



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

OCTÁVIO AUGUSTO CARNEIRO PEREIRA

CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO DA CAUSA

BRASÍLIA - DF
2013

OCTÁVIO AUGUSTO CARNEIRO PEREIRA

CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO DA CAUSA

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

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes

BRASÍLIA - DF
2013

OCTÁVIO AUGUSTO CARNEIRO PEREIRA

CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO DA CAUSA

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

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

À Deus, pelas bênçãos incontáveis. Sem Ele todo esforço é irritado.

À amada Simone, pelo carinho inefável.

Ao pequeno Víctor Augusto, inaudito presente de Deus, que enche a vida de amor, alegria e esperança.

AGRADECIMENTO

À Associação de Poupança e Empréstimo POUPEX, Instituição à qual tenho orgulho de integrar, pela oportunidade de realizar o curso.

Ao eminente Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes, pelas lições de Direito Processual Civil e pelo exemplo de coragem e ética no exercício da advocacia.

RESUMO

A categoria processual intitulada condições da ação, que engloba o exame da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir e da legitimidade *ad causam*, está dissociada do mérito da causa, se considerado o cenário jurídico brasileiro (Código de Processo Civil, prática forense e doutrina majoritária). Nesse contexto, as condições da ação devem, hodiernamente, ser enfrentadas previamente ao ingresso no mérito da causa e com ele não se relacionam. Após o estudo das principais correntes do direito de ação, das faixas de estrangulamento entre o direito material o processual, passando pelo exame das condições da ação e do mérito da causa, o presente trabalho busca examinar a real necessidade de permanência das condições da ação no Processo Civil Brasileiro. Posteriormente, será o momento de avaliar o tema no Anteprojeto de Código de Processo Civil que está, atualmente, sob o crivo no Poder Legislativo, oportunidade em que serão realizadas proposições de alteração à futura legislação processual.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Ação. Condições da Ação. Possibilidade Jurídica do Pedido. Interesse de Agir. Legitimidade *Ad Causam*. Mérito da demanda.

ABSTRACT

The category entitled procedural conditions of action, which includes the examination of the possibility of legal claim, interest and legitimacy to act ad cause, is divorced from the merits of the case, considering the Brazilian legal scenario (Code of Procedure Civil, forensic practice, and majority doctrine). In this context, the conditions of action should be met prior to entry into the merits of the case and it does not relate. After studying the main currents of the right of action, track bottleneck between the procedural right equipment, through examination of the conditions of action and the merits, this work seeks to examine the real need for maintaining the conditions of action in Brazilian Civil Procedure. After these considerations, it is time to evaluate the issue in the draft Code of Civil Procedure which is currently under scrutiny in the legislative branch, at which time proposals will be made to change the future procedural law.

Keywords: Civil Litigation. Action. Action Conditions. Possible Legal Order. Interest and Legitimacy Act Causing Ad. Merit demand.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. AÇÃO: TEORIAS, CONCEITO E RELAÇÃO COM O DIREITO MATERIAL.....	05
1.1. TEORIAS FUNDAMENTAIS ACERCA DO DIREITO DE AÇÃO.....	05
1.1.1 TEORIA CIVILISTA.....	05
1.1.2. TEORIA DO DIREITO CONCRETO.....	07
1.2.3. TEORIA DO DIREITO ABSTRATO.....	08
1.2.4. TEORIA ECLÉTICA.....	09
1.2. CONCEITO DE AÇÃO NO SENTIDO PROCESSUAL.....	11
1.3. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL: AS FAIXAS DE ESTRANGULAMENTO.....	16
2. AS CLÁSSICAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: A VISÃO TRADICIONAL DOS PROCESSUALISTAS. TRATAMENTO DA QUESTÃO NO DIREITO POSITIVO.....	18
2.1 DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM.....	23
2.2. DO INTERESSE DE AGIR.....	25
2.3 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.....	27
3. NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: QUESTÕES DE MÉRITO.....	29
3.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE MÉRITO NO PROCESSO CIVIL.....	31
3.2 A VISÃO ASSERCIONISTA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: A COGNIÇÃO SUMÁRIA DA PETIÇÃO INICIAL COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL.....	31
3.3 NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO ENQUANTO QUESTÕES DE MÉRITO.....	34
3.4 A CARÊNCIA DE AÇÃO E A COISA JULGADA MATERIAL.....	38
4. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	40
4.1 A SUPRESSÃO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: UMA REALIDADE. O APEGO À VISÃO TRADICIONAL: A MANUTENÇÃO DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM E DO INTERESSE DE AGIR COMO CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	41
4.2 PROPOSIÇÕES PARA O ANTEPROJETO, À LUZ DA INSUBSISTÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho está inserido no âmbito do Direito Processual, especificamente no ramo do Direito Processual Civil, com enfoque no estudo de um de seus pilares fundamentais: a ação. Serão examinadas as condições da ação, especialmente no que concerne à sua relação com o mérito da causa.

A monografia pretende responder à seguinte indagação: as condições da ação integram o mérito da causa? São duas as principais visões a respeito da problemática.

É possível dizer que as condições da ação não integram o mérito da causa e, por isso, merecem total prestígio de sorte que devem permanecer encartadas na legislação, trabalhadas em apartado pela doutrina e, ainda, observadas nas decisões judiciais.

De forma diametralmente oposta, é viável responder à indagação anotando que as condições da ação integram o próprio mérito da causa e, portanto, perdem sua razão de ser. Se adotado esse posicionamento, as condições da ação devem ser banidas do Direito Processual Civil.

O objeto cardeal do trabalho é, pois, aprofundar o estudo acerca das condições da ação, relacionando-as com o mérito da causa, de sorte a identificar a real necessidade de permanência dessa categoria no âmbito do processo civil.

Assevera o Código de Processo Civil, em seu artigo 267, VI, que o processo se extingue sem resolução do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Para a maior parte da doutrina brasileira, deve o julgador - antes de dizer se o autor tem ou não razão, se o que pediu encontra ou não respaldo no direito material (previamente à análise de mérito) - examinar a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para agir e o interesse de agir (condições da ação).

Essa é a visão de Liebman, para quem as condições da ação, como condicionantes do conhecimento do mérito, não podem estar inseridas no mesmo¹. Manifesta-se no mesmo sentido, o professor Dinamarco, que anota existirem razões

¹ LIEBMAN, Enrico Túlio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, a. 42, f. 509, p. 216-226, nov. 1945.

suficientes e bem experimentadas para obstar o apreço de pretensões (do mérito da causa) sem que estejam presentes as condições da ação. As condições da ação seriam, nesse caminho, garantia da seriedade e da racionalidade do exercício da função do Estado de dizer o direito aplicado ao caso concreto².

Essa posição, no entanto, é intensamente questionada por parte da doutrina. Segundo os dissidentes, “as condições da ação, por dizerem respeito ao direito material, fazem com que a afirmação da ausência de uma delas seja, na realidade, um caso de afirmação macroscópica de falta de amparo do autor perante o direito material”.³

Como se vê, há razoável disceptação em torno do tema erigido para debate. É que para inúmeros processualistas modernos, as condições da ação integram o próprio objeto litigioso (a relação jurídica de direito material levada à apreciação do Poder Judiciário), *i.e.*, tocam essencialmente o mérito da causa, por projetarem efeitos para fora do processo⁴.

Nesse viés, seria impossível segmentá-las do mérito da causa e, por isso, essa categoria deveria ser expurgada da dogmática jurídica e do direito positivo. Assim, não mais haveria sentença sem apreciação meritória por ausência de uma das condições da ação. O veredicto seria de mérito, improcedência. Para essa parcela da doutrina, inexistente distinção entre a sentença de carência de ação e a que julga o pedido⁵. Sentença que extingue o processo, declarando a impossibilidade jurídica do pedido, a ilegitimidade ou a falta de interesse faria, segundo essa concepção, coisa julgada material.

Como se vê, a monografia ostenta importância social na medida em que oportuniza o debate, no âmbito acadêmico, acerca da necessidade de existência das condições da ação. No mesmo espírito, há incontestável relevância prática no estudo do assunto, essencialmente porque a análise das condições da ação pode conduzir à sentença que enfrenta o próprio mérito da causa, ao revés do que rotineiramente ocorre na prática forense, quando as demandas carentes do direito de ação são

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 44.

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 219.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 112

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 70.

extintas sem enfrentamento meritório, proporcionando o ajuizamento de novéis dissídios com idêntica causa de pedir.

O presente estudo, que, registre-se, não tem a pretensão de esgotar o tema, veicula relevo ao Instituto Brasiliense de Direito Público, pois as discussões em sala de aula, especificamente no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Processual Civil, podem ser incrementadas com a pesquisa que se pretende realizar. Registre-se, por oportuno, que as inquietações objeto de estudo surgiram em aula, especificamente na matéria de Processo de Conhecimento, ministrada pelo Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes.

Demais disso, estudos futuros, nesse mesmo campo, podem render excelentes frutos, com incontestes consequências práticas, mormente porque se discute a possibilidade de banir, do âmbito do Processo Civil, uma categoria clássica, consagrada em todos os livros de Processo Civil: as condições da ação.

Frise-se, no mesmo contexto, que o relevo do tema está em sintonia com a atualidade, especialmente porque o trato das condições da ação, no âmbito do anteprojeto do Código de Processo Civil, será objeto de exame.

Para que se enfoque o tema central é preciso erigir os pilares fundamentais que darão sustentáculo às questões que devem ser debatidas. Nesse norte, serão trazidas à baila breves considerações acerca das teorias da ação (civilista, do direito abstrato, concretista e eclética) e da relação existente entre a ação e o direito material, o que será realizado no primeiro capítulo.

Posteriormente, será o momento de examinar as condições da ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), à luz da doutrina tradicional.

Construído esse embasamento teórico, a oportunidade será de tecer considerações acerca do relacionamento das condições da ação com o mérito da causa, de modo a identificar a necessidade de existência dessa categoria processual (terceiro capítulo).

Buscando conferir aspecto pragmático à pesquisa, o presente trabalho também se propõe a desvelar o trato das condições da ação no âmbito do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que seguiu para o Senado Federal em junho de 2010 (quarto capítulo).

A pesquisa, registre-se, é dogmática (instrumental), com ênfase no exame bibliográfico (técnica bibliográfica), sem descurar da investigação da legislação, inclusive com a proposição de alterações no direito positivo.

O norte é trabalhar com os conceitos previamente fixados por doutrinadores de escol, fazendo associações com o objeto de pesquisa, demonstrando como e se as condições da ação estão atreladas ao mérito da causa. O método de procedimento será um estudo monográfico.

1. AÇÃO: TEORIAS, CONCEITO E RELAÇÃO COM O DIREITO MATERIAL

No âmbito do primeiro capítulo, consoante bosquejado no intróito, buscar-se-á definir a ação apontando a relação entre o direito material e o processo. Previamente à definição de ação no sentido processual, contudo, é fundamental trazer a lume, ainda que de forma sumária, as principais teorias que procuram explicitar a natureza desse direito.

1.1. Teorias Fundamentais Acerca Do Direito De Ação

Para o alcance do desiderato pretendido no presente trabalho, são imprescindíveis breves considerações acerca das principais teorias da ação, destacando-se, em momento oportuno (cf. item 1.2), a atual concepção acerca do direito de ação. O exame dessas teorias é pressuposto para investigação do tema central da pesquisa.

1.1.1 Teoria Civilista

A teoria civilista da ação foi a primeira tentativa de se desenvolver um conceito de ação sob o aspecto processual.

Partem os civilistas (dentre os quais se destacam, *v.g.*, Savigny e, no Brasil, Beviláqua e Eduardo Espíndola⁶) do conceito de ação conferido pelo direito romano⁷, tratando da ação de direito material (daí falar-se em “teoria civilista”).

⁶ Para outros expoentes dessa teoria, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 79.

⁷ GOMES, ao comentar sobre a teoria civilista e a *actio* romana, pontifica: “Na verdade, o conceito de *actio* atribuído a Celso não merece as críticas hoje lançadas, já que elaborado para aplicação no

A ação, segundo essa concepção, seria o direito de buscar no Judiciário “o que nos é devido pelo obrigado”⁸. Existia, no âmbito dessa compreensão, uma flagrante confusão do exercício da pretensão da tutela jurídica do Estado com o próprio direito material⁹.

Os civilistas não conseguiam explicar, por exemplo, uma demanda de improcedência, pois, como pontifica Ovídio Baptista, em tal caso a ação não teria sido o direito de buscar em juízo o que é devido pelo réu (obrigado)¹⁰.

Nesse palmilhar, assevera Pontes de Miranda que, “se, em vez de alcançar, com o trânsito em julgado, sentença favorável, o que advém é sentença desfavorável, por ser julgada improcedente a ação (=propôs-se ação que o demandante não tinha), declara-se a inexistência da ação”¹¹.

No âmbito da teoria civilista, uma sentença de mérito desfavorável nega a própria existência da ação. Sentença de improcedência é, por isso, sentença declarativa negativa, independentemente da eficácia da sentença aspirada, quando da propositura da ação¹².

Face às dificuldades de explicar questões singelas e corriqueiras, como, por exemplo, uma sentença de improcedência, a teoria civilista não logrou êxito em perdurar sem críticas vorazes, inicialmente perpetradas pelos teóricos do direito concreto.

campo do direito material, tão-somente. Devem elas ser desviadas aos civilistas, por tentarem usar tal conceito para explicar a ação processual.

A possibilidade da qual dispunham os romanos de até mesmo interpor uma queixa contra o pretor que negava a fórmula (*intercessio*) desmente as afirmativas no sentido de que eles não concebiam o exercício amplo e limitado do direito de acesso aos tribunais. Só que a ciência romana, eminentemente prática, não se ateve em explicar a ação improcedente, o que não implica ser equivocada até mesmo a tentativa de uma concepção unitária da *actio* dos juristas da época imperial, os quais não revelam, sequer *in nuce* (embrionariamente), conceitos afins”. SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo, RT: 2010, p. 91.

⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 80.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 80.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 80.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 110.

¹²“A sentença desfavorável, que se refere ao mérito da ação proposta e a julga improcedente, é sentença declarativa negativa, pois que se nega a existência da ação e se afirma a improcedência. Não importa a eficácia que teria a sentença, que se desejava (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva). A desfavorabilidade da decisão final fá-la *declarativa negativa*. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 110.

1.1.2. Teoria Do Direito Concreto

Cunhada pelo jurista alemão Adolf Wach, a teoria concreta do direito de ação reconhecia-o como autônomo, embora, de forma paradoxal, entendesse que o direito de ação só existiria se o autor ostentasse o direito material¹³.

Uma distinção relevante marca os concretistas em relação aos civilistas: aqueles indicavam que o processo nem sempre é a perseguição daquilo que é devido pelo adversário¹⁴. Apregoava-se, pois, uma função distinta para a relação processual: a busca da declaração de que nada é devido por ninguém¹⁵ (nem pelo autor, nem pelo réu).

Tornou-se, pois, hialina, a possibilidade de uma relação processual tendente a uma sentença de mérito sem que houvesse, como pressuposto necessário, a relação jurídica de direito material.

Como lembra doutrina abalizada:

[...] a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito – direito de poder, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável.¹⁶

O próprio Chiovenda, seguidor do processualista alemão precursor da vereda concretista, asseverava que:

No mais das vezes, a ação se origina do fato de que aquele que deveria conformar-se com a vontade concreta da lei, que nos assegurava um bem da vida, a transgrediu; daí procuramos a atuação dela independentemente da vontade do devedor. Mesmo nesses casos a ação se desprende do outro direito subjetivo (real ou pessoal) oriundo daquela vontade de lei: são distintos os dois direitos, conquanto possam coordenar-se a um idêntico interesse econômico; têm vida e condições diferentes e conteúdo profundamente diverso. A vontade concreta da lei corresponde a toda obrigação e é muito mais ampla e compreensiva do que a obrigação em si, ainda que originária de uma livre manifestação de vontade dos indivíduos: ao passo que a obrigação por si empenha o devedor em adjudicar ao credor um bem da vida mediante a própria prestação, a vontade da lei compreende, e assegura ao credor, desde que a prestação falte, o conseguimento daquilo, que é objeto da obrigação, mesmo depois do

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 204.

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 80.

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 81.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 251.

adimplemento, conserva sua direção para a prestação do devedor, o direito de ação aspira a conseguir o bem garantido pela lei com os meios possíveis à obrigação, que se revelou instrumento insuficiente.

Ação e obrigação (e falando de obrigação entende-se todo direito a uma prestação, porquanto, como vimos, todo direito, absoluto ou relativo, se apresenta como obrigação no momento do processo) são, por consequência, dois direitos subjetivos distintos, que somente juntos e unidos preenchem plenamente a vontade concreta da lei.¹⁷

Malgrado se reconheça o mérito dessa teoria, pois restou afastada a confusão entre ação e o direito subjetivo¹⁸, não há como olvidar que ela, à guisa do que se perpetrava com os civilistas, não afastou a dúvida acerca da sentença de mérito improcedente¹⁹.

Nesse contexto, não há, no âmbito da teoria concreta, uma explicação clara acerca de uma sentença de mérito que não conferia a proteção do direito subjetivo vindicada pelo autor.

Justamente por isso, a teoria concreta foi alvo de severas críticas, em especial dos autores filiados à teoria do direito abstrato.

1.2.3. Teoria Do Direito Abstrato

Para os teóricos do direito abstrato, cunhado pelo processualista alemão Degenklob, a existência do direito de ação não está vinculada ao resultado, favorável ou desfavorável, da demanda. Asseverava-se, no âmbito dessa teoria

ser a ação realmente um direito autônomo, porém não apenas outorgado àqueles a quem a lei conferia algum direito subjetivo material de que porventura fosse titular aquele que agia perante o magistrado. Teriam ação, no campo do direito processual, tanto o autor que tivesse direito quanto aquele que viesse a juízo sem direito algum. Quem resultasse sucumbente, nem por isso, deixaria de ter exercido uma ação (enquanto categoria processual).²⁰

A mera titularidade de interesses juridicamente protegidos seria, por si só, suficiente para que exista o interesse na realização da tutela jurisdicional²¹. O direito

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. Traduzida por Paolo Capitanio. Campinas, Bookseller: 2009, p. 63.

¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 83.

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 84.

²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 84.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 41-42.

de ação, nesse norte, não é um direito a uma sentença de procedência, nem mesmo a uma sentença de mérito, mas o direito a uma decisão, favorável ou desfavorável, de acolhimento ou de rejeição.

Como se vê, a grande conquista desta teoria se deu por ela estatuir que o direito de ação pertence não só ao autor, mas a qualquer sujeito de direito, não importando o polo da relação jurídica processual em que figurasse.

A referida teoria, no entanto, como anota Ovídio Baptista, foi enjeitada por inúmeros autores, pois confundia o direito de ação com o simples direito de petição, este sim equivalente ao direito de acesso aos Tribunais²². Os abstrativistas, demais disso, incorriam em grave equívoco, pois se distanciavam da função instrumental do processo.

O grande defeito da teoria abstrata pura é exatamente a ausência de um elemento essencial a todo o instituto processual: a instrumentalidade. Em razão disso, ela explica apenas um aspecto do direito de ação. Isto porque a ação deve ser concebida como o poder de provocar a atividade jurisdicional, para que esta cumpra a sua finalidade específica. O direito a uma resposta qualquer, mesmo que sem ligação com o caso concreto, não tem relevância para a atuação do ordenamento jurídico, escopo da jurisdição. Não se nega a existência desse direito. Apenas é ele pré-processual. E a ação, como instituto fundamental do direito processual, somente deve ser considerada existente se a iniciativa da parte, além de afastar a inércia da jurisdição, fizer com que essa atividade estatal atinja seu objetivo maior, qual seja, a aplicação e a atuação do direito material ao caso concreto, eliminando a crise deduzida na inicial e pacificando²³.

Após a teoria abstrata, emerge a eclética que se pautou, conforme será objeto de exame, pelo distanciamento da teoria abstrata, pugnando pela necessidade de se atribuir ao processo uma função instrumental.

1.2.4. Teoria Eclética

A derradeira teoria, intitulada eclética, cujo ícone foi Enrico Tullio Liebman, têm influência definitiva no Processo Civil brasileiro.

²² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 84.

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo, RT: 2009, p. 46.

Não há, nos ecléticos, uma preocupação com o resultado favorável para o autor, mas, ao revés, há um anseio pela instrumentalidade do processo, percebida na necessária aplicação do direito objetivo.

“A ação é o direito ao julgamento do pedido, não a determinando resultado favorável do processo”²⁴. A ação, enquanto “direito a provocar o exame e decisão de mérito”²⁵ desvincula-se da existência do direito substancial²⁶.

A procedência da ação é, assim, uma especial qualificação que a ela poderá (ou não) ser atribuída. A improcedência não desvela a inexistência da ação. Na esteira de Liebman, do “ponto-de-vista do processo, o fato de o autor ter razão e por isso merecer aquilo que havia pedido não caracteriza um direito novo e diverso, mas apenas uma especial qualificação da ação, a qual então se considera não apenas existente, mas também procedente.”²⁷

Como se vê, os ecléticos, de maneira muito parecida com os abstrativistas, indicam que ação e direito material não se confundem, distanciando-se, pois, dos concretistas. Consagra-se, no entanto, a existência e a própria necessidade de um vínculo entre o direito e o processo. Com efeito, a jurisdição deve ser invocada buscando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

Aqui se fala num direito

à tutela diferenciada e adequada a cada caso concreto, como a própria sentença passa a ser analisada como um instrumento capaz de atender, de forma efetiva, ao direito material[...]. a sentença, vista como instrumento processual, deve atender de forma efetiva ao direito material, quando se fala em tutela de dos direitos²⁸.

O cerne da teoria eclética será examinado no tópico seguinte, não sem antes se realizar breve e imperativa digressão acerca da própria razão da existência do direito de ação, retornando, ainda que de forma perfunctória, às origens do instituto.

²⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo, Bestbook Editora: 2001, p. 111.

²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 212.

²⁶ Lembra Suzana Henriques da Costa que o direito de ação, na teoria de Liebman, não é incondicionado. “Para que ele exista é necessário que estejam presentes as condições da ação, pois somente nesse caso ao juiz será lícito analisar o mérito do processo e proferir uma decisão a seu respeito”. COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 32.

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo, Malheiros: 2005, p. 212.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 67.

1.2. Conceito De Ação No Sentido Processual

Consoante ressaltado nos parágrafos precedentes, “ação” não é palavra unívoca²⁹, inclusive para os estudiosos de processo. Talvez por isso, diz-se ser este um tema “inquietante”³⁰.

Ação pode significar: a) o direito material em exercício (direito material violado, para os concretistas); b) o direito autônomo em relação ao direito material (direito de provocar a jurisdição, como para os abstrativistas) e, ainda; c) o exercício do direito abstrato de agir (direito de conduzir ao Judiciário a pretensão jurídica de direito material)³¹, independentemente do resultado a que se vai chegar, como é o caso dos ecléticos.

Como se vê, as acepções da palavra estão, de forma notória, atreladas às teorias da ação cujas linhas maiores foram expendidas nos tópicos precedentes. É necessário, porém, fixar um conceito de “ação”, de forma a conferir a segurança essencial à elucidação das questões formuladas quando se inaugurou o presente trabalho.

Nesse diapasão, é cediço que um dos desideratos aspirados pelo Direito é harmonizar as relações entre sujeitos, perseguindo a maior realização dos valores humanos com o menor desgaste possível³². Na festejada dicção de Ihering, “a paz é o fim que o direito tem em vista [...]”³³.

²⁹ A propósito da ausência de significado unívoco das palavras, precisa a lição de Alf Ross quando sintetiza que “*la mayor parte de las palabras son ambíguas, y que todas las palabras son vagas esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste em un nucleo o zona central y un nebuloso circulo exterior de incertidubre*”. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires, Eudeba, 1974, p. 39.

³⁰ José Frederico Marques, após tecer breves considerações acerca da ação, explicita: “Por todos esses motivos, constitui a ação, como disse ALCALÁ-ZOMARA, “tema inquietante”, em torno do qual se digladiam as teorias e conceitos, as escolas e as correntes doutrinárias.” MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil. Volume II*. Revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 1.ed. Campinas, Millennium, 2000, p. 3.

³¹ Para uma compreensão sobre o tema, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 79 – 97 e, de maneira bastante simples, DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 203 - 207.

³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 19.

³³ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense: 1999, p. 1.

Essa necessidade de harmonizar nasce dos desacordos humanos que, ao seu turno, afloram ao ensejo da disparidade entre interesses dos homens e a quantidade de bens. Enquanto os bens são limitados, os interesses humanos são ilimitados³⁴.

A comunhão e a convivência harmônica entre os homens cedem, pois, espaço à insatisfação e às decepções, por força da escassez de bens. Lembra Carnelutti, a propósito do tema, que “a civilidade não é, pois, outra coisa que um andar de acordo. Mas, se os homens têm a necessidade do processo, isto quer dizer que falta acordo entre eles”³⁵. A falta de acordo, não há dúvida, decorre da insuficiência de bens em relação aos interesses das pessoas.

Assim é que o Estado, num determinado momento histórico cujo exame desborda o objeto da presente pesquisa, chama a si o dever de dizer o direito aplicado ao caso concreto³⁶, possibilitando que os cidadãos clamem por sua tutela, proibindo, em contraponto, o direito de fazer justiça com as próprias mãos, *i.e.*, o direito à autotutela³⁷, tudo em busca do intitulado “bem comum”.

Há, assim, para todo cidadão, o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, direito que decorre dos imperativos do bem comum, uma vez que o Estado, no interesse da própria coletividade, pôs fim à autodefesa do

³⁴ “Ilimitados são os interesses humanos, enquanto os bens são limitados.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Volume I, 21.ed., São Paulo, Saraiva: 1999, p. 4.

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas: Minelli, 2002, p. 34.

³⁶ O Estado, ao proferir a jurisdição, busca cumprir a finalidade do direito que é “assegurar o equilíbrio, a harmonia, a paz social. Perfeito seria o sistema que propiciasse a coexistência, em consonância com estes preceitos, chamados por Ulpiano, o jurisconsulto de Roma que os enunciou, *júris praecepta*: viver honestamente, não prejudicar o outro, dar a cada um o que é seu”. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2010, p. 5.

³⁷ Como lembram CINTRA, GRONOVER e DINAMARCO, em livro que já pode ser considerado um clássico da Teoria Geral do Processo no Brasil: “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas imposta pelo Estado aos particulares).

Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo a satisfação de sua pretensão. [...]” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 21.

No mesmo caminho, assevera GOMES: “Organizado o Estado e estabelecida a sua ordem jurídica, o que implica a imposição de regras de conduta a serem observadas pelos cidadãos, automaticamente estará proibida a estes a defesa ou a realização própria (autotutela) dos interesses sob proteção do direito objetivo. Em outras palavras, entendemos a vedação à autotutela pressuposto inafastável à organização e à própria existência do Estado. Em decorrência dessa proibição, surge, também como pressuposto, o dever-poder do Estado de prestar jurisdição a todos os cidadãos, eis que não podem eles se valer da autotutela”. SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo, RT: 2010, p. 81.

particular e lhe deu, através da jurisdição, o instrumento adequado para resolução das lides e das controvérsias.³⁸

A tutela jurisdicional é, pois, dever exclusivo do Estado. Daí não ser lícito, como regra³⁹, que um sujeito de direito, para fazer valer seus interesses, imponha, com suas próprias forças, um pretensão de direito de que é titular⁴⁰. Deverá, pois, invocar a jurisdição (que é inerte), apresentando a demanda ao Estado-Juiz⁴¹ para que este aplique o direito objetivo ao caso concreto.

A ação é, nesse contexto e para todas as correntes já alinhadas, uma contrapartida diante da proibição de autotutela⁴², que, em verdade, foi substituída pela pretensão de tutela jurídica⁴³.

Em razão da sobredita substituição⁴⁴, o Estado ostenta, como uma de suas tarefas preponderantes (ao lado de legislar e administrar), o poder-dever de

³⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil. Volume II*. Revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 1.ed. Campinas, Millennium, 2000, p. 3.

³⁹ É cediço que, em algumas circunstâncias, o próprio ordenamento jurídico possibilita a autotutela. Confira-se, por exemplo, o que indica o artigo 1210, parágrafo 1º, do Código Civil, que possibilita ao possuidor esbulhado manter-se, com suas próprias forças, na posse do bem. Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁴⁰ O “fazer justiça com as próprias mãos” pode, em tese, ser capitulado como crime, nos termos do art. 345, do Código Penal Brasileiro: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

⁴¹ DINAMARCO, ao fazer anotações sobre o verbete “ação contra o réu”, aduz: “O Código de Processo Civil, também por esse aspecto aprimorado no Senado Federal, esmerou-se em não falar em ação a ser movida *contra* alguém, como se ela fosse um direito subjetivo, ou poder, tendo por titular passivo o adversário do demandante. Havia no Projeto expressões assim (ação contra todos os condôminos, contra o espólio), mas foram expurgadas porque a ação tem por titular o Estado e não o adversário; ao Estado é apresentada (pro-posta) a demanda através da qual o direito de agir é exercido. Em seguida a essa propositura, será feita a citação do demandado o qual ficará sujeito à autoridade do juiz, sendo depois, ao fim do procedimento, dado um provimento jurisdicional que atingirá as esferas de direitos do demandante e dele. Por isso é lícito dizer que a demanda é proposta com relação a alguém, ou, conforme locução italiana muito usual e bastante expressiva, em face do demandado (*nei soi confronti*). DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 51.

⁴² A propósito da autodefesa, lembra Calamandrei: “Numa associação primitiva na qual não existia, acima dos indivíduos, uma autoridade capaz de decidir e impor sua decisão, não se pode pensar, para resolver os conflitos de interesses entre co-associados, mais do que dois meios: ou no acordo voluntário entre os dois interessados (contrato), dirigido a estabelecer amistosamente qual dos dois interesses opostos deve prevalecer, ou, quando não se chegue ao acordo voluntário, no choque violento entre os dois interessados, cada um dos quais emprega contra o outro a própria força individual para constrangê-lo a abandonar toda a pretensão sobre o bem discutido”. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas, Bookseller: 1999, p. 181.

⁴³ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Tomo I, Campinas, Bookseller: 2003, p. 14.

examinar, decidir e impor solução aos conflitos de interesses que emergem na sociedade.

Ao invocar a tutela jurisdicional, *i.e.*, ao exercer o direito subjetivo público no plano processual de que é titular⁴⁵ com a finalidade específica da atuação jurisdicional numa hipótese concreta, o autor está, pois, lançando mão do direito de ação, com o fito específico de que o Estado-Juiz faça cumprir o direito objetivo material⁴⁶ (teoria eclética), que, anote-se, poderá ser concedido ou negado.

Ressalte-se, ademais, que a ação é, no ordenamento positivo brasileiro, um direito individual. Deveras, trata-se de um direito público subjetivo do cidadão⁴⁷, plasmado na Constituição da República de 1988 (art. 5º, XXXV)⁴⁸. Em sendo assim, todos podem, indistintamente e em qualquer situação, exercer o incondicionado direito de invocar uma prestação positiva do Estado⁴⁹ para que se satisfaça “o interesse público da correta atuação das regras substanciais”⁵⁰, o que não se confunde, por ululante, com o atendimento da pretensão de direito material (resultado favorável), distanciando-se dos civilistas e dos abstrativistas.

⁴⁴ “[...] A proibição da autodefesa não pode ser, na prática, operativa, senão quando, quase como compensação de tal proibição, o Estado ofereça para reagir contra o atropelo meios mais fortes e eficazes que a força privada.” CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas, Bookseller: 1999, p. 183.

⁴⁵ Ovídio Batista, ao discorrer sobre o direito subjetivo no plano do direito processual, assim se manifesta: “[...] ainda no plano do direito material, há a ação do titular do direito, que também é conduta, também é um agir (*agere*, ação), porém agora a atividade do titular do direito tende, direta e imediatamente, a realizá-lo, independentemente e com total prescindência de qualquer ato voluntário do obrigado. Quando o titular do direito subjetivo exerce a sua *actio*, é porque não houve cumprimento voluntário do obrigado.

No plano do direito processual, as coisas acontecem de modo semelhante. Também aqui há o direito público subjetivo a que o Estado preste a tutela a que ele próprio se obrigou, ao proibir a autotutela originariamente exercida pelo titular do direito.

Na verdade, não se pode mesmo conceber a existência do Estado sem este mínimo controle social, representado pelo monopólio da jurisdição.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 71.

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo, RT: 2009, p. 34

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil. Volume II*. Revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 1.ed. Campinas, Millennium, 2000, p. 3.

⁴⁸ Pontifica a doutrina, em consonância com o que aqui se verbera, que o direito de ação não decorre, somente, do texto constitucional, mas: “(i) do monopólio da coação física legítima por parte do Estado; (ii) do dever de manutenção de paz jurídica num determinado território; e (iii) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais.” ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006: p. 121.

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 205.

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo, RT: 2009, p. 34

Liebman acentua que os requisitos para a procedência da ação “dependem do direito substancial, ou, de modo mais geral, do direito que regula a relação ou o estado que constituiu o objeto da demanda”⁵¹.

A propósito do assunto, leciona Bedaque que

todos têm direito ao método estatal de solução de controvérsias, tal como concebido pelo legislador constitucional (devido processo constitucional). Mas a tutela jurisdicional será concedida àquele cujo interesse estiver protegido no plano material⁵².

Assim, em linhas gerais, pode-se dizer que o direito de ação é uma resposta do Estado à supressão da autotutela e um dever do Estado-Juiz de pronunciar o direito objetivo aplicado ao caso concreto.

À guisa de conclusão desse tópico, pode-se dizer que a ação, segundo a doutrina corrente e na quota da concepção eclética, é um direito subjetivo - de que desfruta o autor perante o Estado (“direito ao exercício da atividade jurisdicional”) – abstrato (não importa a natureza do provimento jurisdicional, se procedente ou não), autônomo (não depende da existência do direito subjetivo material) e instrumental⁵³, já que o seu objeto é solucionar a uma pretensão, aplicando, de maneira escorreita⁵⁴, o direito objetivo⁵⁵ a determinado caso concreto, alcançando, destarte as finalidades do processo⁵⁶.

⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo, Malheiros: 2005, p. 23.

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 40.

⁵³ Lembra Tourinho Filho sobre o direito a instrumentalidade do direito de ação que “o particular e o próprio Estado-Administração (sempre que estiver coarctado no poder de auto-executar seu direito), conforme já vimos, têm o direito de ação, como um instrumento, um meio de deduzir em juízo sua pretensão”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume I*. 24. ed. São Paulo, Saraiva: 2002, p. 471.

Piero Calamandrei, ao dissertar sobre a instrumentalidade do direito processual, assim se posiciona: “O direito processual tem, então, frente ao direito substancial, caráter instrumental, encontrando-se com ele em relação de meio a fim;[...]” CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas, Bookseller:1999, p. 277.

⁵⁴ Como acentuado por Liebman, Carnelutti vê na jurisdição “a justa composição das lides, entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado pelo direito e por justa a composição feito nos termos deste. Essa definição considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto-de-vista sociológico, a que a operação conduz LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo, Malheiros: 2005, p. 23.

⁵⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 250-259.

⁵⁶ “Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, parte hoje os processualistas para dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas

1.3. A Relação Entre O Direito Material E O Direito Processual: As Faixas De Estrangulamento

Restou tabulado, no item precedente, que o processo tem uma finalidade: servir, de maneira “efetiva e eficaz”⁵⁷, ao seu objeto, o direito substancial. Direito e processo são, destarte, interdependentes.

Nesse viés, o exercício de qualquer pretensão jurisdicional tem, como lastro fundamental, o próprio direito material vindicado. Daí afirmar-se que “o processo deve proporcionar total proteção ao direito substancial”⁵⁸, na senda do que apregoa a corrente eclética do direito de ação.

O reconhecimento de que o processo deve dar suporte ao direito material, adverte a melhor doutrina⁵⁹, não significa um retrocesso à teoria civilista ou concretista, mas, ao revés, um estágio de consciência avançado, uma verdadeira maturidade, forjada após intensos debates acerca da natureza e, principalmente, da função instrumental do processo.

Embora a autonomia entre direito material e processo seja hialina, como se deduz após breve escorço nas teorias do direito de ação, a proximidade e o relacionamento de institutos processuais com as situações de direito material causam perplexidade na doutrina, inclusive quanto ao enquadramento de determinados institutos nas categorias de direito material e direito processual.

Se ao longo da sua estrutura os dois planos do ordenamento jurídico se mantêm paralelos e afastados a boa distância, com separação razoavelmente nítida para os entendidos, em pelo menos três momentos eles se aproximam tanto, que alguma confusão é possível, gerando dúvidas

conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudos dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos – sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas, Bookseller: 2000, p. 20-21.

Para verificar os escopos do processo com maior clareza, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 177 – 258.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 74.

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 74.

⁵⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 215 – 230 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 72-77.

e polêmicas a envolver até os mais preparados. Trata-se das condições da ação, da disciplina da prova e da responsabilidade patrimonial [...].⁶⁰

Há, portanto, três faixas de estrangulamento entre direito e processo (condições da ação, provas e responsabilidade patrimonial) que significam, em verdade, uma maior sensibilidade do processo em relação à sua natureza instrumental, embora, conforme será demonstrado em momento oportuno (cf. 3.3, *infra*), existam evidências incontrastáveis para se dizer que as condições da ação relacionam-se, diretamente, a normas e “critérios”⁶¹ de direito material.

Na esteira de Watanabe, as condições da ação

Constituem, sem dúvida alguma, elemento através dos quais se visualiza a coordenação entre o processo e o direito material, vale dizer, entre o plano do direito material e do direito processual, que são distintos, apenas do vínculo de instrumentalidade que os une. A coordenação é necessária para que o processo cumpra função de instrumento efetivo de algo determinado e individuado, e não de instrumento teórico de coisa considerada apenas abstratamente.⁶²

Quanto às demais faixas de proximidade entre processo e direito material mencionadas (disciplina da prova e responsabilidade patrimonial), permita-se, sob pena de desviar do objeto do presente trabalho, a omissão sobre esses assuntos⁶³.

Declinadas, nessa primeira parte, as principais correntes do direito de ação, alinhavado um conceito para “ação”, bem como noticiadas as faixas de estrangulamento entre o direito material e o direito processual, cumpre, doravante, empreender exame acerca do que são condições da ação, tendo como pressuposto que esse esforço constitui-se “útil à visão instrumentalista do direito processual e à relativização do binômio direito-processo”⁶⁴.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 215.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 215.

⁶² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas, Bookseller: 2000, p. 91-92.

⁶³ Para uma compreensão sobre o tema, sugere-se a leitura de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 215 - 222.

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 105.

2. AS CLÁSSICAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: A VISÃO TRADICIONAL DOS PROCESSUALISTAS. TRATAMENTO DA QUESTÃO NO DIREITO POSITIVO.

As clássicas condições da ação serão avaliadas no presente capítulo à luz da doutrina tradicional, isto é, sem adentrar no ponto nodal da pesquisa, sob pena de se incorrer em indevido açodamento.

Nesse contexto, na quadra atual, quais são as condições da ação, tomando por fundamento o que explicita o Código de Processo Civil (CPC) em vigor e a doutrina brasileira majoritária.

É inerente ao sistema processual civil positivo⁶⁵ - muito provavelmente para coroar a distinção entre ação, processo e mérito da causa - a classificação das questões processuais⁶⁶ em três categorias distintas: pressupostos processuais⁶⁷, condições da ação e mérito⁶⁸.

⁶⁵ “Se pensarmos no conjunto de todas as normas jurídicas válidas, num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, inter-relacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador, teremos o direito positivo que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva, pertencente à região ótica dos objetos culturais, visto que é produzido pelo homem para disciplinar a convivência social, dirigindo-se, finalisticamente, ao campo material das condutas intersubjetivas.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo, Saraiva: 1998, p. 45.

⁶⁶ “Há, no processo, determinados *assuntos* (*pontos*) que, se *controvertidos*, passam a merecer a denominação de *questões*. Se a solução destas influir na existência (ou na inexistência) do exame do mérito, de questões prévias e preliminares propriamente ditas se tratará. Se, no entanto, da asolução da questão depender o “como” será julgado o mérito (possivelmente procedente ou improcedente), de questão prévia e prejudicial se tratará. Exemplo expressivo desta hipótese é a questão da filiação em relação à petição de herança.” ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13.ed. São Paulo, RT: 2010, p. 441.

Liebman também intitula as condições da ação de “questões”. Confira-se: “Uma segunda categoria de questões prévias [a primeira são os pressupostos processuais] é formada pelas condições da ação.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo, Bestbook Editora: 2001, p. 105.

⁶⁷ A propósito dos pressupostos processuais, Chiovenda lança as seguintes considerações: “Por pressupostos processuais, como vemos, compreendem-se as condições para obtenção de um pronunciamento qualquer, *favorável* ou *desfavorável*, sobre a demanda.

Para haver sentença sobre a demanda, de recebimento ou rejeição, necessita-se um *órgão* estatal regularmente investido de *jurisdição*; que esse órgão seja obviamente *competente* na causa e subjetivamente *capaz* de julgá-la; que as partes tenham capacidade de ser parte e capacidade processual.

Negando-se a existência dos pressupostos processuais, não se nega a existência da ação, que permanece injulgada. Nega-se que a ação, na hipóteses de existir, haja podido fazer-se valer *nesse* processo: não se nega, porém, que possa fazer-se valer imediatamente ou em prosseguimento do mesmo processo, ou em *outro processo*.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. Traduzida por Paolo Capitanio. Campinas, Bookseller: 2009, p. 63.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 72.

Na senda da sobredita classificação, o Código de Processo Civil brasileiro consagra, no artigo 267, inciso VI, que o processo se extingue sem resolução do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, a saber: possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Há, ainda, no bojo do artigo 3º do mesmo diploma, outra referência às condições da ação, embora, no âmbito do precitado texto legal, só se aluda ao interesse e à legitimidade⁶⁹.

Como se vê, o estatuto processual pátrio estatui a categoria das condições da ação como estranha ao mérito, além de não confundi-la com os pressupostos processuais^{70 e 71}.

Não é por acaso que a locução “condição” precede a palavra “ação”. O direito de ação é, pois, dependente, *i.e.*, está sujeito a determinadas condições que “garantem a regularidade de seu exercício”⁷².

Diz-se, então, que o direito de ação, conquanto autônomo e abstrato em relação ao direito subjetivo material “afirmado”, só pode ser exercido em correlação com determinada pretensão de direito material, à qual se apresenta “ligado e conexo”. Por isso torna-se necessário “condicionar” o direito de ação, submetendo-o a determinados requisitos cuja satisfação é tida como indispensável à obtenção de uma sentença de mérito. Mais, afirma-se que essa categoria das condições da ação é estranha ao mérito, como também não pertence à órbita dos pressupostos processuais. Constitui um círculo concêntrico intermediário entre o externo,

⁶⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 4.ed. São Paulo Saraiva: 2010, p. 395.

⁷⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 73.

⁷¹ “Pressupostos processuais são aqueles necessários para a existência e validade do processo. Eles são necessários para que a relação jurídica processual se forma e se desenvolva regularmente. Assim, enquanto as condições da ação relacionam-se à ação, os pressupostos processuais estão ligados à relação jurídica processual, e sua ausência acarreta a irregularidade do processo. [...]. Mas a inexistência de ambos acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV e VI, CPC). Na ausência de pressuposto processual, o processo é considerado viciado; no caso de ausência da ação, há carência de ação.” COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo, Quartier Latin: 2005, p. 32-34.

⁷² “Há, no processo, determinados *assuntos (pontos)* que, se *controvertidos*, passam a merecer a denominação de *questões*. Se a solução destas influir na existência (ou na inexistência) do exame do mérito, de questões prévias e preliminares propriamente ditas se tratará. Se, no entanto, da asolução da questão depender o “como” será julgado o mérito (possivelmente procedente ou improcedente), de questão prévia e prejudicial se tratará. Exemplo expressivo desta hipótese é a questão da filiação em relação à petição de herança.” ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13.ed. São Paulo, RT: 2010, p. 441.

Liebman também intitula as condições da ação de “questões”. Confira-se: “Uma segunda categoria de questões prévias [a primeira são os pressupostos processuais] é formada pelas condições da ação.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo, Bestbook Editora: 2001, p. 105.

correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do *meritum causae*⁷³.

Assim, o fato de o exame de mérito estar, na ordem positiva, condicionado à prévia análise das condições da ação⁷⁴, autoriza a formulação da seguinte assertiva: as condições da ação são estranhas ao mérito. À luz da legislação brasileira, o Estado-Juiz só poderá prover sobre o mérito, para o autor ou réu, se as partes forem legítimas, se estiver presente o interesse e, ainda, se o pedido for juridicamente possível.

A referida classificação, no entanto, tem sido objeto de acirradas críticas em sede doutrinária⁷⁵, malgrado a maior parte dos Manuais de Processo Civil olvidem, talvez pelo apego excessivo à didática, de polemizar a questão⁷⁶.

O cerne dessas ponderações milita no sentido de que existem apenas dois juízos por parte do magistrado: “o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para prolação do juízo final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso)”⁷⁷, enquadrando as condições da ação no segundo juízo.

Não é a quadra, contudo, de singar em mares bravios⁷⁸. A ocasião, ao contrário, é de organizar o que se denomina de condições da ação, sob pena de precipitação prejudicial ao desiderato da pesquisa.

⁷³ FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. *Revista de processo* n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 15- 16.

⁷⁴ Nesse sentido, assevera Calamandrei: “o direito processual tem, então, frente ao direito substancial, caráter instrumental, encontrando-se com ele em relação de meio a fim; mas trata-se de uma instrumentalidade necessária, enquanto para obter a providência jurisdicional de mérito, não existe outro caminho senão o da rigorosa observância do direito processual. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999, p. 277.

⁷⁵ Para melhor compreensão das críticas, ver capítulo 3, *infra*.

⁷⁶ BUENO, distanciado-se dos demais Manuais de Direito Processual Civil, não passa ao largo das críticas vorazes categoria de sistematização: “há acirrada crítica em sede de doutrina sobre a existência das “condições da ação” e, mais do que isto, sobre sua utilidade.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 4.ed. São Paulo, Saraiva: 2010, p. 395.

⁷⁷ “A legislação brasileira e os doutrinadores adeptos da teoria dominante entendem que a categoria “condições da ação” é estranha ao mérito; tampouco pertenceria à órbita dos pressupostos processuais. Constituir-se-ia, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa. Nem admissibilidade nem mérito. Haveria, pois, três juízos: sobre a admissibilidade, sobre a ação e sobre o mérito, embora só houvesse dois tipos de decisão: as que não examinam o mérito (por falta de pressuposto processual ou de condição da ação) e as que o examinam.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 73-74.

⁷⁸ Noticie-se, com a finalidade de polemizar a questão, o seguinte entendimento acerca do tema: “as condições da ação não são condições para a existência da relação jurídica de direito processual – que na perspectiva da teoria do direito e dos direitos fundamentais pode ter sua utilidade questionada – mas principalmente para a resolução e julgamento, tanto no plano da validade quanto no plano da valoração, do próprio mérito das lides; da própria relação jurídica de direito material sob análise em

Nesse norte, doutrinador do direito processual penal⁷⁹ alinha os seguintes comentários ao que denominou de “policiamento do exercício do direito de ação”:

Sendo o direito de ação, no plano processual, instrumentalmente conexo a uma pretensão, natural que procurasse o legislador disciplinar-lhe, policiá-lo o exercício, pois, do contrário, seria ele fonte inesgotável de abusos, acarretando perda de tempo e assoberbando de serviço inútil os órgãos incumbidos da administração da justiça.

Desse modo, quando se propõe uma ação, antes de o Juiz dizer se o autor tem ou não razão, se o pedido é ou não procedente, deverá ver se o que se pede é juridicamente possível, se o autor tem interesse na lide e se existe interesse em se valer dos Órgãos Jurisdicionais⁸⁰.

Essa também é a lição que se difunde, nos bancos das faculdades de Direito, no alvorecer do estudo do Processo Civil, consoante se deduz dos seguintes trechos de Manuais de iniciação da matéria:

Embora abstrato e ainda que certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições pelo legislador ordinário. São as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação *ad causam*), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional⁸¹.

As condições necessárias à prolação de uma sentença de mérito, a lei brasileira, fiel à doutrina predominante aqui e em parte da Europa, as denomina condições da ação, cuja falta acarreta o fenômeno identificado como carência de ação⁸².

Convém anotar, consoante a doutrina brasileira preponderante, que mesmo na ausência de uma das condições para o seu exercício, “terá havido exercício da função jurisdicional”⁸³, ao reverso da ideia veiculada por Liebman⁸⁴. É que, para os

cada caso concreto”. LAMY, Eduardo de Avelar. *Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista de processo n. 173, Julho/2009, p. 110.

⁷⁹ A utilização de algumas passagens de doutrinadores da ciência processual penal é justificável pois aderiu-se à lição de Afrânio Silva Jardim, segundo a qual “no processo penal, as condições para o regular exercício da ação não apresentam conceituações diversas daquelas forjadas pelos cultores do Direito Processual Civil”. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 95.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume I*. 24. ed. São Paulo, Saraiva: 2002, p. 471.

⁸¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 258.

⁸² BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5.ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 53.

⁸³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 258.

⁸⁴ Nesse sentido, duas passagens do Manual de Processo Civil de Liebman: “As condições da ação, há pouco mencionadas, são o interesse de agir e a legitimação. Como ficou dito, elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame de mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). “As condições da ação, expostas acima, são os requisitos constitutivos da ação. Estando presentes, esta deve ser considerada existente, como direito a provocar o exame e decisão do mérito.” LIEBMAN,

autores clássicos de manuais de introdução, as condições da ação “não são condições do direito de agir, mas condições para o seu regular exercício. Por ser abstrato, o direito de ação existirá sempre.”⁸⁵ Portanto,

As afirmações i) de que o juiz não exerce função jurisdicional quando conclui que uma condição da ação não está presente e ii) que nesse caso não se responde a um direito do autor, são completamente insustentáveis.⁸⁶

As condições da ação, insta aludir, são regras⁸⁷ e, portanto: i) “possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão”⁸⁸. Assim, se ausentes, o autor será considerado carecedor do direito de ação e, no cenário jurídico atual, o processo será extinto sem apreciação de mérito, com espeque no art. 267, VI, do CPC.

Justamente por serem regras, as condições da ação são aplicadas de modo absoluto (normas de tudo ou nada, *all-or-nothing*⁸⁹), em razão da forma precisa como são explicitadas pelo legislador⁹⁰ (estão presentes ou ausentes). Demais disso, se conflitantes com outras regras, devem ser declaradas inválidas⁹¹.

À luz de tais elementos, estabelece-se uma definição provisória acerca das condições da ação, lastreada exclusivamente no que a doutrina pátria predominante e o Código de Processo explicitam⁹²: as condições da ação garantem a regularidade do exercício do direito de ação, impondo, enquanto regras (juízos de tudo ou nada), o exame prévio da legitimidade das partes, do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido, possibilitando o exercício e a concessão da tutela jurisdicional, de tal arte que a sua ausência impossibilita o acesso ao mérito da causa.

Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 203 e 212.

⁸⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 93.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p.

⁸⁷ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2010, p. 29.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros: 2009, p. 37.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros: 2009, p. 37.

⁹⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. *Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais*. *Revista de processo* n. 173, Julho/2009, p. 110.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros: 2009, p. 39.

⁹² Essa posição será objeto de contraposição no decorrer do presente estudo.

Tecidas essas considerações, cumpre examinar uma a uma as categorias do direito de ação, à luz da doutrina dominante.

2.1 Da Legitimidade *Ad Causam*

Na primeira das condições da ação, legitimidade *ad causam*, avalia-se a titularidade para figurar num dos polos da relação jurídica de direito processual. Verifica-se, pois, “a correspondência entre as posições de autor e réu e, respectivamente, de sujeito ativo e passivo da relação jurídico-material afirmada.”⁹³

Só é titular de ação, como regra geral, aquele que, em tese, se intitula titular do direito material cuja tutela é requestada⁹⁴. De idêntica maneira, só pode figurar no polo passivo da demanda quem tem a obrigação correspondente ao direito material vindicado⁹⁵ na peça de ingresso. Trata-se, pois, do reflexo da titularidade de direito material⁹⁶.

Como lembra Liebman, “um estranho não pode validamente invocar (*far valere*) o interesse de agir alheio”⁹⁷. Acerca do tema, deveras precisa a lição de Calmon de Passos:

Porque é assim no campo do direito material, este modo de ser tem reflexos no âmbito do direito processual. Se, para ser válido, o ato de direito material reclama seja praticado pelo titular do interesse substancial, no campo do processo, este, para ser válido, reclama seja quem postula a satisfação do interesse (de que se diz titular e se propõe existente) aquele que, em tese, está na situação legitimamente de direito material, isto é, o sujeito a quem é atribuível a titularidade do interesse de direito material⁹⁸.

⁹³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 16.

⁹⁴ “É parte legítima para promover a ação o titular do interesse em lide.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume I*. 24. ed. São Paulo, Saraiva: 2002, p. 474.

⁹⁵ “Consiste a legitimidade, ou legitimação, na situação subjetiva que ponha alguém na posição de formular um certo pedido (*legitimidade ativa*) ou de sofrer os seus efeitos (*legitimidade passiva*)”. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5.ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 54.

⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 108.

⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 208.

⁹⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena pensar de novo?* Livro de Estudos Jurídicos. V. 6. Rio de Janeiro, Institutos de Estudos Jurídicos, 1993: p. 267-283.

Assim, de modo semelhante ao que se opera na validade e na eficácia de um ato pertinente à relação de direito substancial, que depende de o agente ostentar condição legal para praticá-lo, o ato processual deve abarcar sujeitos que, em tese, levando-se em consideração o quadro fático expendido na peça vestibular⁹⁹, figuram na situação da vida trazida ao Judiciário¹⁰⁰.

Também quanto à ação, prevalece o elementar princípio segundo o qual apenas seu titular pode exercê-la. E, tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para fins de provimento do pedido, apareça como titular de um interesse oposto – ou seja, aquele em cuja esfera jurídica o provimento pedido deverá produzir efeitos¹⁰¹.

Convém reforçar, por oportuno, que, à luz da doutrina tradicional, é sempre a situação desenhada pelo autor na peça de ingresso que determinará sua legitimidade¹⁰². Há legitimidade pela simples correspondência entre a narração fática expendida pelo autor e o texto¹⁰³ de direito material que a regule.

Frisa-se, por último, que mesmo na legitimação extraordinária¹⁰⁴, há a necessidade de existência de nexo entre as relações jurídicas de direito material do titular ordinário com o extraordinário. Nesse sentido:

A legitimação extraordinária somente é admissível quando se tratar de mecanismo destinado à tutela do interesse do legitimado extraordinário, ante a inércia do substituído. Tal análise depende fundamentalmente das relações jurídicas substanciais de que fazem parte os titulares desses interesses. Impossível solucionar o problema sem o exame do direito material.¹⁰⁵

O direito positivo indica que, ausente a legitimidade ativa ou passiva, a hipótese é de extinção do processo, sem resolução de mérito, com espeque no art. 267, VI, do CPC.

⁹⁹ Para análise aprofundada sobre o tema, vide tópico 3.2, *infra*, em que a teoria da asserção é abordada com maior vagar.

¹⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 108.

¹⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 208- 209.

¹⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 108.

¹⁰³ “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de sua interpretação; e as normas, no seu resultado”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros: 2009, p. 30.

¹⁰⁴ Diz-se a legitimação extraordinária, “quando, por disposição expressa a lei autoriza alguém a acionar ou a sofrer a ação em seu nome próprio, mas defendendo a pretensão de outrem ou respondendo por resistência alheia” BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5.ed. Forense, Rio de Janeiro: 2010, p. 54.

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 108.

2.2. Do Interesse De Agir

A função jurisdicional, como cediço, possui inegável caráter substitutivo, uma vez que não é lícito a tutela de mão própria ou a autotutela, consoante já ressaltado em tópico alhures. É justamente nesse contexto que aflora o interesse de agir, pois este representa a necessidade de requerer a prestação da tutela jurisdicional.

É corrente a orientação de que o interesse de agir, ou legítimo interesse processual¹⁰⁶, está atrelado ao binômio necessidade (ou utilidade) e adequação. Há quem diga, outrossim, que o interesse se consubstancia na utilidade e na necessidade, pois a “ação só será admitida se a atuação do Estado-juiz for a única, nas coordenadas do caso concreto, capaz de assegurar ao demandante a satisfação da pretensão de direito material por ele manifestada.”¹⁰⁷

De todo o modo, é importante anotar que o interesse a ser examinado não é de ordem econômica ou moral. O que se deve verificar é a existência de interesse processual, aferido a partir do exame da necessidade da tutela jurisdicional e da adequação do remédio judicial utilizado pelo autor¹⁰⁸.

Nesse norte, para a prestação jurisdicional ser necessária, cumpre verificar se a pretensão perseguida na petição inicial, conforme ali narrada¹⁰⁹, é útil para precaver ou compor um litígio. Não há utilidade à função jurisdicional, se seu exercício for desnecessário, ou ainda, se inexistir lide a prevenir ou solucionar¹¹⁰.

Demais disso, a

conceituação do interesse processual por essa dupla visualização garante que o aparelhamento do judiciário não seja utilizado como órgão de consulta para a simples solução acadêmica de teses jurídicas e que, de outra banda, dela não se abuse como instrumento de intimidação ou pressão¹¹¹.

¹⁰⁶ Essa a denominação veiculada por BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 105.

¹⁰⁷ FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *Revista de processo* n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 16.

¹⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petenti no processo civil*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 173.

¹⁰⁹ Segundo a teoria da asserção, o juiz deve examinar a presença do interesse de agir conforme o direito afirmado pelo autor na petição inicial.

¹¹⁰ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5.ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 54.

¹¹¹ FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *Revista de processo* n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 16.

Bedaque, ao dissertar sobre o tema atrelando-o com a imprescindível função instrumental do processo, anota que o Estado preconiza meios processuais apropriados para as situações de direito material:

Para verificar a presença do interesse, indaga-se, à luz dos fatos narrados pelo autor e com dados da relação material, se o provimento judicial pleiteado será útil para o fim do processo; se a medida requerida é necessária e adequada aos objetivos jurídicos, políticos e sociais do processo, estes também exteriores à relação processual. Todo este exame, portanto, é feito com os olhos para fora do processo, para a situação da vida trazida à apreciação pelo juiz. Verifica-se se o instrumento escolhido é útil, necessário, adequado ao seu objeto¹¹².

Com efeito, malgrado o Estado tenha o dever de dizer o direito material aplicado ao caso concreto (não há, como regra, lugar para autotutela, *cf.* explanado alhures), impende que o aparato jurisdicional só seja deflagrado se for viável algum resultado útil¹¹³, isto é, se houver alguma posição de vantagem¹¹⁴ que puder ser obtida com a atuação da jurisdição.

Só há necessidade, no sentido processual, se o direito material não puder ser realizado sem a intervenção do Estado-juiz. Só existe adequação, de outra banda, se a parte requer providência jurisdicional capaz de solucionar a situação narrada na petição inicial¹¹⁵.

De idêntica maneira ao que foi dito em relação à legitimidade das partes, a inexistência do interesse de agir acarreta, na ordem jurídica em vigor, a extinção do feito sem avanço meritório, com arrimo no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

¹¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 105.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 68.

¹¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 4.ed. São Paulo Saraiva, 2010, p. 403.

¹¹⁵ Nesse sentido: “quando se fala em legítimo interesse processual, leva-se em conta não só a efetiva necessidade da tutela pleiteada, como, também, sua adequação à situação da vida exposta. O legislador prevê diferentes tipos de tutela, à luz das características inerentes às relações materiais (autoridade coatora, direito líquido e certo, tipo de obrigação. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 105 – 106.

2.3 Da Possibilidade Jurídica Do Pedido

A possibilidade jurídica do pedido é a terceira e última condição da ação. Referida condição indica a imprescindibilidade, ao que figura no polo ativo da relação jurídica processual, de deduzir pedido que, em tese, possa ser concedido pelo Judiciário, isto é, o pedido não pode ser vedado pelo ordenamento jurídico.

Não se fala, nessa quadra, em acolher ou enjeitar o pleito autoral, mas, apenas, de apurar se a pretensão veiculada na inicial é, em tese, apta a ser atendida, na hipótese de os fatos narrados corresponderem, de forma exata, aos descritos pelo autor¹¹⁶.

O titular ativo da relação processual, ao invocar a jurisdição exercendo o direito de ação, deve pedir algo abstratamente admissível, segundo as normas vigentes no direito posto^{117 e 118}

O pedido é juridicamente impossível quando não ostenta, *prima facie*, condição para ser apreciado pelo Judiciário¹¹⁹.

Em síntese: não pode o Autor deduzir pretensão que seja vedada pelo ordenamento jurídico¹²⁰, quer de forma explícita (v.g.: vedação à cobrança de dívida de jogo) ou implícita (v.g.: ocupante de cargo em comissão requer o reconhecimento de sua estabilidade¹²¹).

Assim, “iluminado pelo seu lado negativo, o requisito se ausenta quando o sistema jurídico (como um todo – não só a lei) veda ou não deixa lugar ao provimento jurisdicional pretendido.”¹²²

¹¹⁶ FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 16.

¹¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume I*. 24. ed. São Paulo, Saraiva: 2002, p. 472.

¹¹⁸ Nesse sentido: “a possibilidade jurídica do pedido diz respeito à possibilidade de o Juiz pronunciar, em tese, a decisão invocada pelo autor, tendo em vista o que dispõe a ordem jurídica de forma abstrata. Assim, se o provimento jurisdicional postulado pelo autor é negado pelo direito positivo, seria uma perda de tempo examinar se são ou não verdadeiros os fatos narrados na inicial.” JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 95.

¹¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001, p. 258.

¹²⁰ “Não é preciso que o autor peça algo explicitamente previsto em lei. Basta que reclame prestação cuja outorga o direito positivo não proíba, nem por disposição expressa, nem implicitamente”. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5.ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 54.

¹²¹ Os exemplos são veiculados por FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 16.

¹²² FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 16.

Marinoni e Arenhart resumem, com precisão, o significado da possibilidade jurídica do pedido:

Entende-se que, quando o ordenamento jurídico exclui a possibilidade do pedido, não há como o juiz apreciar o pedido formulado pela parte. Exemplifica-se, costumeiramente, com a hipótese de alguém pedir o divórcio em país cujo ordenamento jurídico não o contemple¹²³.

Verificada a impossibilidade jurídica do pedido, o juiz deve, à luz da ordem jurídica brasileira, extinguir o processo sem avanço meritório, *ex vi* do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Realizadas as considerações básicas acerca das condições da ação, é chegado o momento de adentrar ao ponto central da investigação, avaliando se as condições da ação integram ou não o mérito da causa.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 68.

3. NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: QUESTÕES DE MÉRITO

É chegado o momento central da presente explanação, em que a pergunta cardeal proposta – qual a natureza jurídica das condições da ação – será respondida, além de serem apontadas as principais consequências práticas da posição que irá se adotar.

Consigna-se, de proêmio, que a natureza jurídica

[..] assinala, notadamente, a essência, a substância, ou a compleição das coisas. Assim, a natureza se revela pelos requisitos ou atributos essenciais e que devem vir com a própria coisa. Eles se mostram, por isso, a razão de ser, seja do ato, do contrato ou do negócio. A natureza da coisa, pois, põe em evidência sua própria essência ou substância, que dela não se separa, sem que a modifique ou a mostre diferente ou sem os atributos, que são de seu caráter. É, portanto, a matéria de que se compõe a própria coisa, ou que lhe é inerente ou congênita. [...].¹²⁴

É exatamente nesse contexto que se pretende examinar as condições da ação, elucidando, com esteio nas premissas estabelecidas no curso da presente manifestação, se as condições da ação são questões de mérito ou não.

Antes, contudo, é imperioso tecer sucintos apontamentos acerca do que é o mérito da causa, indicando, na sequência, a visão assercionista das condições da ação.

3.1 Breves Apontamentos Sobre O Conceito De Mérito No Processo Civil

A doutrina moderna intitula fundo de litígio, mérito ou lide aquilo que a processualística alemã denomina objeto litigioso^{125 e 126}. Com efeito, não são poucos

¹²⁴ DE PLÁCIDO e Silva, *Vocabulário jurídico*, 15ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 550.

¹²⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13.ed. São Paulo, RT: 2010, p. 441.

¹²⁶ “Lide, *res iudicium deducta*, fundo do litígio, objeto do processo, objeto litigioso do processo são expressões utilizadas como sinônimas do mérito da causa.” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas, Bookseller: 2000, p. 97. Consoante desvelado no corpo do texto, contudo, a expressão lide é mais abrangente do que “mérito da causa”, embora, na prática os termos sejam empregados como sinônimos.

os processualistas de escol que anotam a identidade do conceito de lide com o de mérito da causa¹²⁷.

À guisa de exemplo, o Código de Processo Civil, no âmbito da exposição de motivos, verbera:

O projeto só usa a palavra 'lide' para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações de ambos os litigantes.¹²⁸

Tal concepção, todavia, não é adequada, por uma razão bastante simples: o juiz não decide a lide, mas somente aquilo que foi trazido à balha nos limites do pedido deduzido pelo autor, após a narração da *causa petendi remota*¹²⁹. É a petição inicial que estatui as balizas da disceptação que, por ululante, não correspondem, de maneira exata, conflito de interesses existente no mundo fático.

Acerca do tema, preciso o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

Como conceito sociológico, a lide presta-se com muita utilidade a justificar didaticamente a necessidade do processo e do exercício da jurisdição, quando se trata de matéria disponível (especialmente, direito das obrigações), sendo possível a satisfação da pretensão pela pessoa a quem dirigida e, portanto, sendo relevante sua resistência. Fora disso, o conceito mostra-se inadequado e, mesmo com as adaptações que vão sendo tentadas, não serve para figurar assim ao centro do processo¹³⁰.

Lide e mérito, portanto, não são conceitos coincidentes. O mérito está atrelado à pretensão deduzida pelo autor e não, propriamente, ao conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida^{131e132}. Mérito assemelha-se, assim, à pretensão veiculada na peça de ingresso.

¹²⁷ Liebman equiparou o julgamento da lide ao julgamento do mérito, confirase: "Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja, o mérito da causa". LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo, Bestbook Editora: 2001, p. 125.

No mesmo sentido, ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13.ed. São Paulo, RT: 2010, p. 441.

¹²⁸ BRASIL, *Código de Processo Civil. Exposição de motivos*. 1973.

¹²⁹ Como lembra TUCCI, a *causa petendi remota* (ou *particular*) engloba, normalmente, o fato constitutivo do direito do autor associado ao fato violador desse direito, do qual se origina o interesse processual para o demandante. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petenti no processo civil*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 154.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno. Tomo I*. São Paulo, Malheiros, 5.ed., 2002, p. 254

¹³¹ "O ato de demandar é o responsável pela colocação da pretensão diante do juiz, para que a seu respeito ele se manifeste – julgado-a no processo de conhecimento, satisfazendo-a no executivo. É sobre esse material que se desenvolverão as atividades de todos os sujeitos do processo e sobre ele

A referida pretensão é, na esteira da melhor doutrina, bifronte, pois: i) dirige-se, num primeiro momento, a obter o provimento jurisdicional; e ii) destina-se, num segundo estágio, ao alcance do próprio bem da vida vindicado¹³³.

Em síntese, “o mérito é o objeto do processo, é a pretensão processual do autor sobre a qual o juiz vai decidir. A pretensão processual, por sua vez, no ato da demanda, consubstancia-se no pedido realizado na petição inicial. Decidir o mérito, portanto, é julgar o pedido do autor”¹³⁴.

3.2 A Visão Assercionista Das Condições Da Ação: A Cognição Sumária Da Petição Inicial Como Forma De Manutenção Da Doutrina Tradicional

Ao discorrer, no capítulo 2, sobre as condições da ação na visão da teoria tradicional, restou evidenciado que a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido são, como regra, analisadas à luz do que restou expandido na petição inicial¹³⁵ e ¹³⁶ ou *in statu assertionis*¹³⁷. Nesse sentido, diz-se que o julgador deve admitir, de forma provisória e por hipótese, que todas as asserções da peça inaugural do autor são verdadeiras¹³⁸.

que atuarão os resultados da jurisdição. A tutela jurisdicional conferida ao demandante refere-se sempre a uma pretensão, por ele trazida. Daí dizer-se que a pretensão constitui o *objeto do processo* ou o *mérito*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II.* São Paulo, Malheiros: 2001, p. 107.

¹³² “A tutela jurisdicional postulada pelo demandante não é outra coisa senão o produto de uma medida que de algum modo altere a situação lamentada e dê satisfação à pretensão apresentada a ele. Julgar o mérito, portanto, é acolher ou rejeitar a pretensão trazida pelo autor – aquela mesma pretensão que ele já alimentava antes do processo e, porque não satisfeita, veio a ser formalizada em sua petição inicial. Julgar o mérito é conceder ou negar a tutela jurisdicional postulada pelo autor – no segundo caso, concedendo-a ao réu. Quer se acolha ou rejeite a demanda do autor, julgar o mérito é dispor sobre a pretensão deduzida.”.DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença.* 4.ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 51.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II.* São Paulo, Malheiros: 2001, p. 109.

¹³⁴ COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 85.

¹³⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* 11. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 94.

¹³⁶ Nesse sentido: “o exame da relação substancial destinado a identificar a presença das condições da ação deve limitar-se às afirmações da inicial.” *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo.* 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 103.

¹³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo.* São Paulo, Saraiva: 2005, p. 217.

¹³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil Volume I.* 8. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2002, p.127.

Tomam-se, pois, como verdades interinas as assertivas veiculadas na peça vestibular e, fulcro nelas, verifica-se, em abstrato, a possibilidade jurídica, a legitimidade e o interesse de agir do autor. Essa a lição apregoadada pela teoria da asserção ou da *prospettazione*. Assim,

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação que 'permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva¹³⁹.

Para a *prospettazione* se não for possível a aferição, na em juízo preliminar, acerca da legitimação, do interesse ou da possibilidade jurídica, a questão não está mais relacionada à uma condição da ação. Tratar-se-á, nessa hipótese, de questão de mérito¹⁴⁰, uma vez que não foi possível a sua aferição, de modo abstrato, com a peça de ingresso e, por isso, foi necessária um maior grau de cognição do julgador.

A teoria da asserção busca, pois, evitar inconvenientes práticos da aplicação literal do artigo 267, §3º, do CPC¹⁴¹ (possibilidade de conhecimento de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, da falta de uma das condições da ação) e é, constantemente, objeto de adoção explícita em alguns julgados de Pretórios pátrios¹⁴².

¹³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 217.

¹⁴⁰ No sentido do texto, o seguinte excerto: "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, acolhendo ou rejeitando a demanda". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009, p. 101.

¹⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 219.

¹⁴² Cite-se, como exemplo, o seguinte julgado: ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE - PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL - INTERESSE DE AGIR, LEGITIMIDADE E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. O caso trata de ação civil pública ajuizada pelo MPSP em face da CPTM, concessionária do serviço público, para adequar o serviço de transporte de passageiros, que, no entender do autor, vinha sendo deficientemente prestado. A sentença julgou parcialmente o pedido, condenando a concessionária a adequar-se, nos termos da sentença, aos serviços que devem ser prestados aos cidadãos. 2. É dever do Poder Público e de seus concessionários e permissionários prestar serviço adequado e eficiente, atendendo aos requisitos necessários para segurança, integridade física, e saúde dos usuários, tudo conforme os arts. 6º, I e X, do CDC c/c 6º da Lei n. 8.987/95. 3. Deste modo, uma vez constatada a não-observância de tais regras básicas, surge o interesse-necessidade para a tutela pleiteada. Vale observar, ainda, que as condições da ação são vistas *in situ assertionis* ("Teoria da Asserção"), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial. Desse modo, o interesse processual exsurge da alegação do autor, realizada na inicial, o que, ademais, foi constatado posteriormente na instância ordinária. Tudo isso implica reconhecer a não-violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC. 4. No caso dos autos,

Em realidade, é rotineiro asseverar-se - em sentenças que acolhem preliminares (de ilegitimidade ativa ou passiva e de ausência de interesse de agir) - que “as questões preliminares suscitadas confundem-se com o mérito”.

Essa concepção busca solucionar o dilema acerca da natureza jurídica condições da ação. Para os adeptos da teoria da asserção, pouco importa o momento em que a perquirição acerca das condições da ação é realizada. O grau de cognição do julgador é que definirá se a sentença de carência do direito de ação é sentença de mérito¹⁴³, desde que o exame seja realizado à luz do que restou explicitado na petição inicial. Trata-se, segundo doutrina abalizada, da única maneira de compatibilizar os dispositivos do Código de Processo Civil viabilizando a exclusão das condições da ação do mérito da causa¹⁴⁴.

Essa posição, todavia, traduz-se numa equívoca maneira de valorizar a categoria processual tradicional das condições da ação, pois não se reconhece que elas são, em todas as oportunidades, questões atinentes ao mérito.

É que a matéria examinada pelo juiz é idêntica, pouco importando o momento em que ocorre a precitada aferição (se ao despachar a inicial, no julgamento conforme o estado do processo ou, ainda, na sentença) ou os elementos de que dispõe quando realiza tal análise.

Assim, embora signifique uma evolução importante, a teoria da asserção não responde ao grande questionamento que aqui se propõe: as condições da ação são questões de mérito? Elas estão ligadas à pretensão vindicada na inicial?

Registre-se, por oportuno, que, ao revés do que pretendem os assercionistas, não é o nível de cognição do julgador que indica serem as condições da ação matérias de mérito, mas a sua própria essência, conforme se explanará na sequência.

não ocorre a impossibilidade jurídica do pedido, porque o *Parquet*, além de ter legitimidade para a defesa do interesse público (aliás, do interesse social), encontra-se no ordenamento jurídico, tanto na "Lei da Ação Civil Pública" (Lei n.7.347/85), quanto na "Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Normas Gerais para os Ministérios Públicos dos Estados" (Lei n. 8.625/93) e outras, ou mesmo nos arts. 127 e 129 da CF, respaldo para pedir a adequação dos serviços de utilidade pública essenciais. [...]”BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial 470675/SP, Ministro Humberto Martins, Julgado em 16/10/2007, DJ de 29/10/2007, p. 201.

¹⁴³ COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 47.

¹⁴⁴ GOMES, Fábio. *Carência de Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1999, p. 72.

3.3 Natureza Jurídica Das Condições Da Ação. As Condições Da Ação Enquanto Questões De Mérito.

Conforme anotado no intróito do presente capítulo, a natureza jurídica de determinado instituto se traduz pelo exame de seu caráter.

Importa anotar, distanciando-se da doutrina brasileira majoritária, que as condições da ação não são, simplesmente, uma faixa de estrangulamento entre o direito material e o direito processual¹⁴⁵. Em verdade, as condições da ação estão umbilicalmente atreladas às pretensões trazidas à lume na peça vestibular.

Permita-se, de início, retomar o tema, na teoria tradicional de Liebman, que assim asseverou:

o autor, para merecer a atenção do juiz, deve oferecer alguns requisitos, cuja falta autoriza o juiz a recusar-lher o conhecimento. As condições da ação, portanto, são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito¹⁴⁶.

O posicionamento mais difundido¹⁴⁷ do autor italiano milita, pois, no sentido de que as condições da ação são requisitos para conhecimento do mérito da causa. Afirmava Liebman, textualmente: “as condições da ação, como requisitos que condicionam o conhecimento do mérito, não podem estar incluídas no mesmo.”¹⁴⁸

Diferentemente de Liebman, Chiovenda, em razão de filiar-se à teoria concretista do direito de ação, indicava que “as questões concernentes às condições da ação qualificam-se de questões de mérito (*merita causae*, arts. 492, 493 e 803, CPC)”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cf. tópico 1.3, *supra*.

¹⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo, Bestbook Editora: 2001, p. 104.

¹⁴⁷ Afrânio Silva Jardim registra: “Certo que, em dois outros trabalhos, o professor Enrico Liebman admite expressamente a possibilidade de a legitimação para a causa poder ser conexa com o mérito e, também depender de provas para a sua verificação, passando a examinar a pertinência subjetiva da lide numa perspectiva real e concreta. Nada obstante, como se sabe, produzida ou confeccionada uma obra, já não mais pertence ela ao seu criador, motivo pelo qual ousamos ficar com Liebman mesmo contra Liebman.” (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, p. 95).

¹⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo, Bestbook Editora: 2001, p. 111.

¹⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. Traduzida por Paolo Capitanio. Campinas, Bookseller: 2009, p. 113.

Ilustres processualistas contemporâneos têm entendido que as condições da ação não são pressupostos para o exame das questões de mérito, mas, ao contrário, relacionam-se intimamente com a pretensão desenhada na petição inicial e, portanto, compõem, pelo seu caráter, o próprio *meritum causae*. Confira-se:

Se as condições da ação devem ser apreciadas apenas em virtude da afirmação do autor (o autor afirma-se proprietário do imóvel na ação de reivindicação, pouco importando a prova realizada, e neste caso, por exemplo existe condição da ação) ou devem estar presentes em face da afirmação constante na petição inicial e da prova realizada no processo (o autor afirma ser proprietário do imóvel e a prova é no sentido de que outro é seu proprietário, pelo que faltaria, por exemplo, legitimidade para a causa), o fato é que as condições da ação, por dizerem respeito ao direito material, fazem com que a afirmação da ausência de uma delas seja, na realidade, um caso de afirmação macroscópica de falta de amparo do autor perante o direito material.¹⁵⁰

Frederico Marques pontifica, na mesma esteira, que a falta de possibilidade jurídica é “indício macroscópico da inexistência de pretensão razoável”¹⁵¹.

Nada mais correto. Não há dúvida de que as condições da ação, por integrarem o próprio objeto litigioso, isto é, a relação jurídica de direito material levada à apreciação do Poder Judiciário, pertencem essencialmente ao mérito da causa.

Não são, propriamente, todo o mérito, reconheça-se. São, contudo, questões de mérito, pois se relacionam, de maneira umbilical e definitiva, com a pretensão vindicada na peça de ingresso. E, justamente por isso, distanciam-se de questões estranhas ao mérito, independentemente do momento processual em que sejam examinadas.

Nessa esteira, pouco importa o instante do processo ou o nível de cognição do julgador quando examina as condições da ação, pois nada disso modifica a essência do instituto, em especial no que toca ao seu estreito vínculo com a *res in iudicium deducta*.

A relação jurídica de direito material é trazida para apreciação do magistrado por meio dos chamados elementos da demanda e as condições da ação são localizadas principalmente em um desses elementos, qual seja, a causa de pedir. [...]

Assim, ao constatar a ausência de uma condição da ação, o juiz deverá, obrigatoriamente, entender pela improcedência da demanda, uma vez que

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 70.

¹⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, I. São Paulo, Saraiva, 1974, p.160.

respondeu negativamente a uma questão de mérito condicionante ao acolhimento do pedido do autor.¹⁵²

Deveras correta a lição que sustenta, com espeque nesses argumentos, ser “impossível extremá-las [as condições da ação] do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal.”¹⁵³

Adroaldo Furtado Fabrício, após anotar seu hercúleo esforço no sentido de compreender a classificação realizada pelo direito positivo e pela doutrina majoritária, assim verbera, acerca da possibilidade jurídica do pedido:

Por muito que nos tenhamos empenhado na meditação do assunto e por maior que tenha sido nosso esforço em penetrar as razões do convencimento que parece ser o da maioria (sobre a solução da lei), fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma típica sentença de mérito. Ao proferi-la, o juiz “rejeita o pedido do autor”, nos exatos termos do art. 269, I; denega-lhe o bem da vida por ele perseguido através do processo; afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado; repele sua demanda. Podem-se alinhar às dezenas outras maneiras de dizer, mas todas significarão sempre que a ação (*rectius*, o pedido) não procede.¹⁵⁴

Da mesma maneira, acentua, com relação à legitimidade e ao interesse de agir, respectivamente:

Relativamente a esta condição, parece ainda mais difícil sustentar-se que seja matéria estranha ao mérito. Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*, denega-lhe, o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: “Se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular”. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva *ad causam*, declara que, em face réu, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência.¹⁵⁵

Parece-nos que essa suposta condição da ação, se é que melhor não se acomodaria entre os pressupostos processuais, poder-se-ia enquadrar, sem esforço, no âmbito do *meritum causae*. O ter razão, ou não ter, inclui a satisfação desse requisito, se é que ele não se exaure na simples verificação de não ser o caso de exercício da jurisdição.¹⁵⁶

¹⁵² COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96-97.

¹⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 219.

¹⁵⁴ FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 17.

¹⁵⁵ FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 19.

¹⁵⁶ FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990, p. 20.

As condições da ação, portanto, não tem nenhuma razão de existir, enquanto categorias do processo civil, pois são questões de mérito. Assim, porque as condições da ação integram o mérito da causa, a categoria “condições da ação” não subsiste e, *ipso facto*, deve ser expurgada do processo civil, evitando-se, consoante a maior parte da doutrina brasileira realiza, um culto à essa categoria processual que, em verdade, não se sustenta, se considerada sua verdadeira essência¹⁵⁷. Nesse sentido, preciso o ensinamento de Gomes:

Em conclusão, entendemos restar demonstrada a absoluta impropriedade de se dar validade às condições da ação como categoria pertinente ao plano do Direito Processual, razão pela qual se impõe a supressão das mesmas do nosso Código; enquanto presentes neste, sua apreciação importará exame de mérito, e de natureza jurisdicional será a atividade do juiz ao aferi-las¹⁵⁸.

O fundamento majoritário para a manutenção das condições da ação, convém anotar, relaciona-se, com uma flagrante incompreensão no sentido de que a sentença onde se afirma a ausência de uma das condições da ação não produz coisa julgada material¹⁵⁹. Em razão disso, convém examinar o tema de maneira mais detalhada, no tópico *infra*.

¹⁵⁷ “O conceitos e as categorias doutrinárias existem no plano lógico, como instrumentos destinados à melhor compreensão dos fenômenos. Bem por isso, não podem ser submetidos a um culto irrefletido, como se tivesse existência *per se*. A significação e o alcance de cada um deles variam segundo o ângulo visual e o alcance de cada um deles.” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas, Bookseller: 2000, p. 90.

¹⁵⁸ GOMES, Fábio. *Carência de Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1999, p. 72.

¹⁵⁹ Eis o resumo da confusão, sintetizado com clareza: “A resposta é simples, e se relaciona com uma inadequada compreensão do instituto da coisa julgada material. Supõe-se que a sentença que afirma a ausência de uma condição da ação não produz coisa julgada material; isto porque aquele que buscou o juízo e recebeu uma sentença que afirmou a ausência, por exemplo, de interesse de agir por inadequação da via eleita, deve poder voltar a juízo para postular através da via adequada. Se é evidente que aquele que escolheu a via errada deve ter o direito de voltar a ingressar em juízo através da via adequada, é completamente falso que a sentença que a via escolhida é inadequado não produza coisa julgada material e que somente por isso o autor tem direito de voltar a juízo elegendo a via correta. A sentença que afirmou que a via escolhida pelo autor não era adequada não permite que o autor volte a juízo através da via já afirmada inadequada, e nesse sentido produz coisa julgada material, impedindo a propositura da ação que já foi proposta. Ora, quando é solicitada ao juiz a via adequada – e, portanto, uma outra via, diferente daquela que já foi afirmada inadequada -, o juiz está diante de uma outra ação diferente daquela que produziu uma coisa julgada material.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 70-71.

3.4 A Carência De Ação E A Coisa Julgada Material

Consoante explanado supra, a sentença que julga o autor “carente do direito de ação” julga o próprio direito substancial¹⁶⁰. Nesse caminho, “a falta de uma dessas condições [possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir ou legitimidade], reconhecida liminarmente ou após a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito.”¹⁶¹

Tendo por fundamento as premissas fixadas nos tópicos precedentes, é possível dizer que a sentença que declara a ilegitimidade de uma das partes, a ausência do interesse de agir ou a impossibilidade jurídica do pedido examina a fundo um dos elementos constitutivos da demanda (causa de pedir), e, *ipso facto*, se trata de uma sentença de mérito que transita em julgado materialmente¹⁶², admitindo ação rescisória. Nesse sentido, bastante contundente a lição de Didier Júnior:

Costuma-se dizer que a sentença de carência de ação não pode ficar acobertada pela coisa julgada material, pois o autor, após “consertar” o erro, ou em razão da superveniência de novo fato, teria o direito de repropor a demanda. Sucede que se o defeito for corrigido, mesma demanda não será; somente se pode falar em repositura se a nova propositura se der nos mesmos termos da anterior. Corrigir de propor de outra forma não é repropor, é propor algo novo¹⁶³.

Assim, se o juiz sentencia no sentido da ausência de uma das condições da ação, eventual demanda deflagrada, após escoado o lapso temporal para manejo do recurso de apelação, é nova relação jurídica processual, uma vez que se perfez a coisa julgada material, em relação ao veredicto de mérito já precluso.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 70.

¹⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 219.

¹⁶² Coisa julgada material (*autoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467, CPC; art. 6º, §3º, LICC), nem à remessa necessária do art. 475, CPC. Somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material, mas não o contrário. A coisa julgada material é um efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado. A segurança jurídica trazida pela coisa julgada material, é pressuposto do estado democrático de direito (art. 1º, *caput*, CF). NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004, p. 39.

¹⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 220.

Em face da sentença recoberta pela coisa julgada é possível o manejo de ação rescisória, acaso configurada uma das hipóteses de seu cabimento, previstas no art. 485 do Código de Processo Civil.

4. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 8 de junho de 2010, uma Comissão de Juristas capitaneada pelo Ministro Luiz Fux¹⁶⁴, relator do modelo proposto, apresentou, ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, o texto do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Esse é o texto base para as reflexões que se farão na sequência, evitando-se utilizar o referente ao Projeto de Lei n. 8046/2010, em razão da sucessivas e constantes modificações que este vem recebendo.

Os dois períodos inaugurais da exposição de motivos do Anteprojeto, bem sintetizam qual é a pretensão do novel texto proposto:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.¹⁶⁵

A tônica do Anteprojeto é, pois, a conservação de institutos processuais que se mostraram úteis e adequados à entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil e, ainda, a inclusão “no sistema de outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.”¹⁶⁶

Não parece ser esse o tratamento dado às condições da ação. Examinando o que interessa ao presente estudo e afastando o risco de desviar o foco da pesquisa, convém analisar como o Anteprojeto tratou das questões relacionadas às condições da ação.

Ressalte-se, de proêmio, que o verbete “condições da ação” não aparece em nenhum dos dispositivos do Anteprojeto. Ao que tudo indica, o a proposta legislativa preferiu não trabalhar, de maneira explícita, com a categoria “condições

¹⁶⁴ Integraram a Comissão de Juristas as seguintes pessoas: Ministro Luiz Fux, então do Superior Tribunal de Justiça hoje do Supremo Tribunal Federal, a Doutora Teresa Wambier e os Doutores Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Teodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro.

¹⁶⁵ Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 10-11.

¹⁶⁶ Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 13.

da ação”, limitando-se a referir-se, em dispositivos específicos, ao “interesse” e à “legitimidade”, conforme será detalhado *infra*.

4.1 A Supressão Da Possibilidade Jurídica Do Pedido: Uma Realidade. O Apego À Visão Tradicional: A Manutenção Da Legitimidade Ad Causam E Do Interesse De Agir Como Condições Da Ação

A leitura da exposição de motivos do Anteprojeto revela que a possibilidade jurídica deixou de ser condição da ação e, finalmente, foi elevada à questão de mérito. A justificativa dos autores do Anteprojeto restou assim vazada:

Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.¹⁶⁷

Acolheu, pois, o Anteprojeto a visão crítica defendida por processualistas de escol no sentido de que a possibilidade jurídica do pedido nada mais é do que questão de mérito, pois intimamente ligada à pretensão deduzida na petição inicial.

No mais, o texto mantém a visão da doutrina tradicional acerca da legitimidade de partes e do interesse de agir. O quadro comparativo abaixo coteja a regra vigente no ordenamento jurídico com aquela veiculada no Anteprojeto.

CPC em vigor (Lei 5.869/73)	Anteprojeto de CPC em 08/06/2010
Art. 16. Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade.	Art. 16. ¹⁶⁸ Para propor a ação é necessário ter interesse e legitimidade.
Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: X – carência de	Art. 338. ¹⁶⁹ Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: XI – ausência

¹⁶⁷ Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 29.

¹⁶⁸Correspondente ao Art. 17 do Projeto de Lei 8046/2010, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, no âmbito da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (andamento em 07/05/2012, obtido em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>, acesso em 09/05/2012).

ação;	de legitimidade ou de interesse processual;
Sem correspondente	Art. 339. ¹⁷⁰ . Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a emenda da inicial, para corrigir o vício. Nesse caso, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, moderadamente arbitrados pelo juiz.
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;	Art. 467. ¹⁷¹ O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: VI – o juiz verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.	Art. 468. ¹⁷² A sentença sem resolução de mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de ilegitimidade ou falta de interesse processual, a nova propositura da ação depende da correção do vício.

As alterações de envergadura, propostas no Anteprojeto, são as seguintes:

(i) substituição do termo “carência de ação” por “ausência de legitimidade ou interesse processual”; (ii) alegada a ilegitimidade, em sede preliminar da contestação, o juiz facultará ao autor, no prazo de 15(quinze) dias, a correção do vício. Acatada a ilegitimidade, o autor deverá reembolsar as despesas e pagar os

¹⁶⁹ Correspondente ao Art. 327, I, do Projeto de Lei 8046/2010.

¹⁷⁰ Correspondente ao Art. 328, do Projeto de Lei 8046/2010. O referido dispositivo, importante frisar, aproxima ainda mais a ilegitimidade das partes do mérito da causa. Confira-se a redação do Art, 328 do PL 8046/2010: “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não são ser o responsável pelo prejuízo invocado na inicial [...]”. Ora, se o Réu indica não ser o responsável pelo “prejuízo invocado na inicial” e, por isso, invoca sua ilegitimidade, a sentença que julga essa demanda será, inegavelmente, de mérito, pois examinou a pretensão deduzida na peça de ingresso.

¹⁷¹ Correspondente ao Art. 472, VI, do Projeto de Lei 8046/2010.

¹⁷² Correspondente ao Art. 473, §1º, do Projeto de Lei 8046/2010.

honorários, arbitrados pelo juiz, ao procurador do réu excluído; (iii) condicionamento da propositura de nova demanda à correção dos vícios de ilegitimidade ou falta de interesse processual, quando o feito originário foi extinto, sem apreciação de mérito, em razão desses vícios.

As modificações veiculadas no Anteprojeto corroboram com a correção da ideia de que as condições da ação integram o mérito da causa. Se assim não fosse, não haveria justificativa para as alterações indicadas nos artigos 339 e 468, §1º, que, inegavelmente, criam regras específicas para as condições da ação, albergadas pelo Anteprojeto (legitimidade e interesse de agir).

Especialmente em relação à novel regra proposta no art. 468, §1º, que condiciona a propositura de uma nova demanda à correção do equívoco que ocasionou a extinção do processo, resta evidenciada uma espécie de sentença que, embora não decida o mérito, impossibilita a propositura de uma nova demanda.

Trata-se, pois, de sentença de extinção sem julgamento de mérito *sui generis*, pois, embora não transite em julgado materialmente, preclusa a possibilidade de recurso, o veredicto torna-se imutável e indiscutível, já que impede o ajuizamento de uma nova demanda enquanto não for retificado o vício. Demais disso, não se possibilita o ajuizamento de ação rescisória.

Como se vê, os autores do Anteprojeto preferiram a manutenção da visão tradicional, criando mecanismos que possibilitem a perpetuação de que as condições da ação não tocam a questões de mérito.

4.2 Proposições Para O Anteprojeto, À Luz Da Insubsistência Das Condições Da Ação

Anote-se, para encetar o presente tópico, que o Anteprojeto faz referência, em dois pontos específicos, às propostas realizadas no sentido de excluir-se, do corpo no Código de Processo Civil, as condições da ação, “já que se trata de mérito da demanda”¹⁷³. Os autores do texto, no entanto, enjeitaram a ideia e mantiveram,

¹⁷³ Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 356 e 365.

nos termos do que restou expandido *supra*, a ilegitimidade e o interesse de agir como categorias estranhas ao mérito da causa.

Numa visão bastante pragmática do assunto – tendo como premissa a cosmovisão do processo civil brasileiro fixada no curso do presente trabalho – não há nenhuma sustentação técnico-científica para a manutenção das condições da ação como categorias do direito processual civil, uma vez que a legitimidade e o interesse estão umbilicalmente atrelados à pretensão do autor descrita na petição inicial.

É nesse contexto que o Anteprojeto deveria abdicar da visão tradicional, admitindo que a falta de interesse e a ilegitimidade conduzem à extinção do processo com apreciação de mérito.

O acolhimento dessa proposição acarretaria: (i) à supressão do art. 16 do Anteprojeto, pois ele estampa serem indispensáveis, para a propositura da ação, ter interesse e legitimidade; (ii) a supressão do art. 338 inciso XI do texto, uma vez que caberia ao réu, em sede de defesa meritória, suscitar a ilegitimidade e a ausência de interesse de agir; (iv) a supressão do art. 339, uma vez que a alteração do polo passivo da demanda tem o mesmo efeito prático da extinção do processo com apreciação de mérito, inclusive para reembolso de despesas e condenação em honorários advocatícios; (v) supressão do inciso VI do art. 467, pois a extinção do processo, quando ausentes a legitimidade e o interesse, deve ser realizada com avanço de mérito; e (vi) supressão do §1º do art. 468, pois uma vez reconhecidas a legitimidade e o interesse como questões de mérito, não haverá necessidade de condicionar o ajuizamento de nova demanda à correção de vícios. A coisa julgada material obstará a novel pretensão.

Essas as sugestões, relativas ao tema “condições da ação”, para o Anteprojeto apresentado ao Senado Federal que, atualmente, tramita na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (andamento em 07/05/2012) ¹⁷⁴.

Cumpra, doravante, por fecho ao presente trabalho retomando, por ser imperativo o dever de síntese, as principais ideias aqui laboradas.

¹⁷⁴ CAMARA DOS DEPUTADOS.
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>, acesso em 09/05/2012.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, imperativo dever de síntese indica a conveniência de retomar as principais ideias debatidas no curso da pesquisa, de modo a realçar os resultados alcançados no curso do trabalho, apontando, outrossim, proposições para o direito positivo.

Nesse norte, impende recobrar que ação pode significar: o direito material em exercício (direito material violado, para os concretistas); o direito autônomo em relação ao direito material (direito de provocar a jurisdição, como para os abstrativistas) e, ainda; o exercício do direito abstrato de agir (direito de conduzir ao Judiciário a pretensão jurídica de direito material), independentemente do resultado a que se vai chegar, como é o caso dos ecléticos.

A teoria eclética, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, é a única que consegue explicitar a contento a interdependência entre o direito objetivo e o direito de invocar a jurisdição, conceituando ação como direito subjetivo (direito ao exercício da atividade jurisdicional), abstrato (não importa se o provimento jurisdicional será procedente ou não), autônomo (não depende da existência do direito subjetivo material) e instrumental, pois seu objeto é solucionar uma pretensão, aplicando o direito objetivo a determinado caso concreto, sempre prestigiando as finalidades do processo.

O exercício de qualquer pretensão jurisdicional deve ser realizado com lastro no direito material vindicado, pois é mister cardeal do processo proporcionar a proteção ao direito objetivo.

A interdependência entre ação e direito material é divisada, de maneira hialina, em três matérias, em que há notória maior sensibilidade do processo em relação à sua natureza instrumental: condições da ação, provas e responsabilidade patrimonial. As condições da ação mereceram amplo exame no presente trabalho, a partir da visão da ordem jurídica positiva.

O Código de Processo Civil brasileiro, ao consagrar, no artigo 267, inciso VI, que o processo se extingue sem resolução do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação (possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual), estatuiu a categoria das condições da ação como estranha ao mérito, além de não confundi-la com os pressupostos processuais

Na primeira das condições da ação, legitimidade *ad causam*, avalia-se a titularidade para figurar num dos polos da relação jurídica de direito processual. Verifica-se, pois, a correspondência entre as posições de autor e réu com a de sujeito ativo e passivo da relação jurídica de direito material. Quando ausente a legitimidade, o juiz reconhece a falta de amparo do autor perante o direito material e, por isso, julga o mérito.

O interesse de agir, ao seu turno, representa a necessidade de requerer a prestação da tutela jurisdicional, bem como a sua adequação em fazê-lo. Só está presente o interesse quando a atuação da jurisdição for capaz de assegurar a pretensão de direito material vindicada. Se a pretensão for desnecessária, inútil, o juízo assim o declara considerando o direito material vindicado e, assim, julga o próprio mérito.

A possibilidade jurídica do pedido, terceira e última condição da ação, está dirigida ao titular ativo da relação jurídica processual, impondo-lhe o dever de não deduzir pedido vedado pelo ordenamento jurídico, isto é, o julgador indica que o autor não tem razão; indefere-lhe o pedido, enjeita sua demanda e, nesse viés, julga o mérito.

Destarte, as condições da ação se relacionam, de maneira umbilical e definitiva, com a pretensão vindicada na peça de ingresso (mérito), sendo

indiferente o instante do processo ou o nível de cognição do julgador quando examina as condições da ação, pois nada disso modifica a essência do instituto, em especial no que toca ao seu estreito vínculo com a *res in iudicium deducta*.

As condições da ação, portanto, não tem nenhuma razão de existir, enquanto categorias do processo civil. Podem, pois, ser expurgadas do Direito Processual Civil.

Quanto à análise da questão no âmbito do anteprojeto do Código de Processo, cumpre lembrar que o verbete “condições da ação” não aparece em nenhum dos dispositivos da proposta legislativa. Ao que tudo indica, o novel legislador preferiu não trabalhar, de maneira explícita, com a categoria “condições da ação”, limitando-se a aludir, em dispositivos específicos, ao “interesse” e à “legitimidade”. A possibilidade jurídica do pedido foi extirpada do Anteprojeto.

As modificações já veiculadas no protótipo legislativo corroboram com a correção da ideia de que as condições da ação integram o mérito da causa. Se assim não fosse, não haveria justificativa para as alterações indicadas nos artigos 339 e 468, §1º, que, inegavelmente, criam regras específicas para as condições da ação, albergadas pelo Anteprojeto (legitimidade e interesse de agir).

Numa visão prática acerca do tema – tendo como premissa a cosmovisão do processo civil brasileiro fixada no curso do presente trabalho – não há nenhuma sustentação técnico-científica para a manutenção das condições da ação como categorias do direito processual civil, uma vez que a legitimidade e o interesse estão umbilicalmente atrelados à pretensão do autor descrita na petição inicial.

Cumprindo o mister de propor sugestões de alteração ao direito ao anteprojeto do Código de Processo Civil, importa indicar a supressão: (i) do art. 16 do Anteprojeto, pois ele estampa serem indispensáveis, para a propositura da ação, ter interesse e legitimidade; (ii) do art. 338, inciso XI do texto, uma vez que caberia ao réu, em sede de defesa meritória, suscitar a ilegitimidade e a ausência de interesse de agir; (iv) do art. 339, uma vez que a alteração do polo passivo da demanda tem o mesmo efeito prático da extinção do processo com apreciação de mérito, inclusive para reembolso de despesas e condenação em honorários advocatícios; (v) art. 467, inciso VI, pois a extinção do processo, quando ausentes a legitimidade e o interesse, deve ser realizada com avanço de mérito; e (vi) do art. 468, parágrafo 1º, pois uma vez reconhecidas a legitimidade e o interesse como questões de mérito, não haverá necessidade de condicionar o ajuizamento de nova demanda à correção de vícios (a coisa julgada material obstará a novel pretensão).

Essas as modificações propugnadas, todas contemplando a ideia central aqui defendida, no sentido de que as condições da ação integram o próprio mérito da causa e, *ipso facto*, não existem como categorias autônomas do Processo Civil Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13.ed. São Paulo, RT: 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros: 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo, RT: 2009.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5.ed. Forense, Rio de Janeiro: 2010.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 4.ed. São Paulo Saraiva, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena pensar de novo?* Livro de Estudos Jurídicos. V. 6. Rio de Janeiro, Institutos de Estudos Jurídicos, 1993.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil Volume I*. 8. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>, acesso em 09/05/2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo, Saraiva, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas, Minelli: 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. Traduzida por Paolo Capitanio. Campinas, Bookseller: 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001.

Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DE PLÁCIDO e Silva, Vocabulário jurídico, 15ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo, Malheiros: 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4.ed. São Paulo, Malheiros: 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II*. São Paulo, Malheiros: 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo, Malheiros: 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2010.

FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de processo n. 58, Abr./Jun. 1990.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Tomo I, Campinas, Bookseller: 2003.

GOMES, Fábio. *Carência de ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo, Malheiros: 2001.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense: 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais*. *Revista de processo* n. 173, Julho/2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Volume I*. 3.ed. Tradução de: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros: 2005.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo, Bestbook Editora: 2001.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, a. 42, f. 509, p. 216-226, nov. 1945.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil. Volume II*. Revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 1.ed. Campinas, Millennium: 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2004.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires, Eudeba, 1974.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Volume I, 21. ed., São Paulo, Saraiva: 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo, RT: 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume I*. 24. ed. São Paulo, Saraiva: 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petenti no processo civil*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas, Bookseller: 2000.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.