas a ele levadas devem ser apreciadas pelo juiz, que não se escusa nunca em sentenciar. E, segundo Luiz Guilherme Marinoni,

*“o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que tem como corolário a garantia de tutela adequada a todas as situações de conflito de interesses, faz surgir ao Estado a obrigação de prestar a tutela adequada às mais variadas hipóteses conflitivas concretas, sem dela poder subtrair-se”*⁷.

⁶ DINAMARCO, Cândido R., Execução Civil, p. 222/223.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, Novas linhas do processo civil, 3ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 199.

Neste prisma, a ação seria o direito ao exercício da atividade jurisdicional do Estado para dirimir o conflito de interesses das partes envolvidas. Mas, como a jurisdição, a definição do que vem a ser ação é também muito debatida entre os doutrinadores, apresentando cada qual uma conceituação diversa.

Segundo Ovídio Batista da Silva, *“ação é o exercício de um direito pré-existente”*⁸.

De acordo com José de Albuquerque Rocha, *“ação é o poder que tem a parte de desencadear a função jurisdicional do Estado e de participar, necessariamente, do desenvolvimento da atividade processual, tendo em vista a obtenção de um provimento jurisdicional, relativamente a uma situação jurídica subjetiva ou objetiva afirmada”*⁹.

Ainda, segundo Marinoni, direito de ação seria o *“direito à tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material”*¹⁰.

José Frederico Marques complementa, dizendo que *“a ação não é um direito à tutela jurisdicional, mas apenas o direito de pedir essa tutela”*¹¹.

Por sua vez, Walter Nunes da Silva Júnior, afirma que *“o direito de ação (...) é invocado contra o Órgão Judicante, por quanto a este, em consequência do monopólio estatal da jurisdição, é que compete, com exclusividade, não só o poder, mas acima de tudo o*

⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

⁹ ROCHA, José de Albuquerque, Teoria geral de processo, 4ª Edição, Ed. Malheiros, 1999, São Paulo, p. 176.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, Idem, p.200.

¹¹ MARQUES, José Frederico, Manual de direito processual civil, vol I. Ed. Bookseller, 1997, p. 222.

*dever de efetivar a prestação da atividade jurisdicional, compondo a lide, a fim de dirimi-la*¹².

No nosso ordenamento jurídico, o direito de ação é previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV, in verbis:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Diante dos diversos conceitos de ação, surgiram quatro teorias para explicá-la, denominadas: teoria civilista (ou imanentista), teoria do direito concreto, teoria do direito abstrato e teoria eclética, as quais serão analisadas a seguir.

3. TEORIAS DO DIREITO DE AÇÃO

3.1 Teoria Civilista ou Imanentista

O idealizador da teoria foi Savigny, que dizia que *“a ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido”* (Institutas, Liv. IV, Tít. VI). Asseverou que a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou a violação, onde a violação do direito gera uma reação ou um direito para quem o sofre.

¹² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, Condições da ação e pressupostos processuais, Matéria publicada na REPRO 64/70.

Clóvis Beviláqua, ilustre doutrinador que foi o autor do anteprojeto do Código Civil, adotou este conceito, conforme se verifica pela redação dada ao art. 75 do Código Civil que *“a todo direito corresponde uma ação que o assegura”*.

Vários foram os seguidores de Savigny, que apresentaram pequenas variações em suas teses, dentre outros: *Vinnius* (a ação é o direito em seu exercício); *Unger* (a ação é direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação); e *Mattirolo* (o direito de atuar em Juízo para obter o reconhecimento de um direito violado ou negado constitui a ação judicial, a qual, portanto, configura um direito elevado à segunda potência)¹³.

Pelo exposto, embora as definições sejam diferentes, o resultado é o mesmo, ou seja, *“não há ação sem direito; não há direitos sem ação; a ação segue a natureza do direito”*¹⁴.

A grande crítica que se faz à teoria civilista é que a mesma não se interessou pela ação improcedente, pois a ação era ligada à sentença procedente.

3.2 Teoria do Direito Concreto de Ação

Como o precursor dessa teoria temos a obra de Adolf Wach (1885), na qual demonstra a independência entre o direito de ação e o direito subjetivo material.

Um dos grandes discípulos de Wach foi Chiovenda, acompanhado de Calamandrei e Liebman, que introduziram a teoria no direito ibero-americano.

¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, Gomes, Fábio Luiz. *Idem*, *ibidem*, p. 100.

¹⁴ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *idem*, *ibidem*, p. 210.

Segundo Adolf Wach, é insustentável a tese da imanência do direito de ação ao direito subjetivo material, pois existem direitos de ação independente dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles. Basta ter-se em vista a ação declaratória negativa. Um exemplo clássico no nosso direito processual é o conteúdo do art. 4º do CPC, que diz “*o interesse do autor pode limitar-se à declaração: I) da existência ou inexistência da relação jurídica*”.

Para demonstrar a autonomia do direito de ação, Wach afirma que o mesmo não se confunde com o direito privado, e muito menos, com a pretensão do direito civil, no entanto, somente haverá ação se a sentença for favorável.

Para Adolf Wach são necessárias três condições para a ação:

“a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse, que deveria ser real, e não imaginário; b) legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ou ordenamento jurídico concreto, materializado em fato-tipo previamente determinados”¹⁵.

A crítica a essa teoria é justamente também pelo fato de não explicar a ação improcedente, visto que somente seria admitido o exercício do direito de ação quando resultasse em uma sentença favorável ao autor.

Uma das variantes desta teoria é a concepção de Chiovenda do direitos potestativo, segundo o qual “*a ação é o poder de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. É um bem e um direito autônomo que, geralmente, nasce do fato da transgressão da norma por parte de quem deveria conformar-se com a mesma*” (apud Fábio

¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, Gomes, Fábio Luiz. Idem, *ibidem*, p. 104.

Luiz Gomes)¹⁶. A autonomia e a independência da ação restam evidenciadas nas ações declaratórias. A ação seria poder de fazer atuar a vontade da lei - a existência da ação dependeria da sentença final procedente.

Não nega Chiovenda que existam relações de caráter público entre o Estado e os cidadãos, mas traduz que não haveria ação se não existisse o Estado a quem dirigir-se, mas para ele, neste caso, a relação entre o Estado não consiste mais do que um meio para obter certos efeitos contra o adversário.

Portanto, a ação para Chiovenda, é um poder que assiste ao titular do direito material, em face do adversário, em relação a quem se produz o efeito jurídico da autuação da vontade da lei. *“O adversário não é obrigado a coisa alguma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito”*¹⁷.

A crítica que se faz a Chiovenda, é da ausência de qualquer obrigação por parte do réu.

3.3 Teoria do Direito Abstrato

Essa teoria tem como precursores Degenkolb e Plosz, que procuraram desvincular a ação de qualquer direito anterior.

Antes das idéias dos dois mestres, Oscar Von Bülow, lançou um livro semeando as idéias que dariam origem a esta teoria. Para ele, o processo encerra uma relação jurídica dinâmica de natureza pública, que se desenvolve gradualmente, não decorrendo

¹⁶ GOMES, Fábio Luiz, *idem*, *ibidem*, p. 32.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, 2ª Edição, 1991, p. 27.

exclusivamente do direito subjetivo alegado pelo autor, uma vez que os direitos e as obrigações processuais se estabelecem entre os funcionários do Estado e os cidadãos, essa relação pertence à natureza pública. Foi ele o criador da expressão pressupostos processuais, que são os requisitos de admissibilidade da relação processual¹⁸.

Para Degenkolb e Plósz, o *“direito de ação é um direito subjetivo público, pois outorgado pela ordem jurídica a todos quantos invocassem a proteção jurisdicional, independentemente de serem ou não os mesmos titulares dos direitos alegados em juízo”*.

Portanto, seria o direito de agir argüido pelo autor; concebido com abstração de qualquer outro direito, daí, direito abstrato. Ele ainda preexiste à própria demanda, constituindo-se esta somente no meio pelo qual é exercido, competindo a qualquer cidadão que puder invocar a proteção da norma legal em seu benefício. Portanto, somente seria titular do direito de ação, quem postulasse acreditando (de boa fé), na existência do direito a que se atribui.

Um dos primeiros adeptos dessa teoria foi Alfredo Rocco, segundo ele *“o direito de ação é um direito subjetivo público do cidadão contra o Estado, tendo por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos a que a incerteza ou inobservância das normas válidas, no caso concreto, possam opor à realidade dos interesses tutelados”*¹⁹. O objeto do direito de ação, portanto, seria a prestação, por parte do Estado, de sua atividade jurisdicional.

¹⁸ BÜLOW, Oscar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, p. 6, apud Freire, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª Edição, São Paulo, 2000.

¹⁹ GOMES, Fábio, idem, ibidem, p. 38.

Segundo Carnelutti, o processo somente existe para solucionar o conflito de interesses entre as partes, sendo a ação o direito subjetivo público de obter uma sentença sobre a lide deduzida no processo.

3.4 Teoria Eclética

É a adotada no Código de Processo Civil Brasileiro, e surgiu através dos estudos de Enrico Túlio Liebman, que tentou conciliar a teoria concreta com a abstrata, e que entende a ação como o direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide, ou, ainda, a análise do mérito. Então, seria o direito subjetivo público reconhecido a todo cidadão de obter uma decisão de mérito capaz de compor o conflito de interesses existente e que causa insegurança em toda a coletividade.

Bedaque, seguidor dos ensinamentos de Liebman, disse que para a teoria eclética, *“somente pode falar em ação, quando o processo terminar com um provimento sobre o caso concreto, ainda que desfavorável ao autor”*²⁰.

Aduzia Liebman que o direito de ação é autônomo e abstrato, independente do direito subjetivo material, porém, condicionado à presença de certos requisitos sem os quais não pode ser conhecido o mérito do pedido formulado perante o estado. Tais requisitos eram traduzidos nas condições da ação, que eram requisitos para a existência da própria ação.

Para esta teoria, a atividade jurisdicional desenvolvida até o conhecimento e análise das condições da ação não tinha natureza jurisdicional²¹, pois esta fase precedente do

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz, *idem*, p. 35.

²¹ GOMES, Flávio, *idem*, *ibidem*, p. 44.

processo funcionava como um filtro que evitava o exercício da jurisdição quando estavam ausentes os requisitos indispensáveis ao alcance do resultado satisfatório.

Ainda segundo o mestre, as condições da ação seriam de três ordens, assim nominadas: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade, as quais serão estudadas detidamente, “a posteriori”, mas que cabe nos ressaltar que, posteriormente, na segunda edição de seu Manual, Liebman, reduziu-as para apenas duas, o interesse e a legitimidade.

Para a doutrina eclética, a atividade do juiz quando aprecia as condições da ação, não será jurisdicional, sendo portanto, “joeiramento prévio”, conforme expressão do próprio Liebman.

A teoria eclética teve aceitação maciça de nossos doutrinadores, em virtude da influência de Liebman, que esteve no Brasil durante cinco (05) anos, no período da Segunda Guerra Mundial (1940/1945), lecionando na Faculdade de Direito de São Paulo, e influenciando a escola de São Paulo, e deixando discípulos de liderança a nível nacional.

No entanto, a teoria eclética da ação é muito criticada, uma vez que as condições da ação, atualmente, estão sendo um entrave ao bom andamento dos processos, e ainda, estar causando a extinção do processo sem julgamento do mérito, quando na verdade deveria ser improcedência, conforme adiante será discutido.

As críticas que se faz à teoria, são de três ordens, assim descritas: a) coloca-se em uma posição intermediária entre a teoria abstrata e a concreta, o que é inconciliável, ficando a aferição das condições da ação a juízos meramente hipotéticos; b) confundir ação

com pretensão; c) reduzir o campo da atividade jurisdicional, somente a partir do transcurso da análise das condições da ação.

No entanto, a seguir será exposto que tais críticas não procedem, e que apesar da opinião em contrário, é a teoria que melhor se aplica ao nosso ordenamento jurídico.

3.5 Considerações Finais sobre as Teorias da Ação

Em síntese, podemos dizer que para a teoria civilista, a ação corresponde ao direito material, estando a ela ligada, e somente há ação se houver o direito material. Para os “concretistas”, direito de ação somente existe quando aquele que provocou a atividade jurisdicional for realmente o titular do direito subjetivo pretendido. Para os “abstratistas” ação é o direito de provocar a atividade jurisdicional; é um mero direito de acesso aos órgãos jurisdicionais, que pertence a todas as pessoas. Por fim, para a teoria eclética, o direito de ação somente existirá se igualmente existirem as condições da ação, e terminar com um provimento de mérito, o que pressupõe portanto, um prévio juízo da admissibilidade, conforme enfoca o Professor Luiz Fernando Belinetti.

Quanto à adoção de apenas uma das teorias pelo ordenamento jurídico, ensina Luiz Fernando Belinetti que,

“nenhuma das teorias é intrinsecamente correta ou incorreta. A adoção de uma das teorias é meramente opção política. A vinculação ou desvinculação do direito de ação com o direito subjetivo material não é um dado que se possa ter uma única solução, posto que esta dependerá da opção que se faça em cada ordenamento jurídico relativamente aos direitos das pessoas frente aos órgãos jurisdicionais, e mais especificamente ao tipo de resposta que o Estado tem o dever de fornecer àqueles que postulam a tutela jurisdicional.

Ora, tanto será possível entender-se que o direito de ação é esse direito autônomo e abstrato de pleitear a tutela jurisdicional como de que referido direito abstrato é apenas um direito genérico de petição, e o direito de ação somente existe se o direito subjetivo material também está presente, ou ainda que o direito de ação independe do direito subjetivo material, mas para que tenha o pedido seu mérito apreciado, devem ser satisfeitos alguns requisitos, como o escopo anteriormente mencionado de excluir no nascedouro aquelas postulações que não tenham a menor possibilidade de êxito”²².

Pelo exposto, podemos concluir, que a adoção de uma das teorias é uma opção política do legislador da época da elaboração do sistema processual brasileiro, sendo certo que em nosso país, a adoção da teoria eclética ocorreu também em virtude da influência de Liebman.

Entendemos, após analisar as nuances de cada uma das teorias, que a teoria eclética é que melhor se encaixa ao nosso ordenamento jurídico e a realidade social em que vivemos. Com a grande quantidade de processos em andamento, o juízo de admissibilidade, agiliza o processo, visto que fulmina, no nascedouro, a ação inviável, deixando ao judiciário a preocupação com os feitos que realmente possuem condições de ser apreciado a mérito, funcionando portanto, com uma pré-seleção de processos.

Ainda, o mestre Luiz Fernando Belinetti, comentando a escolha do ordenamento da teoria eclética, diz que no nosso ordenamento jurídico criou-se a idéia de um juízo de admissibilidade da ação *“com o escopo de verificar a existência de uma prestação válida... para somente após admitido estarem presentes, passar-se ao conhecimento do*

²² BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. Matéria Publicada na Revista de Processo nº 96/261.

*pedido em sua perspectiva material, dizer então o Estado se o autor tem o direito subjetivo material invocado ou se sofreu uma lesão que enseje a reconstituição desse direito*²³.

Pela teoria eclética, conforme afirmado por Bedaque, o saudoso Liebman *“consegue explicar com precisão a verdadeira natureza do direito de ação, qual seja, a de um direito instrumental... com autonomia da ação frente ao direito material”*²⁴.

Kazuo Watanabe, em sua obra “Da Cognição no Processo Civil”, coloca que a existência das condições da ação, as quais devem ser apreciadas anteriormente ao mérito, a fim de verificar-se a viabilidade ou não da ação, tem seus fundamentos em *“razões de economia processual que determinam a criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis aos julgamentos da causa. As ‘condições da ação’ nada mais constituem do que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo”*²⁵.

A teoria abstrata, que é também maciçamente seguida no direito brasileiro, peca por considerar apenas o caráter privatista, pois apenas tem em vista o titular da ação, estando ausente o caráter instrumental, pois a ação deve ser concebida com o poder de provocar a atividade jurisdicional, para que esta cumpra a sua finalidade, e não simplesmente o poder de acionar a jurisdição pura e simplesmente. Em consequência, deixa de se preocupar com a instrumentalidade do processo, preocupando-se apenas com acesso à justiça.

De acordo com Celso Agrícola Barbi, criticando a teoria abstrata da ação, diz que *“qualquer pessoa, mesmo sabendo que não tem certo direito, pode propor ação e levá-la até o final, a consequência é que a ação seria um direito dos que não tem direito”*.

²³ BELINETTI Luiz Fernando, Ação e condições da ação, *idem*, *Repro* 96/262.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz, *idem*, p. 35/36.

²⁵ WATANABE, Kazuo, Da cognição no processo civil, Ed. Bookseller, 2ª Edição, p. 94.

É de ressaltarmos que também sob o ângulo da teoria concretista, a ação tem caráter privatista, visto que, somente a jurisdição e a conseqüente ação, se aplicada ao caso particular, do direito material do requerente, e não em função do caráter instrumental do bem comum.

Portanto, de acordo com a teoria eclética, o caráter instrumental é conseguido no momento em que não estando presentes as condições da ação, o feito é extinto, justamente para que o Judiciário não se preocupe com as questões que não chegarão ao fim, ou seja, à solução do conflito de interesses que implica na manutenção da própria integridade do ordenamento jurídico, uma vez que a própria ação sequer existe. Portanto, *o processo é um instrumento pelo qual se realiza essa obra maravilhosa que é a justiça em concreto*, conforme expressão de Galeno Lacerda (Processo Cautelar, p. 186).

Arremata Bedaque em sua obra já citada, que:

“Para que a finalidade da jurisdição seja atingida, deve haver uma ponte de ligação entre o direito material e o processo, função esta atribuída à ação.

Essa ligação é estabelecida perfeitamente por Liebman. E sua teoria não está sujeita à crítica formulada por Calamandrei, visto que o poder de ação não é tão genérico como aquele concebido pelos abstratistas extremados; não pertence a todos indistintamente. Só possui direito de ação, ou seja, direito de provocar o órgão jurisdicional e obter um provimento sobre o caso concreto, quem estiver vinculado a este, cuja proteção não seja, em tese, vedada pelo ordenamento jurídico. Além disso, o provimento solicitado deve ser necessário e adequado à situação descrita pelo interessado. Assim só haverá ação se a provocação permitir a atividade jurisdicional, ou seja, se estiverem presentes as condições da ação. Vale anotar que o exame desses requisitos (possibilidade jurídica, interesse e legitimidade) deve ser feito in status assertionis. Aprofundar nessa análise significa ingressar no mérito”²⁶.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *idem*, p. 40/41.

4. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO

Em síntese, pela análise das teorias supracitadas, podemos dizer, quanto à natureza jurídica da ação, que ela *“é o direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste - favorável ou desfavorável, justo ou injusto - e, portanto, direito de natureza abstrata. É ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material”*²⁷. Daí dizermos, que a ação é abstrata, autônoma e instrumental.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco a finalidade da ação é justamente dar uma solução a uma pretensão da parte que se refere a um direito material²⁸.

A ação portanto, em última análise, é um direito público-subjetivo e autônomo, isto é, distinto do direito material invocado. É público porque apresentado contra o Poder Judiciário; é subjetivo em razão de pertencer à pessoa titular do direito lesado; e abstrato, pois independe da existência do direito material, bastando apenas que sejam satisfeitas as condições da ação, para que possa ser analisado o mérito; e genérico, uma vez que sempre será o mesmo, independentemente do direito material a proteger.

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, *ibidem*, p. 215.

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, *ibidem*, p. 254.

5. DISTINÇÃO ENTRE AÇÃO CIVIL E PENAL

A ação penal não difere da ação civil quanto à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva.

Através das normas penais o ordenamento jurídico impõe a todos o dever de comportar-se de certa maneira, estabelecendo sanções às infrações. Com a evolução do direito penal surgiu o princípio da reserva legal, impondo a regra de que nenhuma conduta humana seria punida se não fosse enquadrável na tipificação penal, sendo que ao mesmo tempo o Estado tomou para si o direito de punir, para reintegrar a ordem jurídica abalada pela violação da lei.

O *ius puniendi* permanece em abstrato, enquanto a lei penal não é violada, mas com a violação caracteriza-se o descumprimento da obrigação preestabelecida na lei por parte do transgressor, saindo o direito de punir do plano abstrato para o concreto.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco,

“da violação efetiva ou aparente da norma penal nasce a pretensão punitiva do Estado, que se opõe à pretensão do indigitado infrator à liberdade. A pretensão punitiva só pode ser atendida mediante sentença judicial precedida de regular instrução com a observância do devido processo legal e participação do acusado no contraditório”²⁹.

²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, *ibidem*, p. 215.

Ainda que o infrator aceitasse a pena, o processo seria indispensável diante das garantias constitucionais, pois como o Estado não pode exercer seu poder de maneira arbitrária, os indivíduos não podem fazer justiça com as próprias mãos.

Assim, o Estado não pode auto-executar a pretensão punitiva, deverá fazê-lo dirigindo-se a seus juizes, postulando atuação da vontade concreta da lei para a possível satisfação daquela. Portanto, o direito de pedir o provimento jurisdicional nada mais é que a própria ação.

Em conclusão, o Estado, através do órgão do Ministério Público, exerce a ação, a fim de ativar a justiça penal, ou seja, o Estado-Administração deduz sua pretensão perante o Estado-Juiz, tal qual na lide extrapenal.

6. DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Pelo já exposto, podemos dizer que para que exista ação, é preciso que o comportamento dos sujeitos do processo esteja ligado ao caso concreto. A parte tem o poder de movimentar a máquina judiciária para apreciar seu interesse, com o qual se dará razão ao autor ou ao réu, e neste caso direito o direito de ação foi exercido.

Diante desta conceituação, não há aquele autoritarismo apontado pela teoria concreta e abstrata, pois o poder de ação não pertence a todos indistintamente, mas somente àqueles que estejam ligados por uma relação de direito material (legitimação), que não esteja vedado pelo ordenamento jurídico (possibilidade jurídica da demanda), e ainda, desde que o pedido de proteção jurisdicional seja realmente necessário e utilizado o meio adequado

(interesse processual). Em consequência, somente atendidas todas estas condições é que se tem a ponte de ligação entre o direito material e o processual, que estará presente a ação.

A grande maioria dos processualistas pátrios adotam a teoria do trinômio, muito embora não haja uniformidade de entendimento quanto ao conceito e abrangência de cada um dos termos.

Entretanto, juristas há que não aceitam as chamadas condições da ação como categoria autônoma, enquadrando as questões assim rotuladas no âmbito do mérito da causa, portanto as três condições seriam mérito. Podemos citar como exemplos dos adeptos dessa posição Calmon de Passos, Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes.

No entanto, nosso entendimento é diverso, visto que comungamos da opinião de que é necessária a distinção das condições da ação e mérito, que não se confundem, sendo a primeira categoria das condições para admissibilidade da própria ação, enquanto que o segundo, indispensável é a análise do próprio direito lesado ou ameaçado de lesão.

As condições da ação se classificam em três espécies: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica, as quais serão analisadas a seguir. No entanto, a divisão em três categorias não é totalmente aceita, pois há autores que entendem que a possibilidade jurídica do pedido deve ser analisada dentro do interesse de agir.

Francesco Carnelutti comunga do entendimento de que as condições da ação são duas “*a existência do litígio e a relação com a pessoa que atua*”³⁰, ou seja, o interesse e a legitimidade.

6.1 Natureza Jurídica das Condições da Ação

Há divergências doutrinárias sobre a natureza verídica das condições da ação. Algumas a assimilam com o próprio mérito, donde adviriam apenas o binômio pressupostos processuais-mérito. Outra corrente coloca as condições da ação numa posição intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito, formando um trinômio. Segundo Humberto Theodoro Júnior, há correntes que a assimilam ao próprio mérito.

Ressaltam Cintra, Grinover e Dinamarco, que há duas posições sobre a natureza das condições ação, “*para uma corrente as condições ação são condições de existência da própria ação, para a outra, condições de seu exercício*”³¹.

Para Arruda Alvim, as condições da ação “*são categorias lógico-jurídicas existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso Direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito*”³².

Entendemos que a natureza jurídica das condições da ação deve ser aceita como sendo pré-requisitos para a análise do mérito, portanto antecedente lógico-sistemático da sentença de mérito e da própria solução do conflito de interesses.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Sistemas de direito processual civil*, vol. II, Classi Book, 2000, p. 57.

³¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, *ibidem*, p. 259.

³² ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 1º vol., 6ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 268.

Após as digressões acima, analisemos as três espécies das condições da ação, disciplinadas pelo ordenamento jurídico vigente.

6.2 Legitimidade

Para que se entenda legitimidade da parte para o feito, é necessário que se estabeleça um vínculo entre o autor da ação, a pretensão e o réu.

Piero Calamandrei define a legitimidade como a legitimação para atuar ou para contradizer, ou ainda, como a qualidade para atuar e contradizer. Ele, mais à frente diz que *“quando se controverte em juízo sobre uma relação de direito privado, a legitimação para atuar e para contradizer corresponde, respectivamente, ao sujeito ativo e ao passivo da relação substancial controvertida (legitimação normal)”*³³.

Já para Carnelutti, *“a legitimação processual expressa, portanto, a idoneidade de uma pessoa para atuar no processo, devido à sua posição e, mais exatamente, a seu interesse ou a seu ofício”*³⁴.

A *legitimatío ad causam*, diz respeito à titularidade (ativa e passiva) da ação, que está relacionada, em princípio, com a legitimação da relação jurídica de direito material.

Comenta Liebman, que

³³ CALAMANDREI, Piero, *Direito Processual Cível*, Ed. Bookseller, vol. 1, trad. bras., Campinas-SP, 1999, p. 212.

³⁴ CARNELUTTI, Francesco, *idem*, *ibidem*, p. 57.

“o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual (*nei cui confrontit*) ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva (...) Também quanto à ação, prevalece elementar princípio segundo o qual apenas o seu titular pode exercê-la; e tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, aparece como titular de um interesse oposto, ou seja, aquele em cuja esfera jurídica deverá produzir efeitos o provimento pedido”³⁵.

A legitimidade de parte, como condição da ação, encontra-se satisfeita quando o autor da ação é o titular do direito que se tem o afã de proteger através da prestação da atividade jurisdicional, e o réu, que integra a outra extremidade da relação processual, é o responsável, direto ou indireto, pelo fato que lesou, ou mesmo ameaçou de lesão, o direito do autor.

Podemos dizer que a definição de Alfredo Buzaid, citado por Vicente Greco Filho, define com precisão o que vem a ser a legitimidade *ad causam*. Para o saudoso mestre, legitimidade “é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto”³⁶.

Via de regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo, salvo no caso de substituição processual expressamente prevista em lei. E, conforme já dito acima, tanto deve ser do autor como do réu.

³⁵ LIEBMAN, Enríco Túlio, *idênti*, *ibidem*, p. 157.

³⁶ GRECO FILHO, Vicente, *Direito processual civil brasileiro*, 1º volume, 6ª Edição, Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 77.

Porém, não podemos confundir *legitimatio ad causam* com *legitimatio ad processum*. A diferenciação é dada com precisão por Walter Nunes da Silva Júnior, que diz que a “*legitimatio ad causam é uma das condições da ação, e tem relação com a legitimidade da parte ativa ou passiva para demandar em juízo. A legitimatio ad processum, ou capacidade de estar em juízo, relaciona-se com a capacidade da parte de praticar, por si, os atos da vida civil, sendo, assim pressuposto processual*”³⁷. Em síntese, podemos dizer que uma é condição da ação e a outra pressuposto processual.

Em princípio somente está autorizado a demandar quem for o titular da relação jurídica, chamando-se este tipo de legislação ordinária. No entanto, por exceção, a lei permite que outros postulem direito alheio, como é o caso do marido que defende direitos referentes aos bens dotais da mulher (art. 289, III, do Código Civil), do Promotor de Justiça que propõe ação civil *ex delicto* em favor de pessoa pobre (art. 68 do Código de Processo Civil), do Sindicato ao pleitear melhorias salariais para toda a classe que representa (art. 872 da CLT). São estes casos chamados, vulgarmente, de legitimação extraordinária, ou substituição processual, conforme expressão concebida por Chiovenda.

Pela legitimação extraordinária alguém, em virtude de disposição expressa de lei, é autorizado a litigar em nome próprio, sobre direito alheio. Ou como diz Moacir Amaral Santos, “*quem litiga como autor ou réu é o substituto processual, fá-lo em nome próprio, na defesa de direito de outrem, que é o substituído*”³⁸.

A substituição processual, em nosso sistema processual, está prevista no Código de Processo Civil, no art. 6º, quando diz: “**ninguém poderá pleitear, em nome**

³⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes, *idem*, *ibidem*, p. 78.

³⁸ AMARAL SANTOS, Moacir, *idem*, *ibidem*, p. 349.

próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei". Portanto, ninguém tem poderes para litigar sobre direito alheio, a não ser que a lei expressamente autorize.

A legitimação extraordinária se subdivide em exclusiva e concorrente. Segundo Vicente Greco Filho³⁹, será exclusiva quando a lei atribui a legitimação a um terceiro, ao mesmo tempo que exclui a legitimação do titular do direito; por sua vez será concorrente quando a ação poderá ser proposta por um terceiro e também pelo titular do direito, alternativamente.

Para entendermos melhor a legitimação extraordinária, é necessário que analisemos a relação jurídica do âmbito da teoria Kelsiniana, ou seja, temos que deixar de lado a teoria tradicional, onde a relação se desenvolve entre as pessoas que compõem o conflito de interesse, para embasá-la, nas normas, ou mais precisamente, na teoria normativa, em que os fatos são determinados pelas normas e não por seus sujeitos.

Segundo o Procurador de Justiça Luiz Fernando Belinetti, em artigo onde comenta a legitimação extraordinária do Ministério Público para as ações coletivas, a legitimação extraordinária, seja ela passiva ou ativa, advém do próprio ordenamento jurídico (da norma), e não da vinculação entre o sujeito passivo e o sujeito ativo⁴⁰.

Apesar da legitimação ter conteúdo de direito processual, as normas que a definem devem ser vistas em confronto com a relação jurídica de direito material, por que será esta relação que definirá os sujeitos, e seus respectivos titulares. Em síntese, somente uma análise detalhada da relação jurídica material é que determinará a legitimação *ad causam*.

³⁹ GRECO FILHO, Vicente, *idem*, *ibidem*, p. 78.

⁴⁰ BELINETTI, Luiz Fernando, *Ações coletivas*, REPRO 98, p. 128.

6.3 Interesse Processual

O interesse de agir representa necessidade demonstrada pelo titular da pretensão levada a conhecimento do poder judiciário, de exercitar a movimentação da atividade judicante, no desiderato de eliminar ameaça ou lesão a direito.

Segundo Giuseppe Chiovenda, o interesse de agir leva em conta que *“sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto”*⁴¹. Porém, um pouco antes diz que *“o interesse de agir não consiste unicamente no interesse de conseguir o bem garantido pela lei, mas também no interesse de consegui-lo por obra dos órgãos jurisdicionais”*⁴².

Calamandrei, diz que o interesse processual nasce quando se verifica em concreto, uma circunstância que faz levar em conta que sem a intervenção do Estado, ou melhor dizendo, da autoridade judicial, não se conseguirá a satisfação do interesse substancial tutelado⁴³.

Segundo Liebman, o interesse de agir é o elemento material do direito de ação, e se distingue do interesse material, para cuja proteção se intenta a ação, porque, *“o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão deste interesse e aptidão do provimento do pedido a protegê-lo e satisfazê-lo”*⁴⁴.

⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, trad. Brasileira, vol. I, Ed. Saraiva, 1969, São Paulo, p. 181.

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe, *idem*, *ibidem*, p.181.

⁴³ CALAMANDREI, *idem*, *ibidem*, p. 216.

⁴⁴ LIEBMAN, *idem*, *ibidem*, p. 155.

Assim podemos dizer, que o interesse de agir consiste no estado de necessidade em que se encontra o indivíduo de obter a proteção judicial, para prevenir algum prejuízo que poderá sofrer, se não reagir contra a violência ou ameaça de seu direito.

Porém para Tommaseo, citado por Rodrigo da Cunha Lima Freire,

“o interesse de agir, para ser uma condição relevante à existência da ação, pressupõe a idoneidade do provimento solicitado para fazer atuar a tutela jurisdicional necessária; em outras palavras, o interesse para agir subsistirá só quando dirigido a obter uma providência tecnicamente útil”⁴⁵.

O interesse de agir está desvinculado do interesse substancial, visto que pode existir um, sem o outro, pois segundo Moacyr Amaral Santos, “o que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), e não o interesse em lide (interesse substancial)”⁴⁶. Isso importa dizer que o interesse processual não nasce ao mesmo tempo que o interesse material.

Comentando o assunto, Everardo de Souza afirma que o interesse processual somente surge depois, isto é, no momento em que o direito subjetivo começa a encontrar-se em estado de insatisfação e a exigir a providência jurisdicional para sua efetiva tutela⁴⁷.

O interesse processual se compõe do binômio *necessidade-utilidade*, ou ainda, segundo outros, *necessidade-adequação*. Porém, entendemos que a primeira definição melhor esclarece os requisitos desta condição da ação, pois mesmo em ação inadequada, estar-se-á diante da inutilidade do provimento, sendo a adequação um fracionamento da utilidade.

⁴⁵ TOMASSEO, Appunti di diritto processuale civile – Nozione introduttiva, p. 211, apud Freire, Rodrigo da Cunha Lima Freire, *idem*, *ibidem*, p. 91.

⁴⁶ SANTOS, Moacyr Amaral Primeiras, *linhas de direito processual civil*, vol I, 3ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 201.

⁴⁷ SOUSA, Everardo, Interesse de agir, matéria publicada na REPRO 31/33.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, o interesse processual existirá sempre que a parte tenha necessidade de exercer o direito de ação para alcançar um resultado pretendido, relativamente à sua pretensão, e desde que o processo solicitado seja útil no aspecto prático⁴⁸.

A necessidade tanto pode decorrer de imposição legal, como no caso da separação judicial e do divórcio, como em virtude da negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação, ou ainda, permitir o alcance determinado resultado.

Portanto, podemos dizer que o interesse processual nasce da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido. Ou em outras palavras, o interesse de agir se justifica pela necessidade de se pedir a intervenção dos órgãos jurisdicionais, ligado à existência de que tal interesse seja útil para lograr a satisfação de um direito.

No que se refere à falta de interesse de agir, um exemplo dado por Pontes de Miranda, citado por Everardo de Souza (REPRO 31/35), é a do credor que cobra judicialmente a dívida que o réu se prontifica a pagar. Falta-lhe interesse de agir, porque não se encontra em situação de efetiva necessidade de pedir a proteção judicial.

O interesse de agir em juízo não pode se restringir apenas ao autor, sendo necessariamente exigido de ambas as partes, o que vem declarado no art. 3º do CPC.

O interesse de agir do réu consiste na necessidade de opor-se à pretensão do autor deduzida em Juízo, porque se não o fizer, correrá o risco de ser condenado e de sofrer as conseqüências de sua inatividade processual.

⁴⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, 3ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 136/137.

Comentando o assunto, E. J. Couture, diz que:

“O preceito “audiatur altera pars” é imposto por um princípio inerente à própria justiça, como seja o seu caráter típico de alternatividade (‘alteritas’) ou bilateralidade. O princípio de que “ninguém pode ser condenado sem ser ouvido” não é uma mera expressão da sabedoria popular. É uma regra essencial ao direito processual civil”⁴⁹.

O mesmo autor, mais adiante, diz que o que se defere ao réu é a eventualidade da defesa, mas o interesse tem que existir, independentemente de ser apreciado ou não o mérito, ser acolhida ou não sua defesa na sentença. No entanto, a existência do interesse de agir não quer dizer que o autor tem razão e que, portanto, sua demanda será julgada procedente, pois o resultado dependerá de outras indagações, ou seja, dependerá de se saber se a ordem jurídica protege a posição afirmada pelo sujeito ativo, que é justamente o mérito do pedido.

O interesse de agir deve existir em todos os tipos de tutela pretendido, seja a condenatória, construtiva ou declaratória.

Na ação declaratória o interesse está assentado no disposto no art. 4º do CPC, ou seja, na declaração da existência ou inexistência da relação jurídica (inciso I), e na autenticidade ou falsidade de um documento (inciso II).

Na ação popular, interesse de agir não é direito pessoal e próprio do agente, mas o que se está em jogo é o patrimônio público, e neste caso, visa a proteção deste, postulando o autor a invalidação do ato lesivo para o interesse em geral e não condizente com

⁴⁹ COUTURE, Eduardo J., Fundamentos do direito processual civil, Trad. Por Rubens Gomes de Sousa, Saraiva e Cia, 1946, São Paulo, p. 71.

o decoro e os superiores interesses da moralidade administrativa, que deve ser rigorosamente preservada, em prol dos intangíveis direitos da comunidade.

6.4 Possibilidade Jurídica do Pedido

Segundo o próprio Liebman, após a possibilidade jurídica do pedido “*é representada pela admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir não sendo expressamente proibido*”.⁵⁰

No mesmo sentido o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, que diz que a possibilidade jurídica do pedido indica-se pela existência do provimento requerido através do direito de ação, ao menos em abstrato, dentro do ordenamento jurídico⁵¹.

Então, a possibilidade jurídica consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor.

Sobre a possibilidade jurídica do pedido, Luiz Rodrigues Wambier, Fábio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini dizem que há duas correntes para entendê-lo, a primeira entende que o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento jurídico contiver, ao menos em tese, a previsão a respeito da providência requerida. Por outro lado, a

⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil, trad. por Cândido Rangel Dinamarco, vol. I, Ed. Forense, 1984, p. 161.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, Processo de conhecimento, t. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 77.

outra corrente entende que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em Juízo⁵².

Para Arruda Alvim, haverá impossibilidade jurídica do pedido, “*se se buscar ação, pela ação, providência jurisdicional em relação a qual não exista previsão no ordenamento jurídico*”⁵³.

Em síntese, a ação somente será viável se o autor puder demonstrar de antemão que o ordenamento jurídico contem uma providência que, em tese, o ampara, não condicionando a impossibilidade jurídica do pedido à vedação expressa na lei. Entendimento este também esposado por Eduardo Ribeiro de Oliveira⁵⁴.

Em arremate, a análise da possibilidade jurídica se resume na verificação da previsibilidade legal ou da inexistência de norma proibitiva do pedido articulado, ou seja, a operação de sobreposição abstrata do pedido formulado, dentro dos fatos alegados, ao direito previsto no ordenamento jurídico para obtenção da tutela pleiteada.

No entanto, atualmente a doutrina italiana abandonou a possibilidade jurídica como a condição da ação, incorporando-a ao interesse de agir. Pois segundo Joel Dias Figueira Júnior, o autor não pode apresentar qualquer interesse se não existir precedentemente uma norma que garanta o pronunciamento sobre a providência requerida⁵⁵.

⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. *Idem, ibidem*, p. 138.

⁵³ ALVIM, Arruda, *idem, ibidem*, p. 369.

⁵⁴ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro, *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*, matéria publicada na REPRO 46/39.

⁵⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – o pensamento do prof. Alfredo Buzaid – matéria publicada na REPRO 72/347.*

7. CARÊNCIA DA AÇÃO

A falta de qualquer das três condições da ação leva o juiz extinguir o processo, sem julgar o mérito, conforme dispõe o art. 267, IV, do CPC, declarando a parte carecedora da ação (art. 301, X, do CPC).

Ovídio Baptista da Silva, seguido por Calmon de Passos e Fábio Gomes, sustenta que as condições ação envolve o próprio mérito da ação, uma vez que adota a teoria abstrata, e sustenta que a sentença que extingue o processo pela falta de quaisquer das condições da ação, em seu entender, é sentença de improcedência do mérito. Declara o mestre que:

“quando o juiz declare inexistente uma das condições da ação, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu - não contra o Estado - é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito”⁵⁶.

Entretanto, não é esta a corrente prevalente, pois os juristas, na sua grande maioria, entendem que as condições da ação devem ser analisadas anteriormente ao mérito, e vinculam a existência ou não do próprio direito de ação, sendo portanto, juízo de admissibilidade do direito de ação.

A carência da ação, por ser matéria de ordem pública, pode e deve ser reconhecida *ex officio* pelo Juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo que não tenha havido manifestação da parte, sendo que seu reconhecimento importa em extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, inciso IV do CPC).

⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, Curso de processo civil, 3ª Edição, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed. 1996, p. 88.

Ernane Fidélis dos Santos, diz que *“tais matérias interessam diretamente o poder jurisdicional e apenas indiretamente às partes. São de ordem pública e importam ao próprio funcionamento da jurisdição, cujas finalidades são a solução dos litígios e a efetivação dos direitos já reconhecidos”*⁵⁷.

No plano prático, a consequência processual da decretação da carência de ação é de que a demanda poderá ser novamente proposta, pois não faz coisa julgada material (art. 467 do CPC).

Ocorre que, para a decretação da carência da ação for necessária a instrução probatória, a sentença então será de improcedência, ou seja, de mérito, pois então será verificado que o autor tinha sequer o direito material, não sendo parte legítima, não havendo interesse de agir, ou ainda, sendo impossível o pedido, sendo injusto com a parte contrária a decretação da carência, visto que não tem eficácia de coisa julgada material.

Este também é o entendimento esposado por Luiz Fernando Belinetti, que diz que:

“é certo que o juiz poderá a qualquer tempo declarar a parte ilegítima para a causa, mas desde que o faça com base na análise inicial, e não com base em provas produzidas durante a instrução do feito.

*Se isso ocorrer, e estiver o juiz convicto de que o autor ou o réu não tem titularidade e legitimidade materiais (isto é, não tem o direito subjetivo material ou o dever jurídico respectivo), deverá então julgar o pedido improcedente, conhecendo-lhe o mérito e resolvendo definitivamente a questão”*⁵⁸.

⁵⁷ SANTOS, Ernane Fidélis, Manual de direito processual civil, 1º volume, Ed. Saraiva, 5ª Edição, 1997, São Paulo, p. 52.

⁵⁸ BELINETTI, Luiz Fernando, Ação e condições da ação, p. 265.

Portanto, entendemos que a sentença de reconhecimento da ausência das condições da ação, tanto poderá levar à decretação da carência da ação, com sentenças sem força de coisa julgada material, ou então à improcedência do pedido, no caso da análise das condições embasadas na instrução probatória, análise esta mais aprofundada, que leva ao julgamento do próprio mérito do pedido.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Apresentamos abaixo as principais conclusões a que chegamos, extraídas da análise doutrinária sobre o tema deste trabalho.

1. A partir do momento que o Estado tomou para si o monopólio da justiça, surgiu a jurisdição, sendo que somente no século XIX que o processo civil desvinculou-se do direito material, passando a ser tratado como ramo autônomo do direito, através dos estudos de Oscar Von Bülow;

2. A jurisdição somente surgiu a partir do momento que foi vedada a autodefesa pelo Estado e limitada a auto-composição e a arbitragem, ficando a atividade afeta ao Estado-Juiz, manifestando-se no poder, função e atividade de dizer o direito no caso concreto para pacificar os conflitos de interesse;

3. A ação surgiu como instrumento para a resolução do conflito de interesses e como direito ao exercício da atividade jurisdicional; direito esse previsto constitucionalmente no art. 5º, XXV da Constituição Federal;

4. Para explicar o direito de ação surgiram quatro teorias: civilista ou imanentista, concreta (desdobrada em direito potestativo), abstrata e eclética, adotando o nosso Código de Processo Civil esta última por influência de Leibman;

5. A teoria eclética caracteriza-se por colocar as condições da ação como uma espécie de filtro do exercício da jurisdição, coibindo as ações que não teriam condições

de chegar até o final, demandando esforço desnecessário do Estado. Elenca ela o trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito;

6. As condições da ação seriam, portanto, um juízo de admissibilidade da análise do mérito, impondo à ação um caráter instrumental, com autonomia do direito material, no intuito de dar ao judiciário a preocupação com questões que realmente afetem a integridade do próprio ordenamento jurídico, e não de causas que estão fadadas a não chegar ao final;

7. Quanto à natureza jurídica, a ação é um direito público-subjetivo e autônomo, abstrato e genérico;

8. A ação civil e penal têm os mesmos institutos e características e se diferem apenas pelo objeto ou conteúdo, uma vez que esta última se preocupa com o *ius puniendi*, pois, quando a norma em abstrata não é seguida por parte do infrator, sai o direito de punir do plano abstrato para o concreto;

9. As condições da ação se diferem do mérito, e são de três espécies: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, sendo elas antecedentes lógico-sistemáticos da sentença de mérito;

10. A *legitimatatio ad causam* refere-se à titularidade ativa e passiva da ação, ou seja, à regularidade do poder do autor demandar contra o réu, sobre determinado objeto. Esta legitimidade poderá ser ordinária e extraordinária, também conhecida como substituição processual;

11. O interesse processual ou interesse de agir é representado pela necessidade demonstrada pelo titular da pretensão levada ao poder judiciário, de exercitar e

movimentar a atividade judicante, no intuito de dirimir os conflitos de interesses ou ameaça de lesão, desvinculada do direito material alegado. Está ele assentado no binômio necessidade-utilidade, e deve ser aplicado tanto ao autor como ao réu e a todas as ações indistintamente;

12. A possibilidade jurídica do pedido está calcada na admissibilidade do provimento do pedido pelo ordenamento jurídico, ao menos em abstrato, ou então, por não estar expressamente proibido o pedido formulado;

13. A falta de algumas das condições da ação leva à decretação da carência, nos termos do art. 267, VI, e 301, X, ambos do Código do Processo Civil, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz, por ser matéria de ordem pública;

14. Quando o reconhecimento da falta de alguma das condições da ação ocorre de pleno, é declarada a carência da ação, com a extinção do processo sem julgamento de mérito, e portanto, somente com efeitos da coisa julgada formal;

15. Sendo reconhecida ausência de alguma das condições da ação após a instrução probatória do feito, sendo este reconhecimento embasado nas provas produzidas, o reconhecimento da falta das condições estará relacionada ao mérito do pedido, e portanto a sentença deverá ser de improcedência, com a coisa julgada material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 1º vol., 6ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1997

AMARAL SANTOS, Moacir, Primeiras linhas de direito processual civil, Vol 1, 3ª tiragem, Ed Saraiva

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, Gomes, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil, Ed. Revista dos Tribunais, 1997

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz, 2ª Edição, 1991

BELINETTI, Luiz Fernando, Sentença civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997

Ação e condições da ação, Matéria Publicada na Revista de Processo nº 96.

Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos, Matéria publicada na Revista de Processo nº 98.

CALAMANDREI, Piero, Direito Processual Civil. Trad. Brasileira, Ed. Bookseller, vol. 1, Campinas-SP, 1999

CARNELUTTI, Francesco, Sistemas de direito processual civil, vol. II, Classi Book, São Paulo, 2000

CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de direito processual civil, trad. Brasileira, vol. 1, Ed. Saraiva, 1969, São Paulo

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria geral do processo, 9ª Edição, Ed. Saraiva, 1993

COUTURE, Eduardo J., Fundamentos do direito processual civil, Trad. Por Rubens Gomes de Sousa, Saraiva e Cia, 1946, São Paulo

DINAMARCO, Cândido R., Execução Civil

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – o pensamento do prof. Alfredo Buzaid – matéria publicada na REPRO 72/347

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª Edição, São Paulo, 2000

GOMES, Fábio, Carência de ação, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, São Paulo

GRECO FILHO, Vicente, Direito processual civil brasileiro, 1º volume, 6ª Edição, Ed. Saraiva, 1989, São Paulo

LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil (tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco), Rio de Janeiro, Forense, 1985, 2ª Edição

MARINONI, Luiz Guilherme, Novas linhas do processo civil, 3ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1999

MARQUES, José Frederico, Manual de direito processual civil, vol I. Ed. Bookseller, 1997

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro, Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, matéria publicada na REPRO 46/39

ROCHA, José de Albuquerque, Teoria geral de processo, 4ª Edição, Ed. Malheiros, 1999, São Paulo

SANTOS, Ernane Fidélis, Manual de direito processual civil, 1º volume, Ed. Saraiva, 5ª Edição, 1997, São Paulo

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, Condições da ação e pressupostos processuais, Matéria publicada na REPRO 64/70

SOUSA, Everardo, Interesse de agir, matéria publicada na REPRO 31/33

THEODORO JÚNIOR, Humberto, Processo de conhecimento, t. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, 3ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000