

EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR

**CONDIÇÕES DA AÇÃO: A
ULTRAPASSADA OPÇÃO DO
LEGISLADOR BRASILEIRO DE 1973**

BRASÍLIA

2010

EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR

CONDIÇÕES DA AÇÃO: A ULTRAPASSADA OPÇÃO DO LEGISLADOR BRASILEIRO DE 1973

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Jorge Amaury Maia Nunes.

BRASÍLIA

2010

RESUMO

[TEMA] Relatório Monográfico de Pesquisa no âmbito do direito processual civil, cujo objeto é o exame das condições da ação no âmbito do processo civil brasileiro. [METODOLOGIA] Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica e o posicionamento adotado pelos tribunais superiores brasileiros, a fim de se investigar se a adoção da teoria eclética pelo Código de Processo Civil brasileiro e, conseqüentemente, a exigência do preenchimento de certos requisitos (condições da ação) para o exercício do direito de ação afigura-se viável ou não. [RESULTADOS] O estudo empreendido revelou que o conceito da ação variou ao longo do tempo e que surgiram diversas teorias para explicar a sua natureza, indo desde a corrente privatista, passando pelos concretistas e abstrativistas e finalizando na corrente eclética. Constatou-se que a opção do legislador processual civil de 1973, ao adotar a concepção inaugural da teoria eclética, representa uma atitude passível do recebimento de inúmeras críticas, sobretudo no que se refere à sua inclusão como institutos que devem ser analisados fora do mérito. Modernamente, surgiu a teoria da asserção, que é um entendimento doutrinário que busca compatibilizar a celeridade processual com a teoria eclética.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Geral do Processo; Trilogia Estrutural do Processo; Ação; Teorias; Teoria Eclética; Condições da ação; Elementos da Ação; Classificação da Ação; Teoria da Asserção.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

art.: artigo

arts.: artigos

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC: Código de Processo Civil de 1973

CPC/39: Código de Processo Civil de 1939

id.: idem

ibid: ibidem

Obs.: observação

Ob. cit: obra citada

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. Objetivo.....	7
2. Metodologia	8
3. Desenvolvimento.....	8
CAPÍTULO I – TRILOGIA ESTRUTURAL DO PROCESSO	10
1. Considerações gerais	10
1.1 Jurisdição.....	10
1.2 Processo.....	11
CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO DA TEORIA DA AÇÃO	13
1. Considerações gerais	13
2. Teoria civilista (immanentista ou privatista) da ação.....	13
3. Teoria Concretista	15
4. Teoria Abstrativista	16
5. Teoria Eclética	18
CAPÍTULO III – CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	23
1. Considerações gerais	23
2. Legitimidade de partes (ou legitimação “ad causam”).....	23
3. Interesse de agir (ou interesse processual)	28
4. Possibilidade jurídica do pedido	30
CAPÍTULO IV - ANÁLISE CRÍTICA DA OPÇÃO FEITA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	32
CAPÍTULO V – ELEMENTOS E CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO	41
1. Elementos da ação.....	41
1.1 Partes	41
1.2 Causa de pedir	43

1.3 Pedido.....	44
2. Classificação das ações	44
2.1 Ação de conhecimento	45
2.2 Ação de execução.....	47
2.3 Ação cautelar.....	48
2.4 Ações mandamentais e executivas <i>lato sensu</i>	49
3. Classificação das ações e as reformas no CPC.....	51
CAPÍTULO VI – TEORIA DA ASSERÇÃO	54
CONCLUSÕES.....	58
BIBLIOGRAFIA	65

INTRODUÇÃO

1. Objetivo

Já na escolha do tema central do presente trabalho percebeu-se que a ação, justamente por não ser um tema novo na dogmática processual civil brasileira, é um assunto comum a quase todo escrito que se proponha a tratar do Direito Processual Civil. As condições da ação, em consequência disso, apresentam-se também como um tema igualmente corriqueiro nas obras dos processualistas brasileiros. Isto porque, por opção do legislador brasileiro de 1973, toda ação para ser exercida deve atender a certas condições.

Todavia, classicamente, os processualistas brasileiros, em sua grande maioria, tratam do tema “ação” sem, contudo, enfrentar as falácias das premissas tidas por incontrastáveis acerca da matéria. As condições da ação, por exemplo, herança dos ensinamentos de Enrico Túlio Liebman, são institutos que sempre permearam e ainda permeiam o estudo da Teoria Geral do Processo Civil, mas quase sempre foram objeto de análise superficial pelos citados doutrinadores, consubstanciando-se, na realidade, em mera repetição do quando exposto pela Teoria Eclética.

Modernamente, porém, vez por outra surgem opiniões com o claro objetivo de contrariar, senão por completo, ao menos em parte, a Teoria Eclética da Ação de Liebman, cuja adoção se deu sem retoques pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Esta parcela da doutrina mais moderna que buscou afrontar a teoria liebmaniana considera, em síntese, que as condições da ação, todas elas, devem ser encaradas como questões de mérito fossem, ou ao menos a “possibilidade jurídica do pedido” e/ou a “legitimidade de parte” deve(m) ser enquadrada(s) como tal.

Nesse diapasão, o objetivo do presente do presente trabalho consiste em, a partir de uma análise da evolução histórica das teorias da ação, buscar trazer as principais características de cada uma destas, bem como as críticas pertinentes. O foco principal, todavia, será a Teoria Eclética, haja vista a sua importância para o Direito brasileiro, oportunidade em que serão demonstradas as suas virtudes e as suas deficiências para, ao final, após a investigação da Teoria da Asserção, expor as nossas opiniões sobre o tema.

2. Metodologia

A técnica metodológica utilizada no presente trabalho foi a pesquisa dogmática e instrumental. Assim, buscou-se investigar na doutrina e na jurisprudência pátrias qual o real alcance do sentido da ação no âmbito do Direito Processual Civil, das suas condições - se é que elas realmente existem -, bem como fez-se um traço histórico das principais teorias que surgiram para tentar explicá-la.

O direito comparado não foi esquecido. A doutrina estrangeira, sobretudo a processualista italiana – teóricos que, sem sombra de dúvida, mais contribuíram para o aperfeiçoamento do Direito Processual Civil brasileiro –, encontra-se presente neste trabalho, quer por meio de citações indiretas, quer por meio de citações diretas. Ao longo do texto, podem ser encontradas citações, indiretas e diretas, de Chiovenda, Carnelutti e Liebman, além de notícias acerca das contribuições de Winscheid, Muther, dentre outros tantos doutrinadores estrangeiros que se debruçaram sobre o estudo do Direito Processual Civil.

Já em relação à pesquisa jurisprudencial, priorizou-se os julgados emanados das principais cortes superiores do Brasil, quais sejam, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tal opção não traz demérito algum para os tribunais de segunda instância, pois é nestes em que vida realmente pulsa, haja vista que lidam diretamente com as questões fáticas. Mas optamos por priorizar o STF e o STJ, pois é nestes tribunais, sobretudo no STJ, em que o Direito Processual Civil encontra a sua pacificação.

3. Desenvolvimento

Optou-se por dividir o presente trabalho em seis capítulos, a saber: CAPÍTULO I – TRILOGIA ESTRUTURAL DO PROCESSO; CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DA TEORIA DA AÇÃO; CAPÍTULO III – CONDIÇÕES DA AÇÃO; CAPÍTULO IV – ANÁLISE CRÍTICA DA OPÇÃO FEITA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973; CAPÍTULO V - ELEMENTOS E CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO; CAPÍTULO VI – TEORIA DA ASSERÇÃO.

No primeiro capítulo, optamos por trazer as noções gerais do três institutos que forma a trilogia estrutural do processo: ação, jurisdição e processo. Consideramos necessária a inserção de um capítulo com tal conteúdo no presente trabalho, pois, ao lado da

ação, a jurisdição e o processo formam a base da Teoria Geral do Processo Civil. E esta deve ser o ponto de partida para o estudo de quaisquer temas, salvo raríssimas exceções, relacionados ao Direito Processual Civil.

No segundo capítulo, fizemos um traçado histórico do conceito e natureza jurídica da ação. O objetivo principal deste capítulo, como o é toda análise histórica, é demonstrar que o conceito de ação é valorativo e não normativo, isto é, variou de acordo com as situações vivenciadas em cada época¹.

Os Capítulos III e IV tratam, respectivamente, das condições da ação e das críticas ao legislador processualista brasileiro de 1973 por adotado a Teoria Eclética sem qualquer ressalva. Estes dois capítulos, juntamente com o Capítulo VI, representam o ponto nevrálgico deste trabalho, pois, além de explicar as condições da ação, enfrentam os seus principais problemas.

Em um trabalho que se propõe a tratar da ação não poderia deixar tecer comentários, ainda que perfunctórios, sobre: elementos da ação e classificação das ações. Por isso o Capítulo V foi aqui inserido.

Por fim, no Capítulo VI, tratamos da Teoria da Asserção. O objetivo do seu estudo faz necessário, pois se trata de uma construção teórica recente em que se busca salvar adoção das condições da ação como matéria estranha ao mérito.

¹ Nesse sentido, Kazuo Watanabe discorre que “os conceitos e categorias doutrinárias existem no plano lógico, como instrumentos a serviço da melhor compreensão dos fenômenos. Bem por isso, não podem ser submetidos a um culto irrefletido, como se tivessem existência *per se*, autônoma. A significação e o alcance de cada um deles variam segundo o ângulo visual e o plano de observação do processualista. Como tudo na vida, mais rica é a visão do observador na medida em que analisa um fenômeno por perspectivas diferentes e nada há de errado em tal metodologia, pois o que importa, acima de tudo, além da coerência da linha metodológica, é a apreensão mais completa quanto possível dos dados que permitam a perfeita compreensão do objeto que se está a conhecer”. *In* WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pág. 66.

CAPÍTULO I – TRILOGIA ESTRUTURAL DO PROCESSO

1. Considerações gerais

A ação, sob a ótica do Direito Processual Civil, juntamente com o processo e a jurisdição, forma a tríade conhecida como “trilogia estrutural do processo”². Os três institutos estão umbilicalmente ligados. Nesse sentido, vale trazer à baila as lições do eminente doutrinador Luiz Fux, ao afirmar que “o Estado, substituindo a solução privada, resolve os conflitos intersubjetivos, exercendo a jurisdição. Por seu turno, a jurisdição é prestada através do processo [...]”³. Acrescente a este ensinamento que o conflito intersubjetivo somente será resolvido por intermédio de um processo se a atividade jurisdicional for provocada para tanto por meio da ação.

Nessa perspectiva, como são temas que estão umbilicalmente ligados, surge a necessidade de se examinar, ainda que de forma superficial, os conceitos dominantes na doutrina do processo e da jurisdição. Embora a ação faça parte dessa trilogia estrutural, nos limitaremos a tecer comentários, ao menos neste capítulo, somente sobre o processo e a jurisdição, haja vista que o tema “ação” será objeto de estudo ao longo de todo o presente trabalho.

1.1 Jurisdição

Para Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra⁴, jurisdição é a função do Estado mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve com justiça.

Sob uma outra ótica, jurisdição é a função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que são a ela submetidos pelas pessoas naturais, jurídicas ou pelos

² Atribui-se ao doutrinador argentino Ramiro Podetti a autoria da expressão.

³ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento, Vol. I.* 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, pág. 152.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 131.

entes despersonalizados, em lugar dos interessados, por meio de uma solução prevista no sistema jurídico, na definição de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida⁵.

A nosso sentir, jurisdição pode ser conceituada como uma espécie de atividade privativa do Estado, prestada por órgão regularmente investido na função que, quando provocado, substitui a vontade das partes e, de forma heterônoma, põe fim às lides que lhes são submetidas de forma definitiva, tornando concreta a opção abstrata feito pelo legislador.

Fixada tais premissas, o que importa para presente estudo é que a jurisdição somente poderá ser provocada por do exercício do direito de ação. Esta é condição *sine qua non* para que a jurisdição se retire do seu estado de inércia. Em outro dizer, a jurisdição só existe porque a ação também existe.

1.2 Processo

O processo pode ser conceituado como um procedimento realizado em contraditório e animado pela relação jurídica processual, como bem define Daniel Amorim Assumpção Neves⁶. A relação jurídica processual, por sua vez, é o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos - poderes, faculdades, deveres e ônus.

De acordo com a concepção predominante, o processo constitui uma relação jurídica de direito público, autônoma quanto à relação jurídica de direito material controvertida, complexa (por se constituir de uma série de atos concatenados) e de caráter unitário (pois todos os atos se preordenam à obtenção da sentença de mérito)⁷.

⁵ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil, Vol I*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, páginas 37/38.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2010, pág. 47.

⁷ Por todos, no sentido do texto, Humberto Theodoro Júnior: “De fato, porém, a concepção que permitiu a elaboração científica do direito processual moderno foi, inquestionavelmente, a do processo como relação jurídica de direito público, distinta da relação de direito material, que constitui o seu objeto, e que continua sendo

Os atos interligados correspondem ao procedimento, o qual é a forma peculiar de exteriorização (desenvolvimento) dos atos processuais. No Código de Processo Civil brasileiro de 1973 estão previstos o procedimento comum - ordinário e sumário - e procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária.

No tocante à conceituação do processo, ganha relevo o estudo das teorias acerca da sua natureza jurídica, todavia o seu exame no presente trabalho escaparia aos estreitos limites do estudo do que fora proposto. O importa para cá é que o **processo** é o meio através do qual a **ação** é exercida com o intuito de provocar a atividade jurisdicional (**jurisdição**). A partir dessa premissa simplória é de se perceber que realmente ação, jurisdição e processo encontram-se umbilicalmente ligados, coexistindo em uma relação de interdependência um do outro, daí a importância de se tecer comentários sobre tais institutos.

a que, para fins didáticos, melhor serve à compreensão do processo como instrumento de atuação do Estado na composição dos litígios”. In THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*, Vol. I. 51ª ed. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pág. 56.

CAPÍTULO II - Evolução da Teoria da Ação

1. Considerações gerais

Na evolução do conceito de ação, historicamente, a doutrina foi dividida em dois grandes momentos: i) no primeiro momento, surgiram os defensores da teoria civilista (ou imanentista ou privatista); ii) no segundo momento, advieram os adeptos da teoria transcendentalista. Estes últimos, por sua vez, se subdividem em concretistas, abstrativistas e ecléticos. Examinemos as principais características de cada uma dessas teorias:

2. Teoria civilista (imanentista ou privatista) da ação

Essa teoria remonta ao direito romano, onde a ação era considerada um elemento constitutivo do direito material, um mero acessório deste. Não possuía natureza processual, mas sim substancial, ou seja, a ação era considerada “o próprio **direito material** em movimento, **reagindo a uma agressão ou a uma ameaça**”, como destaca Daniel Assumpção Neves⁸. Tinha lugar toda vez que – **e somente se** - o direito subjetivo principal fosse violado, caracterizando-se exclusivamente como uma forma de tutela reparatória.

Expressão comum à época que traduzia o real conceito de ação, como bem destaca Moacyr Amaral Santos⁹, era a seguinte: “não há ação sem direito; não há direito sem ação; ação segue a natureza do direito”. Savigny foi um dos principais defensores dessa doutrina que vigorou até a metade do século XIX¹⁰.

No direito brasileiro, um bom exemplo de resquícios da adoção da teoria civilista da ação era o teor do artigo 75 do extinto Código Civil de 1916, segundo o qual “*a todo direito corresponde uma ação, que o assegura*”. No dispositivo revogado era evidente que a ação era conceituada como um meio de concretizar um direito, ou seja, somente haveria ação se o autor da demanda realmente possuísse o direito. Em outras palavras, se a sentença

⁸ Ob. cit., negritos originais, pág. 79

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civi*, Vol. I. 25ª ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pág. 156.

¹⁰ ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Método, 2009, pág. 96.

proferida fosse de improcedência, sequer teria existido a ação.

Aproximadamente na metade do século XIX, instaurou-se na Alemanha uma célebre controvérsia entre dois importantes teóricos, a qual ficou famosa como a “polêmica entre Winscheid e Muther”. O embate teve o condão de fixar que o direito lesado e a ação são coisas distintas, ganhando relevo, assim, a principal característica desse instituto: sua autonomia em relação ao direito subjetivo material, como salienta Luiz Guilherme Marinoni¹¹.

A partir da polêmica entre Winscheid e Muther, aquele por intermédio do seu livro “*A actio* do direito romano do ponto de vista do direito hodierno”, de 1856, e este com a sua obra “Sobre a doutrina da *actio* romana, do hodierno direito de ação, da *litiscontestatio* e da sucessão singular da obrigação”, de 1857, como bem destaca Susana Henriques da Costa¹², coube a Adolph Wach, nos idos de 1888, consagrar a autonomia entre o direito de ação e o direito material violado ou ameaçado.

Segundo Wach, a ação teria uma dúplice função: a primeira era a de se voltar contra o Estado em busca de uma prestação jurisdicional e a segunda contra o adversário no litígio no afã de satisfazer o direito material. Mais especificamente, segundo a doutrina de Wach, “o direito de ação é um direito do indivíduo contra o Estado, com o objetivo de obtenção de uma sentença favorável, e ao mesmo tempo um direito contra o adversário, que estará submetido à decisão estatal e aos seus efeitos jurídicos”¹³.

A partir de então, a teoria civilista começou a deixar de ser observada, até mesmo porque não era compatível com algumas situações, como por exemplo não explicava as ações meramente declaratórias negativas, cujo objeto era justamente a declaração da inexistência de uma determinada relação jurídica. Desenvolveram-se, então, as denominadas teorias transcendentalistas, que, como dito, dividiram os doutrinadores em concretistas, abstrativistas e ecléticos.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo, Vol. 1.* 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 164.

¹² COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, pág. 21.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., pág. 80.

O surgimento dessas três teorias representa um marco na história do Direito Processual Civil, pois afasta por completo a concepção privatista do direito de ação.

3. Teoria Concretista

Sobre a teoria concretista, nos ensina Humberto Theodoro Júnior:

Para os defensores da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, este direito público subjetivo, embora diverso do direito material lesado, só existe quando também exista o próprio direito material a tutelar. A ação seria, então, o direito à sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material.¹⁴

É bom destacar que a observação feita pelo insigne processualista mineiro no sentido de que o direito de ação, para os concretistas, apresenta-se como “diverso do direito material lesado” representa uma assertiva aposta no texto com o intuito de deixar evidente que a Teoria Civilista da Ação já fora superada.

Na linha de pensamento de Theodoro Júnior, complementa Susana Henriques da Costa¹⁵ afirmando que a “teoria concreta da ação foi elaborada por Wach, ainda na Alemanha. Para os seguidores desse pensamento, o direito de ação é autônomo e corresponde ao direito à tutela jurisdicional, ou seja, ao provimento de mérito favorável. A ação dirige-se ao juiz e também ao adversário”.

Segundo os defensores dessa corrente, a ação, embora autônoma em relação ao direito material, somente existirá quando a parte obtiver um pronunciamento favorável à sua pretensão, isto é, “só possui o direito de ação quem possui o direito material”¹⁶.

Atribui-se a Wach a autoria dessa doutrina, mas coube a Chiovenda, em 1903, a sua lapidação. Para Wach, a ação seria um direito manifestado contra o Estado e contra o adversário, ao passo que Chiovenda considerava que a ação era exercida contra o réu,

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento, Vol. I.* 51ª ed. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pág. 65.

¹⁵ COSTA, Ob. cit., pág. 23.

¹⁶ SILVA, Edward Carlyle. *Direito Processual Civil.* 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008, pág. 29.

mas este não possuía qualquer obrigação de contrapor-se, estando apenas em um estado de sujeição em relação ao efeito jurídico da vontade da lei. É a chamada teoria do direito potestativo de agir, uma vez que o réu fica sujeito ao direito potestativo do autor, embora não esteja obrigado a demandar em juízo.¹⁷

Todavia, assim como a teoria civilista, a concretista não se encontrava infensa a críticas. O alemão Heinrich Degenkolb e o húngaro Alexander Plósz teceram críticas contundentes sobre ela, fazendo surgir a teoria abstrata da ação, como bem destaca Daniel Assumpção Neves.¹⁸

Os referidos teóricos identificaram algumas situações que não eram passíveis de explicação por meio da teoria concreta da ação: i) de início, aquela teoria não conseguia esclarecer qual o fenômeno jurídico existente quando o pedido fosse julgado improcedente, pois nesse caso o pronunciamento judicial é no sentido de declarar que o direito do autor não existe; ii) posteriormente, os concretistas não explicavam a existência da ação declaratória negativa em que o autor vai a juízo com o intuito de obter uma sentença de declaração de inexistência de relação jurídica; em caso de procedência do pedido, como não havia nenhum direito material de fundo, para os concretistas não teria havido manifestação do direito de ação.

Como dito, ante a ausência de soluções razoáveis para questões como as antes citadas, Degenkolb e Plósz iniciaram o estudo da teoria abstrativista acerca da natureza jurídica do direito de ação, pois, para esses juristas, o direito de agir é, além de autônomo, independente do reconhecimento do direito material.¹⁹

4. Teoria Abstrativista

De acordo com a teoria abstrata da ação ou teoria do direito abstrato de agir, a ação, além de ser um direito autônomo, é também um direito abstrato, que independe da existência do direito material alegado. A ação é “simplesmente o direito de provocar a atuação

¹⁷ MARINONI, Ob. cit., págs. 166/168

¹⁸ NEVES, Ob. cit., pág. 81.

¹⁹ MARINONI, Ob. cit., pág. 165.

do Estado-juiz”²⁰, sendo irrelevante se o provimento jurisdicional será de procedência ou de improcedência. É a ação como direito a uma sentença de mérito, seja ela favorável ou desfavorável ao demandante.

Para os abstrativistas, mesmo quando a sentença julga pela improcedência do pedido do autor, não terá deixado de ter havido ação e a composição da lide. Essa ideia se apresentou como um avanço quando comparada com a teoria concretista. Assim, para aquela corrente doutrinária, é suficiente para o manejo do direito público de ação a invocação de um interesse abstratamente protegido pela ordem jurídica.

Distinguindo a teoria concreta da abstrata, ensina Moacyr Amaral Santos:

Segundo esses processualistas [os defensores da teoria abstrata da ação] não bastava distinguir a ação do direito material invocado, ao qual aquela se condiciona. Tal condicionamento importava reconhecer que existiria ação tão-somente quando fosse acolhida pela sentença, e a realidade lhes parecia outra, muito diversa, pois que não deixa de haver ação quando uma sentença julga o direito invocado pelo autor, como também quando a sentença concede o direito a quem o não tenha realmente. Isso quer dizer que o direito de ação independe da existência efetiva do direito invocado.²¹

Com base em tais lições, percebe-se que a diferença entre a concretude e a abstração do direito de provocar o Estado-juiz está em que, na teoria do direito autônomo e concreto, a ação seria o direito a uma sentença de procedência e na teoria autônoma e abstrata seria direito a uma sentença de mérito, seja ela de improcedência ou de procedência.

O grande mérito dessa teoria é o de reconhecer a abstração entre o direito material e o direito de ação, devendo ficar claro que a abstração vai muito além da autonomia de há muito idealizada. Para seus defensores, o direito de ação é amplo, genérico e irrestrito. Significa dizer que se constitui no direito de provocar o juízo e dele obter-se uma resposta sobre o seu mérito. O direito de ação não está condicionado a requisitos, isto é, os defensores dessa corrente não admitem a existência de condições de ação.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. I. 15ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, pág. 123.

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civi*, Vol. I. 25ª ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pág. 158.

Em virtude de a ação não estar sujeita a condições, é que a inexistência dessas em um determinado caso concreto deve “gerar uma sentença de improcedência, com rejeição do pedido do autor e a declaração da inexistência de seu direito material”.²²

A Teoria Abstrativista, assim como a Concretista, não é imune a críticas, como bem lembra Susana Henriques da Costa, ao invocar os ensinamentos de Calamandrei:

Calamandrei entende que ela [a Teoria Abstrata da Ação] despe o processo de seu caráter privado, pois este seria visto somente sob o ângulo do interesse público. O direito de ação não teria como fundamento o interesse do cidadão de ver o seu direito reconhecido pelo juiz, mas sim, seria totalmente fundado no interesse do Estado no cumprimento do ordenamento jurídico. Classifica como autoritário e coletivista esse entendimento.²³

Lembra também, aquela autora, que Liebman, assim como Calamandrei, tece críticas sobre esta teoria. Segundo ela, Liebman “reconheceu a existência de um direito de ação constitucionalmente garantido, mas concluiu que este direito não tem qualquer relevância para o processo, na medida em que não conduz obrigatoriamente a um provimento sobre o mérito, sobre a pretensão do autor.”²⁴

5. Teoria Eclética

Embora se autointulando abstrativista, coube ao italiano Enrico Túlio Liebman na década de 1940, após a sua estadia no Brasil, o início da sistematização da teoria eclética da natureza da ação, efetivando o seu desenvolvimento definitivo quando de seu regresso à Itália.²⁵

Segundo esta teoria, todos os cidadãos têm o direito de levar suas pretensões ao judiciário, tal como identificado por Liebman no art. 24, primeira parte, da Constituição da República Italiana, “ao consagrar que todos podem agir em juízo para a tutela de direitos e

²² NEVES, Ob. cit., pág. 82.

²³ COSTA, Ob. cit., pág. 30

²⁴ COSTA, *Id.*, pág. 31.

²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5ª ed., rev. e atual. por Jaqueline Mielke Silva e Luiz Fernando Baptista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, págs. 103/104, notas n.ºs 81 e 83.

interesses legítimos”²⁶; todavia, tal direito abstrato e genérico somente poderá ser exercido se estiverem preenchidas certas condições, as chamadas condições da ação.

Entretanto, citando Liebman, Marinoni adverte que:

Porém, esse direito de agir, garantido constitucionalmente, não se confunde com a ação, pois essa, embora se funde no direito constitucional de acesso aos tribunais (no direito de agir), em si mesma ‘nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular e identifica-se por três elementos bem precisos: os sujeitos (autor e réu), a *causa petendi* (i. e., o direito ou relação jurídica indicada como fundamento do pedido) e finalmente o *petitum* (que é o concreto provimento judicial postulado para a tutela do direito lesado ou ameaçado)²⁷

Ovídio Baptista e Fábio Gomes também se manifestam sobre o tema, citando o mestre italiano:

A ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, deve ser tida, segundo propugna Liebman, como direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide, ou, em suma, a análise do mérito. Impõe-se, neste passo, o esclarecimento sobre a posição de Liebman a respeito de *lide, mérito e jurisdição*.

A *lide* é conceituada por Liebman como o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. Não aceita ele, por conseguinte, o conceito carneluttiano, com toda razão afirmando, apoiado em Calamandrei, que, se o conflito de interesses não entrar para o processo tal como se verificou na vida real, descaberá ao juiz conhecer do que não constitui objeto do pedido.

Já o conceito de *mérito* identifica-se com o de *lide*. Incluem-se no *mérito* todas as questões que, de qualquer forma, se refiram à controvérsia existente entre as partes e submetida ao conhecimento do juiz, cuja solução pode levar ao julgamento do pedido, quer para acolhê-lo, quer para rejeitá-lo.

Entende Liebman por *jurisdição* a atividade do Poder Judiciário que viabiliza, na prática, a realização da ordem jurídica mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas. E essa realização só é conseguida pela *decisão de mérito*.

Nas palavras do próprio mestre italiano, ação:

²⁶ MARINONI, Ob. cit., pág. 172.

²⁷ *Id.*, *Ibid.*, pág. 173.

[...] é um direito subjetivo diferente daqueles regidos pelo direito substancial, porque é dirigido ao Estado, sem se destinar a uma prestação deste. É, antes disso, um *direito de iniciativa e impulso*, direito do particular de pôr em movimento o exercício de uma função pública, da qual espera obter a tutela de suas pretensões, dispondo, para tanto, dos meios previstos pela lei para defendê-las (embora sabendo que o resultado poderá ser-lhe desfavorável); é, pois, um direito fundamental do particular, que qualifica sua posição no ordenamento jurídico e perante o Estado, conferido e regulado pela lei processual mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos esculpido seu traço essencial.²⁸

E arremata ele, afirmando que “quando, em determinado caso, faltam as condições da ação ou mesmo uma delas (*interesse e legitimação para agir*), dizemos que ocorre *carência da ação*, devendo o juiz negar o julgamento do mérito e então declarar inadmissível a demanda”^{29 e 30}.

Assim, em resumo, segundo Liebman, a ação é um direito ao julgamento do mérito seja este resolvido por meio de um pronunciamento judicial tanto favorável como desfavorável ao pedido do autor, mas o que realmente importa é que suas condições estejam preenchidas. Isto é, é a presença de certas condições que caracteriza se determinada manifestação em juízo é ou não ação, como bem destacado por Marinoni³¹: “O que importa, para a configuração da ação, é a presença das suas condições, a princípio delineadas por Liebman como legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, e posteriormente por ele reduzidas apenas à legitimidade para agir e interesse.”

Assim, como bem salientado pelo festejado autor, inicialmente, Liebman identificou três condições que devem estar presentes na ação para sua completa configuração, quais sejam, legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Todavia, o principal fundamento dos defensores dessa corrente inclinava-se no sentido de que nenhuma das condições enumeradas se confundem com o mérito da demanda, afigurando-se,

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil. Vol. I.* 3ª edição, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, págs. 201/202.

²⁹ *Id.*, *ibid.*, pág. 200.

³⁰ Conforme será examinado, inicialmente, Liebman previa três condições da ação, a saber: legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Posteriormente, sua teoria foi revista e a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser encarada como condição da ação a passou a integrar o mérito da causa.

³¹ MARINONI, Ob. cit., pág. 173

na realidade, como elementos estranhos àquele.

Como na década de 1940 Liebman residia no Brasil, sua teoria influenciou a grande maioria dos processualistas brasileiros, criando uma verdadeira legião de ilustres discípulos, a exemplo de Alfredo Buzaid, Humberto Theodoro Júnior, Moacyr Amaral Santos, Vicente Greco Filho, dentre outros tantos expoentes. Essa influência resvalou, inclusive, para o Código de Processo Civil de 1973, que foi editado tendo por base a teoria eclética, em um verdadeiro tributo ao mestre italiano.³²

Embora o artigo 3º do Código de Processo Civil de 1973 deixe dúvidas sobre se houve a adoção *integral* da teoria eclética, uma vez que fez menção apenas ao interesse e à legitimidade, o inciso VI do artigo 267³³, por sua vez, é exemplo irrefutável de que a doutrina inicialmente desenvolvida por Liebman foi seguida sem qualquer restrição, haja vista que ali está expresso que não haverá exame do mérito e, conseqüentemente, o processo será extinto sem a análise daquele, se não estiverem presentes a possibilidade jurídica, a legitimidade de partes ou o interesse processual.

Como se vê, a teoria eclética se aproxima muito da abstrativista ao considerar a ação como um direito *autônomo* – por não se apresentar como um acessório do direito substantivo - e *abstrato* - por não condicionar a existência do processo à do direito material -, mas se distancia dela ao estabelecer condições para o seu exercício, fazendo, ainda, dessas condições uma categoria externa à análise do mérito da demanda.

Por conta dessa proximidade com os abstrativistas, Cândido Rangel Dinamarco considera o mestre italiano um abstrativista “moderado”:

Por outro lado, embora repudie o Mestre aquelas concepções da *ação como direito abstrato* que a põem como um direito inerente à própria personalidade e por isso acima de qualquer requisito ou condição de existência, não é correto negar que seja também ele um *abstratista*; são abstratistas todas as teorias para as quais a ação se considere existente ainda quando inexistente o direito subjetivo material afirmado (ou seja,

³² NEVES, Ob. cit., págs. 82/83.

³³ CPC, Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

abstraindo-se da existência deste), e isso é expressa e reiteradamente afirmado na obra de Liebman. Diz que ter ação significa ter *direito ao provimento de mérito*, ficando na área do direito material a definição quanto a ser favorável ou desfavorável esse provimento. O que afasta o Mestre dos abstratistas mais extremados é a distinção, que ele faz, entre *ação como garantia constitucional* (esta, sim, incondicionada) e a ação como instituto disciplinado em nível infraconstitucional; a primeira assegura o respeito da lei ordinária ao instituto da ação, o qual por sua vez constitui “uma specificazione, una determinazione, un particolare grado di condensazione” da garantia constitucional. As *condições da ação* é que realizam essa especificação, revelando-se no plano concreto de *una fattispecie determinata ed esattamente individuata*. A propósito delas e especialmente de sua redução a duas (legitimidade e interesse de agir).³⁴

Durante um longo período, no Brasil, a teoria liebmaniana parecia uma barreira intransponível, uma vez que os doutrinadores brasileiros, em sua grande maioria, apenas reproduziam os ensinamentos do mestre italiano sem, contudo, efetuar uma análise crítica mais aprofundada do tema, a fim de investigar os pontos controvertidos de sua teoria, sobretudo no que toca ao enquadramento de *todas* as condições da ação como categoria distinta do mérito da causa.

Todavia, modernamente, embora ainda tímidas, inúmeras são as vozes que ecoam na doutrina processualista brasileira buscando afrontar os dogmas até então incontrastáveis da teoria liebmaniana, seja porque o referencial teórico já fora reformulado pelo seu próprio idealizador³⁵, seja porque, em muitas das vezes, algumas das condições da ação se confundem com o próprio mérito.

Não obstante a existência de doutrinadores de escol buscando demonstrar a necessidade de uma releitura da teoria eclética, o estudo das condições da ação ainda se apresenta indispensável no direito processual civil brasileiro, pois a opção feita pelo legislador de 1973 ainda vigora até os dias atuais.

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil. Vol. I.* 3ª edição, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, págs. 202/203, nota 126.

³⁵ Enrico Túlio Liebman, já na 3ª edição do seu Manual de Direito Processual Civil, editado quando do seu retorno à Itália, em 1970, reformulou sua teoria, deixando de mencionar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

CAPÍTULO III – CONDIÇÕES DA AÇÃO

1. Considerações gerais

Como dito, o Código de Processo Civil editado em 1973 adotou expressamente a teoria eclética da ação, tal como inicialmente idealizada por Liebman. Essa opção legislativa faz com que se torne indispensável o estudo das condições da ação no âmbito de uma Teoria Geral do Processo Civil. São três as condições para um julgamento de mérito (ou condições da ação, como quer Liebman): legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Sobre o tema, vale transcrever os ensinamentos de Susana Henriques da Costa³⁶ lançados em monografia específica sobre o assunto: “as condições da ação são requisitos para a existência válida do direito de ação apto a alcançar sua finalidade maior, qual seja, uma sentença de mérito que repercuta no direito material. Somente se existentes, permitem que o juiz profira um pronunciamento a respeito do mérito do processo”.

2. Legitimidade de partes (ou legitimação “ad causam”)

A legitimidade (ordinária) de partes é a condição que se refere ao elemento subjetivo da demanda. Serão legítimos para figurar como partes em um dado processo autor e réu na hipótese em que ambos sejam as pessoas envolvidas na relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Tanto o réu como o autor necessitam de legitimidade para estar em juízo.

Acerca da legitimidade de partes, discorre Liebman:

Coisa diferente é a *ação*, o direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo e cuja fisionomia se acha delineada já na 1ª parte do art. 24 da Constituição [Italiana]: o direito de agir em juízo é realmente atribuído para a tutela dos *próprios* direitos e interesses legítimos, e isso significa que não pertencia a quem postulasse tutela para direitos alheios. Eis uma primeira indicação que serve para individualizar a pessoa que, caso por

³⁶ COSTA, Ob. cit., págs 35/36.

caso, pode efetivamente agir em juízo: *legitimação para agir*.³⁷

Mais à frente arremata o mestre italiano:

Legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) é a titularidade ativa e passiva da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] 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.³⁸

Para Moacyr Amaral³⁹, “são legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito; legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão; passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão. Fala-se então em legitimação ordinária, porque a reclamada para a generalidade dos casos”.

Não há que se confundir, sob pena de haver manifesta vinculação à já superada teoria concretista da ação, a titularidade de uma relação jurídica de direito material com a titularidade de um direito. Isto porque, por exemplo, determinado autor poderá ser o titular de determinada relação jurídica, apresentando-se como parte legítima, portanto, mas não ser detentor do direito alegado. Nesse caso, não se lhe é negado o direito à ação, mas certamente a decisão do mérito lhe será desfavorável.

O eminente doutrinador mineiro Ernane Fidélis, em seu Manual de Direito Processual Civil, bem esclarece o assunto:

O direito de ação é abstrato e a relação processual autônoma e independente. Em razão dessa abstração e autonomia, não se pode dizer que só possa propor ação quem seja sempre o titular do direito e que o pedido só pode ser feito contra o obrigado da relação de direito material. Não, afaste-se tal entendimento por demais pernicioso. A pessoa pode não ter o direito e ser parte legítima para propor ação. Alguém se diz credor de outro e pretende receber. O juiz diz que o crédito não existe, mas procurou receber quem se dizia credor contra quem alegava ser credor.⁴⁰

Legitimidade de partes é também conhecida como legitimidade *ad causam* e

³⁷ Liebman, Id., pág. 199.

³⁸ Id. *Ibid.*, pág. 208

³⁹ SANTOS, Ob. cit., pág. 179.

⁴⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento, Vol 1*. 13ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pág. 53.

não se confunde com a legitimidade *ad processum*, uma vez que esta é mais abrangente do que aquela, na medida em que é o poder jurídico que as pessoas possuem para atuar nos processos em geral (capacidade para ser parte).

Sobre o tema cabe, ainda, a análise do instituto da legitimação extraordinária.

Ocorrerá a legitimidade extraordinária toda vez que, devidamente autorizado pela lei, alguém pleitear em juízo em nome próprio direito alheio, tal como dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil. Isto é, embora a pessoa que pleiteia algo em juízo não faça parte da relação jurídica de direito material de fundo, ela poderá fazê-lo quando autorizado por lei.

A autorização legislativa é condição *sine qua non* para que haja legitimação extraordinária, conforme dispõe o art. 6º do Código de Ritos⁴¹. É dizer, a substituição processual – sinônimo de legitimação extraordinária, consoante será visto -, nunca poderá advir de um simples ato negocial.

A previsão expressa no Código de Processo Civil pátrio de exigência de um ato normativo para que seja possível a legitimação extraordinária é herança dos ensinamentos de Liebman⁴², segundo o qual “em casos expressamente indicados em lei pode ser reconhecida ao terceiro *legitimação extraordinária*, que lhe confere o direito de perseguir em juízo ‘um direito alheio’”.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Araken de Assis⁴³ e Luiz Guilherme Marinoni *et. al.*⁴⁴, tentam distinguir legitimação extraordinária de substituição processual, como se esta fosse espécie do gênero daquela. Todavia, estamos com outra parcela

⁴¹ “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, **salvo quando autorizado por lei.**” (destacamos)

⁴² LIEBMAN, Ob. cit., pág. 211.

⁴³ ASSIS, Araken de. *Substituição Processual*. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 9, páginas 9/23, 2003, págs. 16/17.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 68.

considerável da doutrina, *verbi gratia*, Humberto Theodoro Júnior⁴⁵, e pensamos que são expressões sinônimas.

A doutrina que pensa em sentido contrário (isto é, que entende que legitimação extraordinária e substituição processual são institutos distintos) considera que substituição processual ocorrerá toda vez que o legitimado extraordinário atuar no processo de forma isolada, substituindo isoladamente o legitimado ordinário, isto é, sem a participação deste. Para eles, se houver a possibilidade de participação do legitimado ordinário, não será hipótese de legitimação extraordinária, mas sim de substituição processual.

A legitimação extraordinária pode ser assim classificada quanto à posição em relação ao legitimado ordinário:

a) exclusiva

Na legitimação extraordinária exclusiva somente o legitimado extraordinário poderá atuar em juízo, excluindo a possibilidade de o legitimado ordinário fazê-lo. Um bom exemplo para a espécie é a ação popular, em que o cidadão-autor atua como legitimado extraordinário na defesa de interesse supra-individual e inexistente o legitimado ordinário.

b) concorrente

Nessa espécie de legitimação extraordinária, tanto o legitimado ordinário como o extraordinário podem demandar isoladamente ou em conjunto, formando um litisconsórcio facultativo. O exemplo que bem elucida o tema é a atuação do Ministério Público na ação de investigação de paternidade, em que o *parquet* poderá atuar em conjunto com o autor.

c) subsidiária

A legitimação extraordinária subsidiária ocorre quando o legitimado

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Ob. cit., págs. 73/74.

ordinário se omite em demandar. O melhor exemplo da espécie é o §3º do artigo 159 da Lei 6.404/76⁴⁶ (Lei das Sociedades Anônimas), que confere legitimidade ao acionista para demandar, em nome da sociedade empresária, em face do administrador em decorrência dos danos causados à sociedade anônima, quando não propõe a ação no prazo de três meses contados da deliberação da assembléia que se inclinou no sentido do ajuizamento da demanda.

Por fim, deve ser dito que substituição processual (ou legitimação extraordinária) não se confunde nem com sucessão processual nem com a representação processual.

Ocorrerá sucessão processual quando uma parte se retira do processo, vindo uma outra a ocupar o seu lugar. No direito brasileiro, o instituto está regulado entre os artigos 41 a 43 do Estatuto Processual⁴⁷, embora nestes dispositivos o legislador, de forma equivocada, diga-se, tenha dado ao tema o nome de ‘substituição’.

Por sua vez, na representação processual, o representante atua em juízo em nome alheio na defesa de direitos e interesses alheios. Em outro dizer, “o representante exerce a ação do representado em nome e por conta deste, não sendo parte na causa”⁴⁸, “mas mero sujeito que dá à parte a capacidade de estar em juízo”⁴⁹, trata-se de um fenômeno relacionado à capacidade de estar em juízo (*legitimatío ad processum*).

⁴⁶ “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...]§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.”

⁴⁷ CPC, “Art. 41. Só é permitida, no curso do processo, a **substituição** voluntária das partes nos casos expressos em lei. Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. § 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária. § 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente. § 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário. Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265.” - destacamos

⁴⁸ LIEBMAN, Ob. cit., pág. 211.

⁴⁹ NEVES, Ob. cit., pág. 90.

3. Interesse de agir (ou interesse processual)

Acerca do interesse de agir, nos ensina Liebman:

[...] como o direito de agir é concedido para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que existe apenas quando há necessidade dessa tutela, ou seja, quando o direito ou interesse legítimo não foi satisfeito como era devido, ou quando foi contestado, reduzido à incerteza ou gravemente ameaçado. Individualiza-se, com isso, a situação objetiva que justifica a propositura de uma demanda: é o que se chama de *interesse de agir*.⁵⁰

A jurisdição somente poderá ser provocada por meio do direito da ação se o autor tiver interesse para atuar na demanda. O interesse se manifesta sempre por meio do binômio necessidade-utilidade. Será necessária a atuação judicial toda vez que de outra forma não puder ser obtido o proveito que se pleiteia em juízo. Haverá utilidade, por sua vez, toda vez que, por meio da atividade jurisdicional, o autor puder obter um resultado mais favorável, mais útil, mais vantajoso do que aquele que obteria sem a intervenção do Poder Judiciário.

Nesse sentido, vale trazer os ensinamentos de Fredie Didier:

“há interesse de agir se há necessidade e utilidade da atuação jurisdicional. A necessidade da tutela jurisdicional, que conota o interesse, decorre da exposição fática consubstanciada na causa de pedir remota; a utilidade do provimento jurisdicional também deve ser aferida à luz da situação substancial trazida pelo autor da demanda”.⁵¹

Essa necessidade tanto pode decorrer de imposição legal, quando, *verbi gratia*, o autor tiver por objetivo obter uma separação judicial ou um divórcio quanto de ato negocial, na hipótese de negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação ou permitir o alcance de determinado resultado, como é o exemplo do devedor que não paga o débito no vencimento.⁵²

⁵⁰ LIEBMAN, Ob. cit., pág. 199.

⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação. O Juízo de Admissibilidade do Processo*. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2010, pág. 278.

⁵² WAMBIER *et al.*, ob. cit., pág. 130

O binômio necessidade-utilidade goza da mais ampla aceitação na doutrina brasileira, todavia existem alguns autores, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco⁵³, que agregam uma terceira característica ao interesse de agir: a adequação. Essa parcela da doutrina considera que, além de útil e necessária, a ação somente poderá ser exercida se o autor o fizer utilizando a forma adequada, ou seja, se adotar o procedimento correto. Tal posição, todavia, não resiste ao confronto com os princípios da economia e celeridade processual, uma vez que, na hipótese de o autor não eleger a via adequada para tutelar o seu direito, o juiz poderá converter o feito no procedimento ordinário.

A posição de Dinamarco reflete exatamente o pensamento de Liebman, para quem:

O interesse de agir decorre da *necessidade de obter através do processo a proteção do interesse* substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame da demanda para conceder ou negar o provimento postulado quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando esse provimento fosse em si mesmo **inadequado** ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei. – negritamos.

Todavia, como visto, a maioria da doutrina moderna entende que a adequação não deve ser encarada como uma faceta do interesse de agir, como sentenciam Didier:

Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. Um exemplo talvez sirva para expor o problema: se o caso não é de mandado de segurança, pode o magistrado determinar a emenda da petição inicial, para que o autor providencie a adequação do instrumento da demanda ao procedimento correto. Aproveitam-se os atos praticados, evitam-se novo pagamento de custas e nova autuação; enfim, interpretam-se as regras processuais como elas devem ser interpretadas: em benefício da efetivação do direito material. Não

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Volume I*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, págs. 302/303.

existisse o inciso V do art. 295, sobraría a regra da instrumentalidade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma.⁵⁴

4. Possibilidade jurídica do pedido

Para boa parte da doutrina, a exemplo de Moniz de Aragão⁵⁵, o pedido será possível toda vez que não haja expressa vedação no ordenamento para a sua concessão, posicionamento que não se confunde as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso⁵⁶, ao afirmar que “a possibilidade jurídica é concebida como a necessidade da previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte”.⁵⁷

Nos parece que Moniz de Aragão foi mais feliz da definição da “possibilidade jurídica do pedido”. Isto porque, em tempos em que se consagra cada vez mais o amplo acesso à justiça, deve-se permitir ao autor formular todo tipo de pedido perante o Judiciário, desde que o seu pleito não encontre vedação no ordenamento jurídico.

A possibilidade jurídica do pedido é a condição da ação que mais sofre

⁵⁴ DIDIER, ob. cit., pág. 288.

⁵⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. II*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, págs 394, onde se lê: “a possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vista à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável”.

⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1996, pág. 117.

⁵⁷ A propósito do tema, confira-se este julgado do STJ: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. POSSE EXERCIDA APENAS SOBRE PARTE DE IMÓVEL URBANO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. AFASTAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL À PRETENSÃO DA AUTORA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O processo de usucapião extraordinária foi extinto sem resolução de mérito por suposta impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que a autora pretende usucapir área que, de fato, não possui. 2. No entanto, tal fundamento não revela qualquer vedação legal à aquisição do imóvel, conseqüentemente, à pretensão de usucapi-lo. Em realidade, se de posse ininterrupta e sem oposição não se trata - como exige o art. 550 do CC/16 -, cogitar-se-ia de improcedência do pedido e não de impossibilidade jurídica. 3. **A possibilidade jurídica do pedido consiste na admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional. 4. Com efeito, inexistindo vedação legal à pretensão da autora, não se há cogitar de falta de condições para o exercício do direito de ação. 5. Recurso especial provido.** (REsp 254417/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 02/02/2009)” – destaques nossos. Como se vê, nesse julgado, o STJ uniu os dois conceitos da possibilidade jurídica do pedido.

crítica por parte da doutrina nacional.⁵⁸ Isto se deve ao fato de que a grande maioria dos processualistas considera que não há razão, nem lógica nem jurídica, para analisar a possibilidade jurídica do pedido de forma distinta da análise do mérito.⁵⁹

O primeiro argumento utilizado para embasar a premissa refere-se ao fato de que a teoria eclética foi modificada pelo seu próprio idealizador quando de seu regresso à Itália, mas a alteração não foi observada pelo legislador ao editar o Código de Processo Civil em 1973. O próprio Liebman, ao reformular a sua teoria, deixou de enquadrar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação para fazer a sua inclusão no interesse de agir.

As críticas à adoção da possibilidade jurídica do pedido como mais uma condição da ação serão lançadas em tópico próprio, no capítulo seguinte.

⁵⁸ DIDIER,... *Pressupostos...*, pág. 222.

⁵⁹ Liebman, em seu último posicionamento, não considerava como parte integrante do mérito, mas sim como integrante do interesse de agir, como salienta Fredie Didier, citando Dinamarco: “Como informa dileto discípulo do mestre italiano, Cândido Dinamarco, tendo sido permitido o divórcio na Itália, em 1970, Liebman, a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, retirou a possibilidade jurídica do rol das condições da ação – pois esse, o divórcio, era o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido -, passando agora a integrar o conceito de interesse de agir.” In, DIDIER,... *Pressupostos...*, pág. 222.

CAPÍTULO IV - Análise crítica da opção feita pelo Código de Processo Civil de 1973

Como dito, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, adotou integralmente a teoria que inicialmente foi desenvolvida por Liebman quando de sua estadia aqui no Brasil na década de 1940, no período da Segunda Guerra Mundial. Assim, a carência de qualquer uma das condições da ação, no direito brasileiro, acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito.

Todavia, a adoção da teoria eclética para definir a ação, embora tivesse representado um grande avanço para a doutrina brasileira de sua época, hoje, além de se apresentar já um tanto quanto ultrapassada, é alvo de críticas contundentes oriundas de boa parte da doutrina moderna nacional.

Passemos, então, à análise crítica da opção do legislador processual civil de 1973.

De saída e antes de discutirmos sobre a Teoria Eclética, deve ser verificado se a existência de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o teor do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República⁶⁰, isto é, deve ser feito o seguinte questionamento: será que o Código de Processo Civil de 1973, ao condicionar o ingresso em juízo ao preenchimento de certas condições, fora recepcionado na espécie pela Constituição de 1988?

A grande maioria dos autores deixa de enfrentar o tema. Cássio Scarpinella, porém, a despeito de efetuar a aludida compatibilização, analisa o tema à luz da teoria dos direitos fundamentais, afirmando que, por inexistirem direitos e princípios absolutos, a garantia encartada no artigo 5º, XXXV, pode e deve sofrer mitigações. No caso, as condições da ação seriam uma dessas mitigações. Vejam-se as lições do autor paulista:

O que releva para cá, portanto, é constatar (e aplicar) a noção que art. 5º,

⁶⁰ Esse é o teor do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa de 1988: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Segundo parte da doutrina, esse dispositivo consagra o princípio da “inafastabilidade da jurisdição”, ao passo que outra parcela considerável o vê como a positivação do princípio do “acesso à justiça”.

XXXV, da Constituição Federal não é absoluto e, como tal, ele aceita, à luz de outros princípios, de outros valores, certas atenuações, certas ponderações, para que o Estado e, em específico, o seu modo de atuar (o processo) atinjam suas finalidades precípua.

As condições da ação, entendidas neste contexto do ‘modelo constitucional do processo civil’, têm como finalidade precípua a de evitar desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, racionalizando sua prestação com vistas à concessão da tutela jurisdicional. A opção política feita pelo Código de Processo Civil brasileiro ao disciplinar as ‘condições da ação’ encontra fundamento suficiente no art. 5º, LXXIII, e, mais amplamente, antes dele o princípio do devido processo legal do inciso LIV do mesmo art. 5º, ambos da Constituição Federal (v ns. 15 e 4 do Capítulo 1 da Parte II, respectivamente): as condições da ação são técnicas para implementar maior celeridade processual e, mais amplamente, para a racionalização do exercício da própria atividade judicial, permitindo uma escorreita atuação jurisdicional.

As condições da ação são fenômenos que se justificam no e para o plano do direito processual, e o que interessa mais de perto para este *Curso*, no e para o plano do direito processual civil. Porque o ‘processo’ é mecanismo de atuação do Estado-juiz que só exercitará a função jurisdicional se devidamente provocado e só prestará tutela jurisdicional para quem fizer a ela jus, isto é, ao titular da situação de direito material lesionado ou ameaçado, a ação só pode se entendida como esta necessária *provocação* do Estado para que preste a jurisdição. As *condições mínimas* para que alguém possa provocar a função jurisdicional se, é certo, *aproximam* os planos material e processual, não faz com que eles sejam confundidos, tratados como se fossem uma só realidade. Não são. Muito diferentemente, aquela necessária *relação* entre os dois planos e que é evidenciada naquelas *condições mínimas* de provocação do início da função jurisdicional, de rompimento da *inércia* da prestação jurisdicional, apenas confirmam que, por razões históricas e políticas, por causa de outra concepção do Estado como um todo e da função jurisdicional em particular, talvez não tenha tido condições de ser evidenciado na doutrina científica do direito processual civil: que a função jurisdicional não deve ser exercida à toa, desnecessariamente, em vão. É inconcebível, à luz do ‘modelo constitucional do processo civil’, que o Estado-juiz atue de modo não-eficiente, não-racionalizar, não-otimizado (art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal). As condições da ação garantem, por isto mesmo, a realização do ‘modelo constitucional do processo civil’.⁶¹

Ultrapassada essa fase de compatibilização das condições da ação com o direito constitucional vigente, passemos à análise das críticas doutrinárias acerca da teoria eclética.

⁶¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, Vol. 1, págs. 360/361.

Em importante construção teórica, Didier, citando Adroaldo Furtado Fabrício, deixa claro que o só fato de o legislador do Código de Processo Civil ter positivado as condições da ação como categoria estranha ao exame do mérito, não impede que o intérprete questione os critérios por ele utilizados:

Ao jurista, no entanto, o campo de especulação é mais extenso. Cabe-lhe apontar, entre outras coisas, os manifestos equívocos legislativos no trato da matéria, interpretando a norma não apenas de acordo com o seu código genético, mas em confronto com todo sistema, de forma a dar-lhe o mínimo de coerência e aplicabilidade. Em momento brilhante, ensina-nos Adroaldo Furtado Fabrício que nada impede ‘que se questionem os critérios do legislador, em nível doutrinário e até com vistas a uma interpretação e análise crítica dos textos que possa eventualmente relativizar a adesão do legislador a conceito tão polêmico, ainda sujeito a tormentosa controvérsia e tenaz oposição.’ O silêncio sobre o assunto em nada ajuda na explicação destas realidades jurídicas.⁶²

A primeira crítica que se verifica, conforme já destacado quando do estudo da possibilidade jurídica do pedido, refere-se ao fato de que a teoria eclética foi modificada pelo seu próprio idealizador quando de seu regresso à Itália, mas a alteração não foi observada pelo legislador ao editar o Código de Processo Civil em 1973. Liebman, ao reformular a sua teoria, deixou de enquadrar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação para fazer a sua inclusão na análise do interesse de agir.

É que Enrico Túlio Liebman, já na 3ª edição do seu Manual de Direito Processual Civil, editado na década de 1970, revisitou sua teoria, deixando de mencionar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

A exclusão levada a cabo pelo mestre italiano se deu porque o único exemplo de que ele se utilizava para categorizar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação era o divórcio, que, na Itália, à época, era vedado. Assim, dizia ele, embora em outras palavras: o pleito em juízo do autor no sentido de dissolução do casamento pelo divórcio era o caso de extinção do processo sem resolução do mérito por carência da ação,

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. In: *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*. Artigo disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918&p=1>. Acesso em 18/12/2009 as 15hs.37.

haja vista ser um pedido vedado pelo ordenamento. Como, quando do seu retorno ao seu país de origem, não mais existia a vedação, impôs-se a sua releitura, que culminou na retirada da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

Em verdade, outra não poderia ser a atitude. Isto porque, por mais que se tente salvar a ideia, não há como conferir logicidade ao enquadramento da análise da possibilidade jurídica do pedido fora do exame do mérito, vez que se trata de análise do direito material invocado.

Nos valeremos de um exemplo para melhor elucidar a questão: determinado indivíduo ingressa em juízo com uma demanda visando à obtenção de uma sentença que declare que ele adquirira determinado **bem público** por de usucapião. Obviamente, o pedido é vedado pelo nosso ordenamento jurídico a teor do que dispõe o artigo 183, §3º, da Constituição da República. Diante de uma demanda como essa, o magistrado deve extinguir o processo sem resolução do mérito, em face de o pedido ser juridicamente impossível, ou julgar improcedente o mesmo? A nosso sentir, sem sombra de dúvidas, o pedido deverá ser julgado improcedente.

Expliquemos:

A existência das condições da ação é comumente justificada como uma forma de prestigiar a celeridade e a economia processual, pois a ausência de qualquer uma delas acarretaria a extinção do processo de forma prematura; não seria necessária a análise dos pressupostos processuais e do mérito.

Em uma análise apressada e perfunctória, poder-se-ia pensar, então, que no exemplo dado a melhor solução, em homenagem a economia e à celeridade, seria o reconhecimento da carência da ação e a conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito. Todavia, ao examinar o contexto somente sob essa ótica, o intérprete estaria olvidando-se que uma sentença proferida com base naquele fundamento não formaria a coisa julgada material.

Ora, ao fazer apenas a coisa julgada formal, nada impediria que o mesmo

autor ajuizasse inúmeras outras demandas buscando a procedência do mesmo pedido juridicamente impossível. Ante essa suposição, há de ser questionado: que economia processual terá trazido a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito por carência da ação? A toda evidência, nenhuma!

Além do mais, resta evidente que, se o pedido for vedado pelo ordenamento jurídico, falece ao autor, na realidade, o próprio direito material. E a análise do direito material, e sobre isso não restam dúvidas, somente pode ser feita no mérito da causa.

Por isso reafirmamos, com o perdão das posições contrárias, que a possibilidade jurídica do pedido não pode ter um enquadramento autônomo e distinto do mérito, pois, como visto, com este aquela “condição da ação”⁶³ se confunde.

Pensamos que não só a possibilidade jurídica do pedido deve ser retirada do *status* de condição da ação; o mesmo deve ser feito com a legitimidade de partes. A favor em parte de nossa tese, citamos a posição radical de Fredie Didier:

Acreditamos que **as condições da ação devem ser extraditadas**, em definitivo, no nosso ordenamento (assim como Catilina, de Roma), por se constituírem em equívoco do legislador que nos tem levado a outros equívocos, em razão de perplexidades até agora não solucionadas, as quais teimamos, por devoção ao santo, em mal-resolver com a aplicação cega e irrestrita de uma teoria que se mostra falha em sua essência.⁶⁴ (negritos nossos).

Alguns doutrinadores, em posição mais cômoda, preferem o caminho mais curto: já que Código de Processo Civil prevê as condições não faz sentido tentar negar a sua existência. Cite-se, por exemplo, Cássio Scarpinella Bueno:

Negar a existência de condições da ação no direito processual civil brasileiro, contudo, é recusar aplicação às regras pertinentes do Código de Processo Civil. O art. 3º, o art. 301, X, e, em especial, o art. 267, VI, e os incisos II e III do art. 295, bem assim o inciso III do parágrafo único do mesmo dispositivo referem-se expressamente àquela categoria processual ou, quando menos, às ‘condições da ação’ isoladamente consideradas.

⁶³ A expressão vai aqui entre aspas com o intuito de ironizar o enquadramento da possibilidade jurídica do pedido como categoria estranha ao mérito.

⁶⁴ DIDIER. *Réquiem...*

[...]

Não convence, por isto mesmo, a usual crítica às ‘condições da ação’, porque elas, como será exposto com mais vagar nos números seguintes, apresentam, inquestionavelmente, traços do direito material lesionado ou ameaçado levado ao Estado-juiz conquanto sua função seja exclusivamente de direito processual.⁶⁵

Não concordamos, porém, com tal posicionamento inerte! Explica-se:

Nos filiamos, em parte, aos ensinamentos de Fredie Didier para afirmar que também a legitimidade de parte deve ser recategorizado, uma vez que a análise desta não guarda qualquer pertinência com o condicionamento da ação.

A legitimidade de partes, a nosso sentir, se confunde com o mérito. Isto porque, como visto, será legítima a parte para pedir ou será legítima a parte em face de quem se pede toda vez que autor e réu integrem a relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Ora, se se está analisando a relação jurídica de direito material para saber se autor e réu têm relação entre si, resta evidente que o magistrado, ao proceder nesse sentido, estará analisando o mérito da causa. Isto é, examinará, por exemplo, se o autor fulano **tem direito** de pleitear algo em face do réu beltrano; a análise do direito aí está umbilicalmente relacionada ao mérito.

Nesse sentido, embora indo mais longe e deixando transparecer que nenhuma das condições da ação deve estar fora da análise do mérito, vale lembrar as lições de Ovídio Baptista e Fábio Gomes⁶⁶, para quem “ao aferir real e efetivamente a presença ou ausência das condições da ação, investigará o juiz os elementos da relação de direito material posta a sua apreciação, ensejando com isso sentença de mérito”.

É comum no meio forense os advogados de defesa depararem-se com a seguinte situação: constatada uma ilegitimidade passiva, argüi-se, de plano, a preliminar de

⁶⁵ BUENO, Ob. cit., págs. 358/359.

⁶⁶ GOMES; SILVA, Ob. cit., pág. 107.

carência de ação. Pelo princípio da eventualidade, ao adentrar no mérito da causa, os mesmos advogados repetem quase que integralmente os termos da preliminar, mas desta vez pugnando pela improcedência do pedido, uma vez que o autor não teria travado qualquer tipo de relação jurídica com a parte ré. Está-se diante de uma questão processual ou material? Nos parece que se trata-se de uma questão de direito material.

Assim, a nosso sentir, a análise da legitimidade das partes deve ser feita no mérito e o pronunciamento judicial daí derivado deve ser, sempre, pela procedência ou improcedência do pedido.

Para arrematar o tema, vale trazer as advertências de Ovídio Baptista:

Dizer-se, como afirmam os partidários da ‘teoria eclética’, que a sentença que declara o autor carecedor de ação por ilegitimidade *ad causam* não decide o mérito de *sua ação* é imaginar que a *demanda que o autor descreve na petição inicial* pudesse ter seu mérito [decidido] num segundo processo e na lide de outrem.⁶⁷

O interesse de agir, por sua vez, segundo pensamos, e aqui ousamos discordar de Didier – que o considera como pressuposto processual⁶⁸ –, talvez seja o único instituto que deve ser verdadeiramente considerado como condição da ação, uma vez que retrata requisitos (necessidade e utilidade) que devem ser previamente obedecidos para que o Judiciário seja acionado.

Em outro dizer, a provocação do Judiciário por meio da ação deve ser necessária. Isto é, “o exame da ‘necessidade da jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito”.⁶⁹ Nessa medida, como a necessidade de provocação do Judiciário não tem correspondência direta com a relação de direito material deduzida em juízo, pensamos que, em verdade, não se trata de

⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 5ª ed. rev. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, Vol 1, pág. 109.

⁶⁸ Segundo o festejado autor baiano, “o que se entende como condição da ação ou é mérito (legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido) ou é, no mínimo, pressuposto processual (interesse de agir)”. *In, Réquiem...*, pág. 16.

⁶⁹ DIDIER, Ob. cit., *Pressupostos...*, pág. 284.

mérito da causa o exame do interesse-necessidade.

De igual modo, a provocação da atividade jurisdicional deve ser útil. E haverá “utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido”.⁷⁰ Ou seja, assim como a necessidade, o exame da utilidade da ação prescinde da análise do mérito da demanda.

Em arremate, após um esforço hermenêutico, podemos identificar que, quando muito, somente o interesse de agir, apresenta-se verdadeiramente como uma condição da ação.

Para concluir, duas observações devem ficar aqui registradas:

Para Liebman a constatação da carência da ação (ausência de qualquer das condições da ação) no curso de um dado processo significa que não foi exercida a jurisdição, uma vez que esta somente estará configurada quando houver um pronunciamento judicial sobre o mérito da causa, resolvendo a lide e retomando a paz social⁷¹.

Didier bem lembra os ensinamentos do mestre italiano:

[...] no processo de cognição somente a sentença que decide a lide tem plenamente a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e restrito. Todas as outras decisões têm caráter preparatório e auxiliar: não só as que conhecem dos pressupostos processuais, com também as que conhecem das condições da ação e que, portanto, verificam se a lide tem o requisitos para poder ser decidida. Recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é, ainda, propriamente, julgar: são atividades que por si própria nada têm de jurisdicionais e adquirem esse caráter só por ser uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição.⁷²

Ovídio Baptista, citando Victor Fairén Guillén, principal opositor da tese de Liebman, sentencia:

⁷⁰ DIDIER,... *Pressupostos...*, pág. 282.

⁷¹ LIEBMAN,...*Manual...*, pág. 203.

⁷² DIDIER, *Réquiem...*

A primeira e irresponsável crítica imposta à concepção de Liebman foi justamente quanto à indefinição da natureza do juiz enquanto examina e decide sobre as condições da ação, já que não a enquadrou no âmbito da jurisdição, nem da administração e, tampouco, da legislação. Para Victor Fairen Guillén, faltou a Liebman, por igual, explicitar se se estaria, em tal hipótese, frente a um processo ou não – e a consequência dessas indefinições é a de que não se saberia nunca quando se inicia um processo, enquanto não demonstrada a presença das condições da ação.⁷³

Assim, a teoria liebmaniana não consegue explicar que fenômeno que ocorrera até a prolação da sentença terminativa (sem exame do mérito). Não seria jurisdição? Obviamente que sim. Hoje não mais pairam dúvidas que mesmo quando o autor for carecedor da ação terá havido jurisdição, haja vista que todo o aparato estatal foi acionado para apreciar a demanda que lhe foi submetida e houve sim, ali, a aplicação do direito ao caso concreto; direito processual, é verdade, mas direito!

Desse modo, também por esse motivo há de ser revista a opção do Código de Processo Civil ao adotar a teoria eclética.

Por fim, e sob uma outra perspectiva, deve ser dito que a teoria liebmaniana considera que a constatação da ausência das condições no curso do processo significa que não houve ação. O que houve então? Que fenômeno jurídico que retirou a jurisdição do seu estado inerte? Obviamente que foi a ação.

Afirma-se isso, pois é inconcebível em um ordenamento jurídico que consagra o amplo acesso à justiça (art. 5º, XXV, da Constituição) admitir-se que o Estado-juiz somente poderá ser acionado se estiverem preenchidas certas condições. Na realidade, o que se pode admitir, quando muito, é que o autor exerceu de forma irregular ou abusiva o seu direito de ação, mas que exerceu, exerceu!

⁷³ SILVA,...; GOMES,... *Teoria...*, pág. 110.

CAPÍTULO V – ELEMENTOS E CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO

1. Elementos da ação

O estudo dos elementos da ação ganha especial importância na medida em que é por intermédio deles que se pode identificar qual espécie de ação está se tratando, bem como é o meio utilizado para se aferir se determinada demanda é idêntica à outra e, portanto, se restará configurada a litispendência, a coisa julgada e a preempção. Também é através dos elementos da ação que se determina a ocorrência dos fenômenos jurídicos da conexão e continência.

A partir da leitura do §2º do artigo 301 do Código de Processo Civil⁷⁴, percebe-se que os elementos da ação são divididos em dois grupos: elementos subjetivos e elemento objetivo. Os objetivos são a causa de pedir e o pedido, ao passo que o elemento subjetivo é composto pelas partes.

Sobre o tema, discorre o mestre italiano:

Esse direito é precisamente a *ação*, que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou interesse legítimo de seu titular e identifica-se (com veremos) por três elementos bem precisos: os *sujeitos* (autor e réu), a '*causa petendi*' (i. é, o direito ou relação jurídica indicada como fundamento da demanda) e finalmente o '*petitum*' (que é o concreto provimento judicial postulado para a tutela do direito lesado ou ameaçado).⁷⁵

1.1 Partes

De forma bastante simplória, o conceito de partes de uma demanda pode ser dado como sendo aquele que pede (autor) e aquele em face de quem se pede (réu) a tutela jurisdicional. Na linha de ensinamento de Fredie Didier⁷⁶, são aqueles sujeitos que atuam no

⁷⁴ “Art. 301 [...] § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

⁷⁵ LIEBMAN, Ob. cit., págs. 199/200.

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil, Vol. I.* 5ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: Edições Jus Podivm, 2005, págs. 214/215.

processo com parcialidade e que poderão sofrer os efeitos da decisão final.

Em outras palavras, partes são os indivíduos que estão envolvidos na relação jurídica de direito processual, que não necessariamente correspondem às pessoas envolvidas na relação jurídica de direito material. Na substituição processual por um sindicato, por exemplo, este será considerado como parte para fins processuais, pois participa da relação jurídica de direito processual, todavia não poderá ser considerado parte na relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior:

Pode-se, portanto, distinguir dois conceitos de *parte*: como sujeito da lide, tem-se a parte em *sentido material*, e como sujeito do processo, a parte em *sentido processual*.

Como nem sempre o *sujeito da lide* se identifica com o que o promove o processo, como se dá, por exemplo, nos casos de *substituição processual*, pode-se definir a *parte* para o direito processual como a pessoa que pede ou perante a qual se pede, em nome próprio, a tutela jurisdicional.⁷⁷

Alexandre Câmara não destoa desse entendimento: “o conceito de parte é de natureza exclusivamente processual, como entende a melhor doutrina. A titularidade da relação jurídica de direito material não pertence ao campo do processo, embora nele exerça notória influência”⁷⁸

Outra importante circunstância que deve levada em consideração no conceito de parte como elemento da ação é a **parcialidade**. Isto é, para se aferir se um indivíduo que atua em um processo será parte ou não, basta identificar se ele atua ou não com parcialidade. Assim, o magistrado, por exemplo participa da relação jurídica processual, mas não pode ser considerado como parte, pois, sem sombra de dúvidas, ela atua com total imparcialidade, sob pena de ser reputado suspeito ou impedido.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, ob. cit., pág. 85

⁷⁸ CÂMARA, ob. cit., pág. 160.

1.2 Causa de pedir

A causa de pedir corresponde aos fatos e fundamentos que embasam o pedido.⁷⁹ É o elo de ligação entre as partes e o que se pleiteia em juízo. É na causa de pedir que o autor expõe os fatos e demonstra a subsunção com a situação hipoteticamente prevista pelo legislador.

A *causa petendi* é comumente dividida em duas partes: causa de pedir próxima e causa de pedir remota, conforme seja a proximidade com o pedido. Assim, a causa de pedir remota são os fatos narrados pelo autor, ao passo que a próxima é a argumentação jurídica por ele expendida para fundamentar o seu pleito.⁸⁰

O Código de Processo Civil, no inciso III do artigo 282⁸¹, ao exigir que o autor decline o fato jurídico e a relação jurídica dele decorrente na petição inicial, adotou a **teoria da substanciação** da causa de pedir em detrimento da teoria da individualização, a qual exige apenas que o autor demonstre somente a relação jurídica.⁸²

A teoria da individuação entende que a causa de pedir é composta somente pela relação jurídica afirmada, na petição inicial, pelo autor, pouco importando os fatos narrados.⁸³

A causa de pedir é aferível a partir da leitura da petição inicial e a ausência desse elemento da ação torna aquela inepta, tendo por consequência o seu indeferimento, tal

⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Ob. cit, pág. 172

⁸⁰ No sentido do texto: “Diferentemente se passa com relação aos fundamentos jurídicos. A adequada exposição dos fundamentos jurídicos que embasam a pretensão do autor é requisito da petição inicial (art. 282, III), que alude à necessidade da descrição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Aqueles – fatos jurídicos – integram a chamada causa de pedir próxima; estes – fundamentos jurídicos – compõem a causa de pedir remota”. In, ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2ª edição reformulada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008, págs. 196/197.

⁸¹ CPC, “Art. 282. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;”

⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil, Vol. I*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: Edições Jus Podivm, 2005, págs. 356/358.

⁸³ NEVES,... Ob. cit., pág. 104.

como dispõe o art. 295, I, combinado com o seu parágrafo único, I, do Código de Ritos⁸⁴.

1.3 Pedido

O pedido é o elemento da demanda em que o autor deixa evidente o que ele almeja com a provocação do Poder Judiciário. Ele se divide em pedido imediato e pedido mediato. Imediato é a pretensão do autor que se volta em relação ao tipo de prestação jurisdicional, e é direcionado ao Estado-juiz. Por exemplo: o autor poderá pedir uma declaração, uma condenação ou adoção de medidas executivas. Já o pedido mediato é aquele que se relaciona com o bem da vida pleiteado, é o resultado prático que pretende obter.⁸⁵

Comumente se diz que o pedido confere baliza à sentença. Isto é, a decisão final deve se limitar a analisar exatamente o que e o quanto foi pedido. É o chamado princípio da conformidade, do paralelismo ou da adstringência. Se esse princípio não for observado, a sentença padecerá de um desses três vícios: *extra petita*, *citra petita* e *ultra petita*.

Assim como na causa de pedir, a ausência de pedido tornará a petição inicial inepta e acarretará o seu indeferimento, a teor do que o art. 295, I, combinado com o seu parágrafo único, I, do Código de Processo Civil.

2. Classificação das ações

O critério mais utilizado, tanto pela doutrina clássica, como pela doutrina moderna, para classificar a ação, relaciona-se com a espécie de prestação jurisdicional buscada pelo autor. Assim, doutrinadores de escol sempre defenderam a classificação das ações em ação de conhecimento, quando o autor almejar obter uma tutela tendente a certificar a existência ou inexistência de uma relação jurídica; ação de execução, quando o demandante buscar satisfazer sua pretensão; e ação cautelar, quando, em face de uma situação de risco, o autor tiver o objetivo de assegurar o provimento jurisdicional principal.⁸⁶

⁸⁴ “Art. 295. A petição inicial será indeferida: I – quando for inepta [...] Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: I – lhe faltar pedido ou causa de pedir [...]”

⁸⁵ NEVES, Ob. cit., pág. 93

⁸⁶ CÂMARA, ob. cit., págs. 137/138.

Essa classificação sempre foi vista de forma estanque pela doutrina clássica, até porque foi a opção feita pelo legislador processual quando da edição do Código de Processo em 1973. Todavia, o movimento reformista processual, levado a cabo por diversas leis que vieram a alterar o Estatuto Processual Civil, modificou o panorama até então reinante e criou o chamado “processo sincrético”. Dentre estas leis reformistas, pode-se destacar as seguintes: Lei n.º 8.952/94, Lei n.º 10.444/02 e Lei n.º 11.232/05.

Com o sincretismo deixou de existir uma única ação tendente a certificar o direito, uma única ação destinada a efetivar o direito e outra unicamente para assegurar o provimento principal. A partir dos citados diplomas normativos em uma mesma demanda proposta o autor poderá certificar um direito, efetivá-lo, além de assegurar o provimento principal. Desse entendimento não destoa Fredie Didier:

As demandas podem ser classificadas de acordo com a função jurisdicional que se busca: conhecimento, execução ou cautelar. Atualmente [após as reformas processuais], essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que implemente mais de uma função, satisfazendo/assegurando, certificando/efetivando, certificando/assegurando/efetivando etc. Não deixa de ter importância a distinção entre as funções, que são diversas; perde-se a importância de distinguir as demandas conforme essas funções.⁸⁷

Embora o movimento reformista processual tenha tornado os processos segmentados em únicos e sincréticos, a classificação da ação aqui estudada ainda goza de prestígio no seio doutrinário.

Para arrematar, deve ser advertido que existem diversas outras formas de classificar as ações: reais e pessoais; mobiliárias e imobiliárias; principais e acessórias; etc, mas a mais importante classificação de todas é a que leva em conta o provimento jurisdicional buscado pelo autor, por isso nos limitaremos a estudar esta espécie de classificação.

2.1 Ação de conhecimento

Por meio da ação de conhecimento almeja o autor obter uma tutela

⁸⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol 1., 11ª edição rev., ampl. e atual., Salvador: Edições Jus Podivm, 2009, pág. 200.

jurisdicional tendente a certificar o direito alegado. Ou seja, o objetivo desse tipo de ação é, por intermédio de uma sentença de mérito, conferir certeza a uma relação jurídica.⁸⁸

A ação de conhecimento se divide em meramente declaratória, constitutiva e condenatória. Na realidade, essa divisão é feita tendo por base o intento predominante do autor, pois todas as três espécies de ação de conhecimento possuem uma carga declaratória.⁸⁹ Isto é, para se obter um provimento de cunho condenatório, antes o magistrado terá de declarar a existência da relação jurídica alegada; de igual forma, para se alcançar um provimento constitutivo, também de forma prévia, o órgão jurisdicional haverá de declarar a existência da relação jurídica deduzida.

A ação meramente declaratória é aquela em que se pretende exclusivamente um provimento judicial que confira certeza à relação jurídica deduzida em juízo. Terá lugar toda vez em que houver incerteza acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica, como bem destaca Francisco Dantas⁹⁰. O melhor exemplo é o da ação de usucapião em que o autor ajuíza uma demanda a fim de que o órgão jurisdicional declare que o bem objeto do litígio foi por ele adquirido por meio da usucapião.

Não se admite ação declaratória exclusivamente de fatos, salvo na hipótese do artigo 4º do Código de Processo Civil, em que está autorizada a ação declaratória para declarar a autenticidade ou falsidade de documento.

Além disso, deve ser destacado que toda sentença de improcedência é declaratória negativa, pois declara a inexistência do alegado direito do autor.

As pretensões de natureza eminentemente declaratórias são imprescritíveis. Assim, se o intento do autor for somente obter o acerto de uma dada relação jurídica,

⁸⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2007, pág. 334.

⁸⁹ No sentido do texto: “Necessariamente, em todo processo de conhecimento, o juiz, depois de se inteirar do conflito de interesses, depois de conhecê-los plenamente, declarará quanto à existência da relação jurídica entre as partes. Por isso o processo de conhecimento também se denomina *processo de declaração*, tanto mais que o juiz, na decisão, declarará a vontade da lei reguladora do caso concreto. Assim, dá-se também às ações de conhecimento a denominação de *ações de declaração*, no sentido amplo”. In, SANTOS,.... Ob. cit., pág. 184.

⁹⁰ DANTAS, Ob. cit., pág. 336.

ele poderá provocar o Judiciário a qualquer tempo, independentemente do transcurso deste.

A constitutiva, por sua vez, é aquela em que o autor almeja modificar, criar ou extinguir uma relação jurídica e terá lugar toda vez que o direito material invocado for um direito potestativo.^{91 e 92} Um exemplo elucidativo é a ação de divórcio em que a procedência do pedido acarretará, *verbi gratia*, a alteração do estado civil das partes envolvidas, uma vez que deixarão de ser casadas e passarão a ser divorciadas.

Na ação condenatória, por fim, primeiro certifica-se o direito e depois se resolve a crise de inadimplemento, impondo ao réu uma obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Como o objetivo é o provimento de cunho condenatório, relaciona-se com os direitos subjetivos, haja vista que estes se consubstanciam no poder jurídico de exigir de outrem uma prestação, seja ela positiva ou negativa. Ou, mais especificamente, no dizer de Moacyr Amaral Santos⁹³, “a ação condenatória pressupõe a existência de um direito subjetivo violado”.

2.2 Ação de execução

Na ação de execução, o provimento jurisdicional que se deseja obter é o de satisfazer o direito do exequente. Isto é, após a certificação do direito e o provimento de cunho condenatório, a parte credora poderá exigir o seu crédito por meio da ação de execução. Terá lugar ainda, esta espécie de ação, quando o credor possuir um título executivo extrajudicial.

Os pressupostos dessa espécie de ação são (I) a existência de crédito assegurado por um título, judicial ou extrajudicial, e (II) o inadimplemento por parte do devedor. Como o objetivo é a satisfação de um direito, a ação de execução, em regra, se relaciona quando o direito de fundo for um direito subjetivo.

Muito se discutiu se as ações de execução de título judicial se relacionam

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Ob. cit., pág. 76.

⁹² DIDIER, ... *Curso...*, pág. 200.

⁹³ SANTOS, Ob. cit., pág. 187.

somente com as ações condenatórias, uma vez que somente nestas existirá na sentença um conteúdo que assegure ao titular do direito a sua satisfação. Todavia, hoje, após o advento da Lei 11.232/05, que incluiu o art. 475-N, I, no Código de Processo, não faltam vozes, como bem destaca Daniel Assumpção Neves⁹⁴, afirmando que também as ações declaratórias são passíveis de execução, desde que o direito de fundo seja espécie de direito subjetivo. Nesse sentido, Fredie Didier leciona:

Há muito, alertávamos de que havia uma tendência de conferir executividade à sentença meramente declaratória, quando houvesse o reconhecimento de uma obrigação exigível. Neste ponto, seria muito difícil distingui-la de uma sentença de prestação, quando fosse resultado de uma ação declaratória proposta em momento em que já se poderia propor uma ação de prestação (art. 4º, parágrafo único, CPC).⁹⁵

Isto porque o novel dispositivo fixa como título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”⁹⁶. Não menciona mais o Código de Processo em Civil que somente as sentenças condenatórias são passíveis de execução, o que, para muitos autores, a exemplo de Fredie Didier⁹⁷, estaria autorizada a execução da sentença meramente declaratória.

2.3 Ação cautelar

Será cautelar a ação quando o autor, ante uma situação de emergência, objetivar obter uma tutela assecuratória do provimento principal.⁹⁸ É comum afirmar-se que a ação cautelar visa a assegurar o resultado útil do processo, o qual, no caso, poderá ser tanto um processo de conhecimento como um processo de execução.

Foi com base nessa perspectiva que Alfredo Buzaid deixou consignado na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 que o processo cautelar é um

⁹⁴ NEVES,... Ob. cit., pág. 827.

⁹⁵ DIDIER, *Curso...*, págs. 207/208.

⁹⁶ Art. 475-N, I, CPC.

⁹⁷ *Id.*, *Ibid.*, págs. 207/209.

⁹⁸ SANTOS,... Ob. cit., pág. 190.

tertium genus, haja vista que contém, a um só tempo, as funções de conhecimento e de execução.

A regra geral é que são dois os requisitos para que seja ajuizada uma ação cautelar: plausibilidade do direito alegado, que comumente é identificada como *fumus boni iuris*; e urgência do provimento reclamado, que se consubstancia no *periculum in mora*. Este último requisito é visto pela doutrina mais moderna como presença de “risco de dano”.⁹⁹

A ação cautelar sempre se relaciona diretamente com a ideia de provisoriedade e de tempo. A provisoriedade está presente na ação cautelar, pois a tutela que é pretendida por meio dela é transitória até que seja manejada a ação principal. Por sua vez, o tempo é fator crucial na ação cautelar, pois se trata de uma medida de urgência, tendente a minorar as potenciais lesões porventura advindas do decurso do tempo mais alongado.

2.4 Ações mandamentais e executivas *lato sensu*

Fora da classificação clássica estudada anteriormente, existem, ainda, as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais. Parte da doutrina as inclui como subespécie das ações de condenatórias de conhecimento, criando, assim, a teoria trinária.¹⁰⁰ Ao passo que outra parcela da doutrina, capitaneada por Pontes de Miranda e adeptos da teoria quinária¹⁰¹, considera que ações mandamentais e as executivas *lato sensu* são espécie da ação de conhecimento (ao lado das declaratórias, constitutivas e condenatórias), encontrando-se ao lado das ações condenatórias e não se apresentando como subespécie destas.

Eduardo Arruda Alvim adverte que não merece prosperar o destaque das ações mandamentais e das executivas *lato sensu* das ações condenatórias, pois tratam-se, na realidade de técnicas de efetivação da sentença, *in verbis*:

⁹⁹ SANTOS, Ob. cit., pág. 190.

¹⁰⁰ Defensores da teoria trinária: ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., págs. 192/193; CÂMARA, Alexandre Freitas. Ob. cit., pág. 463; LIEBMAN, Enrico Tullio. Ob. cit., pág. 213; dentre outros.

¹⁰¹ Defensores da teoria quinária: ALMEIDA, Roberto Moreira de. Ob. cit., págs. 103/104; Pontes de Miranda; dentre outros.

Nesse sentido, pode-se dizer impróprio agregar a categoria de sentenças mandamentais às três que compõem a classificação ternária. A classificação ternária tem como base a essência da crise, e tanto as ações executivas *lato sensu* como as assim ditas mandamentais, em última instância, têm o objetivo de impor ao réu uma obrigação de prestar. Diferem não quanto à essência da crise, mas quanto às técnicas utilizadas para implementação da decisão impositiva de obrigação de prestar.

Discussões doutrinárias à parte, o fato é que tanto as ações mandamentais como as executivas *lato sensu* encontram-se presentes no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual o seu estudo afigura-se como de extrema importância.

Com efeito, a ação executiva “*lato sensu*” resolve a crise de satisfação por meio de um mero procedimento, utilizando-se de meios de coerção direta, de atos próprios da ação executiva. Isto é, dispensa-se um novo processo de execução para a satisfação do direito. As sentenças de procedência proferidas nessas espécies de ações são a um só tempo condenatória e executiva.¹⁰²

São exemplos de ações executivas *lato sensu*: aquela em que o autor almeja obrigar o réu a emitir declaração de vontade (art. 466-A do CPC); as ações de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, tal como dispõem os artigos 461 e 461-A do CPC; e, por fim, após a Lei 11.232/05, também as ações em que o autor pretende obter uma condenação do réu ao pagamento de quantia, nos termos do quanto estatuem os artigos que compõem o Capítulo X do Título VIII do Livro I do Código de Processo Civil, que tratam do cumprimento de sentença.

Por sua vez, a ação executiva mandamental também resolve a crise de satisfação por meio de um mero procedimento, todavia utiliza-se de meios de coerção indireta. É dizer, a satisfação do direito se dá por meio de técnicas que atuam no psicológico do réu, melhor dizendo, “consubstancia-se na ameaça de piorar a situação da parte caso não cumpra a obrigação”¹⁰³ ou configura-se “na oferta de uma melhora na situação da parte caso

¹⁰² FUX, Ob. cit., pág. 163.

¹⁰³ NEVES,... Ob. cit., pág. 753

ela cumpra sua obrigação”.¹⁰⁴

São exemplos, dentre outros, de ações mandamentais: as ações de mandado de segurança (Lei 12.016/09); as ações cautelares constritivas de bens e restritivas de direito; a da aplicação de multas (*astreintes*) ou quaisquer outras medidas de apoio, nos termos dos §§4º e 5º do art. 461 do CPC etc..

É importante frisar que a doutrina tradicional, como a de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra,¹⁰⁵ defende, quanto às ações mandamentais e executivas *lato sensu*, que não se trata de categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda na natureza peculiar da prestação jurisdicional invocada, mas sim em técnicas de se concretizar o direito certificado.¹⁰⁶

Pensamos que assiste razão a esta parcela da doutrina. Basta levar em consideração, por exemplo, a utilização das *astreintes* para a concretização de uma sentença mandamental. Nesse caso, o intento do autor é um provimento condenatório, todavia o meio de satisfação do seu direito de dará por meio de um instrumento de coerção psicológica, indireta.

3. Classificação das ações e as reformas no CPC

Como visto anteriormente, a divisão da ação em ação de conhecimento, de execução e cautelar sempre foi formada com base em uma doutrina extremamente estanque e vigora no cenário jurídico nacional de há muito. Todavia, as sucessivas reformas que o Código de Processo Civil vem sofrendo criou o chamado processo sincrético, que é assim denominado em virtude de que neste misturam-se várias espécies de ações em uma única relação jurídica processual.¹⁰⁷ Dispensa-se a instauração de diversos processos para que seja alcançado o objetivo principal das partes.

¹⁰⁴ *Id.*, *ibid*, pág. 754.

¹⁰⁵ CINTRA, ...; GRINOVER,...; DINAMARCO, ..., Ob. cit.

¹⁰⁶ No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. cit., pág. 193.

¹⁰⁷ DIDIER,.... *Curso...*, pág. 200.

Com o sincretismo processual, não é mais necessário, por exemplo, uma ação exclusivamente destinada a condenar uma pessoa ao pagamento de uma dada quantia (ação condenatória de conhecimento) e, posteriormente, o ajuizamento de uma outra demanda (ação de execução) visando dar cumprimento ao comando sentencial proferido nos autos do primeiro processo, bastando apenas um mero procedimento para que seja cumprido o comando condenatório.

Atualmente, *verbi gratia*, no próprio processo de conhecimento poderá ser concedida uma providência de cunho cautelar, dispensando-se um processo específico, o que antes era uma situação impossível de ser concebida.

Com o movimento reformista, a regra é dispensar a instauração de um novo processo de execução nas ações condenatórias, uma vez que a satisfação dos pedidos consistentes em dar, fazer ou não fazer alguma coisa é feita nos próprios autos do processo de conhecimento.

O primeiro ato normativo que efetivamente deu início ao movimento reformista foi a Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que, ao alterar o artigo 273 do CPC, introduziu nos processos a possibilidade de o juiz, a requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Foi uma alteração que visou a corrigir os efeitos da demora nos feitos judiciais.

O mesmo ato legislativo alterou o artigo 461 do Código de Ritos e passou a dispensar a instauração de um novo processo (um processo de execução) para concretizar as sentenças condenatórias que tenham por conteúdo uma obrigação de fazer ou não fazer. Assim, após tal alteração, as ações que tiverem por objetivo obrigação de fazer ou não fazer passaram a ser consideradas ações sincréticas, pois no mesmo processo se certifica e se concretiza o direito.

Em seguida, em 7 de maio de 2002, foi editada a Lei n.º 10.444, que acrescentou o §7º ao artigo 273 do CPC. Essa inovação levada a cabo pelo legislador teve o condão de permitir ao juiz conceder medida cautelar quando tiver sido pleiteada providência antecipatória, independentemente de um processo cautelar instaurado exclusivamente para

esse fim.

Além disso, a Lei 10.444/02 também teve o mérito de estender para as ações de entrega de coisa a mesma inovação consignada no Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94 para as ações de obrigação de fazer e não fazer. Isto é, acrescentou-se o artigo 461-A, a partir do qual passou a ser dispensada a instauração de novo processo de execução quando a demanda de conhecimento tiver por objetivo uma obrigação de dar coisa diversa de dinheiro.

Por fim, em 22 de dezembro de 2005 foi editada a Lei n.º 11.232 que, dentre outras inovações, criou o regime de cumprimento de sentença (art. 475-I e seguintes do CPC), segundo o qual ficará dispensada, como regra, a instauração de novo processo de execução para dar cumprimento à sentença condenatória que imponha ao réu a obrigação de pagar quantia.

O conjunto de todos esses atos normativos é teve o condão de formar o chamado “processo sincrético”, onde o autor, em uma ação, poderá cumular o pedido de certificação do direito, execução do direito ou acautelamento deste.

CAPÍTULO VI – TEORIA DA ASSERÇÃO

Tema que vem ganhando destaque no cenário jurídico nacional é a teoria da asserção, sobretudo em face das inúmeras críticas que se avolumam em face da opção do legislador processual de 1973 ao adotar, na sua integralidade, a teoria eclética de Liebman. Por isso, faremos um breve comentário sobre o assunto.

Como visto e já demonstrado anteriormente, a opção doutrinária levada a cabo pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973 é passível de inúmeras críticas, seja de ordem prática, seja de ordem dogmática, sobretudo no que se refere ao enquadramento de **todas** as condições de ação como elementos estranhos ao mérito da demanda.

Todavia, embora não se apresente como a mais adequada, é fato que a teoria eclética foi a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, exige do intérprete um esforço hermenêutico hercúleo para salvar a opção legislativa. É nesse contexto que surge na doutrina brasileira a teoria da asserção. Nesse sentido:

As dificuldades que normalmente se apresentam na separação das condições da ação do mérito da causa – aliadas ao fato de que a extinção do processo sem exame do mérito, por carência da ação, após longos anos de embate processual, é consequência indesejável – fizeram com que surgisse uma concepção doutrinária [a teoria da asserção] que busca mitigar os efeitos danosos que a aplicação irrestrita do que o Código de Processo determina poderia causar.¹⁰⁸

A teoria da asserção (ou *in statu assertionis* ou *della prospettazione*) prega que a verificação das condições da ação deverá ser feita tão somente com base no quanto afirmado pelo autor na peça inicial.¹⁰⁹ O exame posterior à análise inicial da possibilidade jurídica do pedido, do interesse processual e da legitimidade de partes será tratado como se mérito fosse, que culminará na prolação de sentença de procedência ou improcedência, conforme assista ou não razão às alegações do autor.¹¹⁰

¹⁰⁸ DIDIER JÚNIOR, *Pressupostos...*, pág. 216.

¹⁰⁹ CÂMARA, *Ob. cit.*, pág. 135

¹¹⁰ DIDIER JÚNIOR, *Id.*, pág. 217.

Câmara, de forma clara e muito objetiva, bem conceitua a teoria:

[...] segundo a qual a verificação da presença das ‘condições da ação’ se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica *in statu assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou. Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação.¹¹¹

Dá notícia, ainda, este festejado autor carioca que são adeptos dessa teoria, no Brasil, dentre outros, Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe¹¹², além de, no exterior, Ezio Fazzalari¹¹³.¹¹⁴ Acrescentamos, também, como bem lembra Fredie Didier¹¹⁵, que também se curvam à teoria da asserção os seguintes autores: Flávio Luiz Yarshell¹¹⁶, Leonardo Greco¹¹⁷, Leonardo Carneiro da Cunha¹¹⁸, Araken de Assis¹¹⁹ etc.

A adoção dessa teoria, como destaca Susana Henriques da Costa¹²⁰, assevera o caráter instrumental das condições da ação e concretiza o princípio da economia processual, “pois o reconhecimento da ausência de qualquer uma delas [das condições da ação] impediria, sem a necessidade de instrução, o prosseguimento de um processo inócuo”. “Com embasamento no princípio da economia processual, entende-se que, já se sabendo que o processo não reúne condições para a resolução do mérito, cabe ao juiz a sua prematura extinção por carência da ação”.¹²¹

¹¹¹ CÂMARA,... Ob. cit., pág. 135.

¹¹² *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pág. 58.

¹¹³ *Il Processo Ordinario di Cognizione*. Vol I, pág. 79.

¹¹⁴ CÂMARA, *Id.*, págs. 135/136.

¹¹⁵ DIDIER JÚNIOR, *Pressupostos...*, pág. 218.

¹¹⁶ *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 112-113.

¹¹⁷ *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23-25.

¹¹⁸ *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, pág. 88.

¹¹⁹ *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 09, p. 09-10.

¹²⁰ COSTA,... Ob. cit., pág. 45.

¹²¹ NEVES,... Ob. cit., pág. 84.

Na realidade, o grande mérito da teoria da asserção, a nosso pensar, é no sentido de que: i) em primeiro lugar, fixa qual deve ser o momento em que as condições da ação devem ser verificadas (no juízo de admissibilidade inicial do processo) e ii) em um segundo momento, determina de que forma essa análise deve ser feita (superficial, definitiva e com base nas alegações do autor).

Alexandre Câmara¹²², mais uma vez discorrendo sobre o tema, traz um exemplo que bem demonstra a utilidade prática dessa teoria: “pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido”.

O exemplo é realmente esclarecedor e bem ilustra que a teoria da asserção talvez seja a melhor solução para compatibilizar a exigência por parte do legislador brasileiro do preenchimento das condições da ação com um coerente entendimento acerca da acepção da palavra “ação” em uma perspectiva moderna.¹²³

Todavia, tal teoria, embora tenha os seus méritos, não é imune a críticas, como bem destaca Daniel Assumpção Neves, valendo-se dos ensinamentos de Dinamarco:

A principal crítica à teoria da asserção tem como fundamento a impossibilidade de modificar a natureza de um instituto jurídico tomando-se por base a diferente carga cognitiva ou o momento em que um pronunciamento é proferido. Assim, uma condição da ação será sempre uma

¹²² CÂMARA,... Ob. cit., pág. 136.

¹²³ O tema já está sendo discutido no âmbito da jurisprudência, conforme se vê a partir da leitura dos seguintes excertos extraídos de julgados do STJ: “[...] as condições da ação são vistas *in status assertionis* (“**Teoria da Asserção**”), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial [...]” (Segunda Turma, Resp. 470.675/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16/10/2007, p. DJ 29/10/2007; “[...] se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.” (Terceira Turma, Resp. 832.370/MG, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 02/08/2007, p. DJ 13/08/2007.); “[...] se mostra saudável a lembrança de que a doutrina moderna, bem como, em decisões recentes, também o Superior Tribunal de Justiça, têm entendido que o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Trata-se da aplicação da teoria da asserção, segundo a qual a análise das condições da ação seria feita à luz das afirmações do demandante contida em sua petição inicial. Assim, basta que seja positivo o juízo inicial de admissibilidade, para que tudo o mais seria decisão de mérito”. (Segunda Turma, REsp 879188/RS, Rel. Humberto Martins, j. 21/05/2009, p. DJE 02/06/2009.). No mesmo sentido: REsp 832.370/MG, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, julgamento em 02.08.2007; REsp 265.300/MG, de Relatoria do Ministro Humberto Martins, julgamento em 21.09.2006.

condição da ação, não tendo nenhuma relevância se sua ausência pode ser percebida liminarmente pelo juiz ou somente após o exaurimento de sua cognição. Ademais, bastaria ao autor mentir em sua petição inicial para adaptá-la as exigências das condições da ação para merecer um julgamento de mérito.¹²⁴

Deve ser destacado, por fim, que o exame das condições da ação, segundo os defensores dessa teoria, deve ser feito com base em juízo de cognição sumária, pois “caso o juiz precise no caso concreto de **cognição mais aprofundada** para então decidir sobre a presença ou não das condições da ação, não mais haverá tais condições da ação, que passarão a ser entendidas como matéria de mérito”.¹²⁵

¹²⁴ NEVES,... Ob. cit., págs. 84/85.

¹²⁵ NEVES,... Ob. cit., págs. 84/85.

CONCLUSÕES

Após a pesquisa aqui efetuada, pôde-se chegar às conclusões abaixo, as quais, para uma melhor sistematização encontram-se ordenadas na seqüência cronológica dos capítulos:

1. A ação é um tema que, indubitavelmente, está inserido na Teoria Geral do Processo e, juntamente com a jurisdição e o processo, forma a trilogia estrutural do processo, que é base de toda a dogmática processual.

2. Na evolução do conceito da ação, a doutrina se dividiu cronologicamente em dois grandes grupos: os civilistas e os transcendentalistas. Todavia, os civilistas (ou privatistas), atualmente, quase não influenciam a dogmática processual civil, servindo apenas como referência histórica.

3. Para os defensores da teoria civilista da ação, esta corresponde ao próprio direito material. Não subsistiu, pois não promove a separação do direito abstrato de agir do direito substancial discutido em juízo.

4. Somente a partir da polêmica travada entre Winscheid e Muther, em meados do século XIX, que se identificou que a ação e o direito material discutido em juízo são coisas distintas, mas foi Adolph Wach que efetivamente consagrou a autonomia entre ambos.

5. Com o abandono da concepção privatista da ação, tiveram lugar os defensores da teoria transcendentalista, que se subdivide em três: concretistas, abstrativistas e ecléticos.

6. Para os concretistas, embora a ação seja distinta do direito material discutido em juízo, ela somente terá existido se o seu autor possuir o próprio direito substancial a ser tutelado, pois, do contrário, não terá havido ação. Isto é ação, para eles, ação é o direito a um pronunciamento judicial favorável.

7. A teoria concretista não resistiu a inúmeras críticas, sendo que a principal

delas é no sentido de que é inconcebível admitir que a improcedência do pedido é reputada como não exercício do direito de ação.

8. Após as críticas lançadas à teoria concretista, surgiu a teoria abstrata da ação, para quem ação é um direito, além de autônomo, abstrato. Isto é, é o direito de provocar a atividade jurisdicional, seja ou não, o autor, detentor do direito material alegado.

9. Como última teoria integrante dos defensores dos transcendentalismo, surgiu a teoria eclética da ação, cuja autoria é atribuída a Enrico Tullio Liebman.

10. Para os defensores da teoria eclética, ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, seja favorável ou desfavorável ao autor, desde que sejam preenchidas certas condições.

11. Segundo a concepção inicial da teoria eclética, para que haja a ação seja exercida, o autor deve demonstrar a existência de três condições: legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

12. Como o autor da teoria eclética, Liebman, residiu no Brasil durante a Segunda Guerra Mundial, os seus ensinamentos influenciaram diretamente os doutrinados da época, influência esta que teve reflexos no Código de Processo Civil de 1973, onde foi adotada, em sua integralidade, a concepção inicial da teoria eclética.

13. Durante um longo período, a teoria liebmaniana passou incólume às críticas da doutrina, mas atualmente não faltam vozes que identificam as falhas existentes na opção feita pelo legislador de 1973.

14. A legitimidade de partes é a correspondência subjetiva entre autor/réu no processo e os indivíduos envolvidos na relação jurídica de direito material.

15. A legitimidade de partes não se confunde com a capacidade para ser parte, pois esta, muito mais abrangente que aquela, corresponde ao poder jurídico que as pessoas possuem para atuar no processo em geral.

16. A legitimação extraordinária é possibilidade de alguém pleitear em juízo, em nome próprio, direito alheio, desde que autorizado por lei.

17. Existem doutrinadores que entendem que legitimação extraordinária e substituição processual são institutos diferentes, mas pensamos tal como a outra parcela da doutrina que entende que se tratam de sinônimos.

18. A substituição processual não se confunde nem com a representação nem com a sucessão processual, uma vez que aquela ocorrerá quando alguém pleitear em juízo direito alheio em nome alheio, ao passo que esta ocorrerá quando uma parte passar a ocupar o lugar de uma outra em uma relação jurídica processual.

19/. A maioria dos autores entende que o interesse de agir se manifesta sob o binômio necessidade-utilidade, sendo necessária a atuação judicial quando de outra forma não puder ser obtido o bem da vida pugnado em juízo e útil quando o autor puder obter um resultado mais favorável com o movimento da máquina judiciária do que sem ela.

20. Parcela da doutrina entende que também a adequação faz parte do interesse de agir. Para esses doutrinadores, interesse-adequação seria a adoção, pelo autor, do meio (procedimento) hábil a tutelar o seu direito.

21. A melhor doutrina entende que a possibilidade jurídica do pedido é a ausência de vedação legal expressa para a sua concessão.

22. A maioria da doutrina tece críticas vorazes para o enquadramento da possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação. Para esses doutrinadores, a possibilidade jurídica do pedido não consegue se distinguir do mérito.

23. O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) não torna inconstitucional a adoção das condições da ação pelo legislador processual civil de 1973, pois, no dizer de Cássio Scarpinella Bueno, não se trata de um princípio absoluto.

24. A primeira crítica que se lança ao legislador processual civil de 1973 por

ter adotado a concepção inicial da teoria eclética, diz respeito ao fato de que o seu próprio idealizador (Liebman), na década de 70, deixou de incluir a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. A partir daquela década, Liebman passou a lecionar que somente a legitimidade de partes e o interesse de agir são, verdadeiramente, condições para o exercício da ação.

25. Existem doutrinadores, como Fredie Didier, que entende que todas as condições da ação devem recategorizadas. Isto é, elas devem deixar de ser elemento estranho ao mérito e passar a fazer dele.

26. Pensamos de forma mais moderada e entendemos que somente a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade de partes deve passar a compor o mérito, devendo o interesse de agir ser considerada como única condição da ação.

27. A nosso sentir, a legitimidade de partes se confunde com o mérito, pois para se examinar que as partes são legítimas, o magistrado tem que, necessariamente, investigar quem compõe a relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

28. De igual forma, para se examinar se determinado pedido é juridicamente possível, o magistrado tem que, necessariamente, investigar qual o bem da vida vindicado pelo autor e, nessa situação, sem sombra de dúvidas, sua análise adentrará no mérito da demanda.

29. Para concluir a nossa análise acerca das condições da ação, pensamos que somente o interesse de agir deve ser considerado como tal, pois sua análise dispensa o exame do mérito da demanda.

30. O estudo dos elementos da ação é importante, pois a partir de tais elementos é que se identificará que ação está sendo exercida, também se ocorreu ou não litispendência, coisa julgada ou preempção.

31. São três os elementos da ação: partes (elemento subjetivo) causa de pedir e pedido (elementos objetivos).

32. As partes de uma ação são o autor e o réu. Isto é, aquele que pede e aquele em face de quem se pede. Compõem a relação jurídica de direito processual e atuam no processo com parcialidade.

33. A causa de pedir, por sua vez, corresponde aos fatos e fundamentos que embasam o pedido.

34. Segundo a melhor doutrina, o Direito Brasileiro adotou a teoria da substanciação da causa de pedir, em contraponto à teoria da individuação, que exige que o autor decline o fato jurídico e a relação jurídica dele decorrente já na petição inicial.

35. O pedido se divide em mediato e imediato. Mediato é o pedido que corresponde ao bem da vida pleiteado. Imediato é o pedido que se volta ao órgão jurisdicional e corresponde ao tipo de prestação jurisdicional.

36. A ausência ou má formação da causa de pedir ou do pedido acarretam a decretação de inépcia da petição inicial.

37. Inúmeros são os critérios utilizados para classificar as ações, todavia a classificação que é mais utilizada pela doutrina leva em conta o tipo de provimento jurisdicional vindicado pelo autor.

38. Nessa perspectiva, as ações classificam-se em: ação de conhecimento, ação de execução e ação cautelar.

39. Por meio da ação de conhecimento, o autor almeja conferir certeza a uma relação jurídica. A ação de conhecimento subdivide-se em: ação declaratória, ação constitutiva e ação condenatória.

40. Na ação meramente declaratória, o autor almeja exclusivamente certificar uma relação jurídica. Por meio da ação constitutiva, o autor almeja criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Por fim, na ação condenatória, o autor busca resolver uma crise de inadimplemento, impondo ao réu uma obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

41. Por meio da ação de execução, o autor almeja obter a satisfação de um direito. Exigem-se dois requisitos para o ajuizamento de uma ação de execução: inadimplemento por parte do devedor e existência de um título (judicial ou extrajudicial).

42. A partir do advento do art. 475-N, I, do CPC, incluído pela Lei n.º 11.232/2005, boa parte da doutrina passou a entender que as decisões proferidas em ações meramente declaratórias são também passíveis de execução e não somente aquelas proferidas em ações condenatórias.

43. Na ação cautelar, o autor objetiva obter um provimento assecuratório da ação principal. Dois são os requisitos para o seu ajuizamento: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

44. Ao lado da classificação das ações em conhecimento, de execução e cautelar, existem também as chamadas ações mandamentais e ações executivas *lato sensu*. Parte da doutrina as inclui como subespécies das ações condenatórias de conhecimento, formando a teoria trinária (conhecimento, execução e cautelar somente), e outra parte da doutrina entende que as ações mandamentais e as executivas *lato sensu* devem ser enquadradas ao lado das de meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, formando a teoria quinária.

45. Estamos com parcela da doutrina que não se limita a adotar a teoria trinária ou quinária, pois concluímos que as ações executivas *lato sensu* e as mandamentais são, na verdade, técnicas de concretizar o direito certificado.

46. As reformas no CPC, que tiveram seu termo inicial em 1994, tiveram o condão de formar o chamado processo sincrético, onde não se desempenha somente uma função uma função jurisdicional. Isto é, com o processo sincrético, o autor poderá certificar um direito, assegurar o provimento jurisdicional ou efetivar um direito.

47. Com o intuito de tentar salvar a opção do legislador processual civil que adotou a concepção original da teoria eclética, é que surgiu a teoria da asserção.

48. Segundo a teoria da asserção, a verificação das condições da ação deve

ser feita somente com base no quanto afirmado pelo autor na petição inicial. Se as condições da ação tivessem de ser revistas posteriormente, a análise passaria a ser do mérito da demanda e não mais objeto estranho a ele.

49. A adoção da teoria da ação revela o caráter instrumental das condições da ação e concretiza o princípio da economia processual.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil, Vol I*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Método, 2009.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2ª edição reformulada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

ALVIM NETTO, José Manuel de. *Código de Processo Civil Comentado, Vol. I*. São Paulo, 1975.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. II*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2005.

ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil, Vol. I*. 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. *Substituição Processual*. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 9, páginas 9/23, 2003.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Acadêmico de Direito* (Coleção de Leis Rideel). Organização por Anne Joyce Angher. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL, *Código de Processo Civil. Vade Mecum Acadêmico de Direito* (Coleção de Leis Rideel). Organização por Anne Joyce Angher. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL, *Código Civil. Vade Mecum Acadêmico de Direito* (Coleção de Leis Rideel). Organização por Anne Joyce Angher. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Vol 1*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, Vol. I*. 15ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie

Nothfleet, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 13ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2007.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. *A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da reforma processual civil brasileira de 2005*. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coord.). *Temas atuais da execução civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, páginas 245/250.

_____. *Direito Processual Civil, Vol. I*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: Edições Jus Podivm, 2005.

_____. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol 1., 11ª edição rev., ampl. e atual., Salvador: Edições Jus Podivm, 2009.

_____. In: *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*. Artigo disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918&p=1>. Acesso em 18/12/2009 as 15hs37.

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação. O Juízo de Admissibilidade do Processo*. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Volume I*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento, Vol. I.* 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tulio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil. Vol. I.* 3ª edição, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular.* 2ª ed., São Paulo: RT, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo, Vol. I.* 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2007; 3ª ed. rev. e atual., 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NERY JR., Nelson. *Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária. RePro,* São Paulo, n. 46, p. 11, abr.-jun., 1987.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil.* 13ª ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações, Tomo I.* Campinas: Editora Bookseller, 1998.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento, Vol 1.* 13ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civi, Vol. I.* 25ª ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil.* 5ª ed., rev. e atual. por Jaqueline Mielke Silva e Luiz Fernando Baptista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

SILVA, Edward Carlyle. *Direito Processual Civil.* 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento, Vol. I.* 51ª ed. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

WAMBIER, Teresa Celina de Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença.* 4ª ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987