

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Cândido Rangel Dinamarco

II

6ª edição,
revista e atualizada



Capítulo XLII – AÇÃO E DEFESA: SÍNTESE DAS POSIÇÕES DAS PARTES NO PROCESSO

539. as situações jurídicas ativas das partes – 540. a inércia inicial do juiz, a iniciativa de parte e o conteúdo da ação e da defesa – 541. direito ao provimento de mérito – 542. o direito de ação antes e durante o processo: direito ao processo – as condições da ação e a carência de ação – 543. a possibilidade jurídica da demanda e a ordem jurídica nacional – 544. o interesse processual e o binômio *necessidade-adequação* – 545. a legitimidade *ad causam* – 546. legitimidade *ad causam*, aspecto do interesse de agir – 547. legitimidade ativa à execução forçada – 548. legitimidade extraordinária (substituição processual) – 549. legitimidade autônoma ou subordinada – 550. legitimidade exclusiva ou concorrente – 551. legitimidade isolada ou conjunta (litisconsórcio necessário) – 552. a utilidade sistemática da técnica das condições da ação – 553. condições existentes e não apenas afirmadas (*repúdio à teoria da asserção*) – 554. as condições supervenientes e as que desaparecem no curso do processo – as condições da ação são indispensáveis no momento de julgar – 554-A. falsas carências de ação – 555. o conceito de ação e sua evolução doutrinária – 556. natureza jurídica da ação e da defesa: poderes e não direitos subjetivos – titular passivo, o Estado – 557. espécies de ações e de defesas – as exceções em sentido estrito – 558. atipicidade da ação e da defesa – 559. defesa e eventualidade – preliminares e defesa de mérito

539. as situações jurídicas ativas das partes

As faculdades e poderes dos litigantes no processo, que lhes permitem realizar atos de seu interesse e segundo sua vontade desde o início até ao fim do procedimento, enfeixam-se em duas categorias jurídicas reciprocamente contrapostas, conceituadas como *ação e defesa* (direito de ação e direito de defesa). Ao consignar a garantia da *ampla defesa*, a Constituição Federal assegura a ambas as partes de todo processo a possibilidade de sustentar suas razões e formular demandas ao longo do procedimento, segundo

a lei, sem restrições que não sejam aquelas decorrentes da própria lei processual (art. 5º, inc. LV). O *direito* de ação e o de defesa constituem a síntese de todas essas possibilidades de atuação processual e incluem ainda o direito à resposta do Estado-juiz às demandas e requerimentos que lhe dirigem. Uma vez instaurado o processo, são absolutamente equiparadas as posições do autor e do réu, criando-se para ambos a legítima expectativa de afinal receber a tutela jurisdicional que também a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXV). *Ação e defesa são a síntese das situações ativas das partes no processo (supra, n. 492).*¹

Ambas as partes têm o direito de, realizando os atos que lhes são franqueados e exigindo do juiz a realização dos que lhe competem, criar uma situação em que terá este o *dever* de pronunciar-se sobre a demanda inicial para outorgar a tutela jurisdicional àquele que tiver o direito de obtê-la. Ele a concederá, em cumprimento a esse dever e em atenção à garantia constitucional de acesso à justiça, àquela das partes que tiver razão – ou seja, àquela que os fatos provados e a interpretação dos textos legais ou contratuais revelarem que está amparada pelo direito material. No processo de conhecimento a *razão* do autor conduz o juiz a julgar procedente a demanda inicial e a *razão* do réu, a julgá-la improcedente; ao longo de todo o procedimento as demandas incidentes que as partes lhe apresentam serão acolhidas ou rejeitadas por igual critério, atendidas as normas de direito processual (requerimentos de prova, pedidos de integração de um terceiro à relação processual *etc.*).

Diante disso, a uma primeira aproximação o *direito* de ação e o de defesa representam, para o autor e para o réu respectivamente, o direito de defesa judicial de suas pretensões em um processo instaurado perante o Estado-juiz. Não há a menor diferença entre eles no curso de um processo instaurado, o que constitui desdobramento da igualdade das partes, constitucionalmente assegurada.

1. As situações jurídicas passivas não integram o patrimônio jurídico-processual do autor nem do réu, porque têm finalidade exatamente oposta à das ativas. Elas não são fatores que favoreçam a atuação processual no interesse próprio de cada um, mas que a restringem ou impõem sacrifício ao titular.

São absolutamente iguais as oportunidades oferecidas às partes, iguais os deveres do juiz perante ambas e iguais as expectativas que o exercício de cada uma é apto a gerar para estas.

A parificação conceitual de ação e defesa constitui também manifestação da moderna tendência a repudiar o método que, com uma pitada de sarcasmo, vem sendo chamado *processo civil do autor*. O processo civil não é feito para dar razão a este ou para oferecer tutela jurisdicional necessariamente a quem a pediu em primeiro lugar, mas a quem tiver razão (*supra*, n. 39). Já é tempo de, uma vez reveladas e já amadurecidas essas idéias inerentes à isonomia processual, retificar os conceitos e eliminar as grandes distinções conceituais que a doutrina tradicional estabelece entre ação e defesa.

540. a inércia inicial do juiz, a iniciativa de parte e o conteúdo da ação e da defesa

A única diferença significativa entre ação e defesa consiste em que só aquela inclui, e esta não, o poder de dar início ao processo. Como o juiz é proibido de realizar processos e conceder tutelas jurisdicionais sem a iniciativa de alguém (CPC, arts. 2º e 262 – *supra*, n. 398), a Constituição e a lei municiam do poder de provocar sua atividade todo sujeito que precise do processo como meio para exame e eventual acolhimento de suas pretensões insatisfeitas.² Tal é o *poder de iniciativa processual*.

A presença desse elemento conduz a ver na ação não *um poder*, mas um *feixe de situações jurídicas ativas* que legitimam a iniciativa de dar início ao processo com o objetivo de obter tutela jurisdicional e que, uma vez instaurado este, possibilitam a realização de atos tendentes a preparar uma solução favorável. O direito de defesa não inclui o poder inicial de dar partida à máquina judiciária, pela óbvia razão de que o réu, quando chega ao processo pela citação, já o encontra instaurado – mas, tanto quanto a ação, ele também se resolve em um feixe de possibilidades de atuar e formular exigências, com análoga finalidade (preparar o julgamento

2. Desde que atendidas certas exigências, especialmente as *condições da ação*.

favorável ao réu). O conceito de ação inclui os poderes de *iniciativa e participação*; o de defesa, somente *participação*.

Nesse contexto, é ao menos exagerado conceituar a ação como *direito à tutela jurisdicional* ou mesmo como *direito à sentença de mérito*; e a defesa, como o contraposto negativo da ação ou *direito de opor-se à pretensão do autor*.

Ação não é, em si mesma e desde logo, direito à sentença de mérito ou poder de exigí-lo. O autor só terá o poder de exigir o provimento de mérito e o juiz o dever de emití-lo, quando chegar o momento adequado para tanto, já tendo sido realizados todos os atos do procedimento e satisfeitos todos os requisitos indispensáveis (os *pressupostos de admissibilidade do provimento de mérito* – *infra*, nn. 726 e 830 ss.). Antes da instauração do processo existe somente o poder de dar-lhe início pela demanda. Ao longo do procedimento existem para ambas as partes as situações jurídico-processuais ativas inerentes à própria condição de parte (*supra*, n. 492). Essas faculdades e esses poderes são exercidos pelo autor e pelo réu mediante atos de variada natureza. Já na contestação é feita uma *demand*a de tutela jurisdicional a ser concedida ao réu mediante o improvimento da demanda inicial do autor; o réu poderá pedir também uma tutela jurisdicional de grau inferior, consistente na extinção do processo sem julgamento do mérito (*supra*, n. 39); ambas as partes podem requerer provas, nomear assistente-técnico ou formular quesitos a serem respondidos pelo perito e por este; tomam parte na audiência, formulam reperguntas às testemunhas;³ reclamam de eventuais imperfeições do procedimento; quando o mérito é julgado, ou quando o juiz acolhe ou rejeita alguma pretensão formulada no curso do processo, a parte contrariada tem o poder de recorrer aos tribunais. Nessas atividades de *duelo processual* consiste o exercício da ampla defesa assegurada constitucionalmente a ambas as partes e esse é o conteúdo comum do direito de defesa e do de ação. Correlativamente, o juiz e os tribunais têm o *dever* de permitir o exercício de todas essas faculdades e poderes, segundo

3. Não diretamente mas sempre através do juiz.

a lei, bem como o de manifestar-se sobre o *meritum causæ* quando chegar o momento.

Tais poderes e faculdades compõem o *feixe de situações jurídico-processuais* conceituados como ação ou como defesa.

541. *direito ao provimento de mérito*

Ao cabo do processo, cumpridas todas as exigências e havendo as partes tido todas as oportunidades inerentes à ação e à defesa, só aí então o juiz terá o concreto *dever* de proferir e elas, o *poder* de exigir-lhe o provimento que concederá a tutela jurisdicional plena àquele que tiver direito a ela. Tutela jurisdicional plena é aquela consistente em outorgar ao sujeito o *bem da vida* em razão do qual o processo foi instaurado, negando ao vencido o direito a ele. Recebe a tutela plena o autor ou o réu, conforme o caso, constituindo imperdoável erro de perspectiva a preconceituosa idéia de que só ao demandante ela poderia ser concedida (*supra*, n. 39). Recebe-a o demandante quando ao cabo da execução lhe é entregue o bem ou quando, no cognitivo, o juiz declara existente ou inexistente uma relação jurídica, atendendo ao pedido feito na demanda inicial (ação declaratória positiva ou negativa), ou quando a sentença opera a modificação jurídica postulada (sentença constitutiva, como a que anula o contrato). Recebe-a o réu, quando o juiz rejeita a demanda, julgando improcedente o pedido de condenação ou a transformação jurídica pedida pelo autor, ou declarando que inexistente a relação jurídica afirmada por este (ação declaratória positiva julgada improcedente), ou que existe a que a demanda inicial negava (improcedência da ação declaratória negativa).

Direito ao provimento de mérito é, no processo de conhecimento, direito ao julgamento deste, ou direito à sentença de mérito. O processo de conhecimento é por definição *processo de sentença* e sentenciar sobre as contrapostas pretensões das partes é prover sobre o *meritum causæ*. No processo ou fase de execução o provimento de mérito não consiste em julgar a pretensão mas em ordenar a satisfação desta mediante entrega do bem ao exeqüente. Satisfeito o credor, a sentença que se profere nesse processo é somente um ato destinado à extinção processual (art. 794, inc. I, c/c art. 795).

Tal é o *direito ao provimento de mérito*, que só existe concretamente quando cumprido o procedimento e satisfeitos todos os requisitos. Têm direito a ele ambas as partes e o dever de emití-lo constitui a essência e núcleo central da missão do juiz no processo civil (CPC, art. 126 – *supra*, n. 510). Esse dever está explicitado também no art. 459 do Código de Processo Civil, que manda: “o juiz proferirá sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”. O direito de ambas as partes ao provimento de mérito é assegurado pela Constituição Federal ao estatuir que nenhuma pretensão à tutela jurisdicional pode ser subtraída à apreciação jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV). Negar o julgamento do mérito, estando presentes todos os requisitos para tanto, constitui *denegação de justiça*.

Recebe tutela jurisdicional *não-plena* o réu que obtém a extinção do processo sem julgamento do mérito. Não assegura para si o bem litigioso – e por isso a tutela não é plena. Mas libera-se do processo formado sem o concurso de sua vontade e do risco de perder o bem, ao qual o processo o expõe (*supra*, n. 39).

A lei deixa claro que também o réu tem direito ao julgamento do mérito, ao conceder-lhe o poder de impedir a extinção do processo por *desistência da ação*. Ainda que o autor revogue a demanda inicial, desistindo (art. 267, inc. VIII), o réu que houver oferecido contestação sem pedir também a extinção processual poderá opor-se a isso e exigir que o feito prossiga para que *sua demanda de improcedência* venha a ser julgada (art. 267, § 4º – *supra*, nn. 453, 457, 835, 844). Constituiria denegação de justiça a extinção do processo sem o julgamento do mérito – ou seja, sem julgamento das demandas contrapostas – se pudesse uma só das partes, o autor, impedir unilateralmente que o juiz o julgasse. Tanto quanto a ação, depois de cumprido o *iter* do procedimento também o direito de defesa resolve-se em direito ao julgamento do mérito.

As situações são diferentes na execução, em virtude de seu *desfecho único*, ou seja, porque ele é estruturado para oferecer tutela jurisdicional ao demandante ou a ninguém. O máximo que pode esperar o executado é a extinção do processo ou fase executiva sem

que o bem saia de seu patrimônio para passar ao do exeqüente. Por isso, não tendo ele qualquer expectativa de obter uma tutela plena, falece-lhe também o poder de impedir que o processo se extinga. A exigência de concordância com a desistência de ação não se aplica ao processo executivo (*supra*, n. 457).

542. o direito de ação antes e durante o processo: direito ao processo – as condições da ação e a carência de ação

Razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito. Quando se diz que *todos* têm direito ao pronunciamento dos juízes sobre suas pretensões, esse *todos* não significa que qualquer pessoa o tenha, em qualquer circunstância (Liebman). A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei (*supra*, n. 42). Daí os requisitos do *interesse de agir*, caracterizado pela utilidade do provimento jurisdicional postulado ou a postular; da *legitimatio ad causam*, sem a qual o provimento se endereçaria a pessoas que não são titulares dos interesses em conflito e por isso seria também inútil; e da *possibilidade jurídica da demanda*, que é a compatibilidade, em tese, entre esta e a ordem jurídica nacional como um todo. Presentes todas essas condições da ação, diz-se que o sujeito tem *direito de ação* – e conseqüentemente só o terão aqueles que se encontrarem amparados por elas. *Carece de ação* quem não esteja amparado por esses requisitos, ainda que *apenas um* deles lhe falte. Não se trata de condições para o *exercício* da ação, mas para sua própria *existência* como direito ao processo – porque seria estranho afirmar que um direito existe mas não pode ser exercido quando lhe faltar um dos requisitos constitutivos.⁴

Não seria eticamente legítimo sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele causa, quando se antevê

4. Não é o que sucede com os direitos sujeitos a condição ou termo, cujo exercício depende somente de uma *espera*. O implemento da condição ou termo não é elemento constitutivo do direito mas fator da sua *exigibilidade*.

que a tutela jurisdicional pedida pelo autor não lhe será útil ou que, por afrontar certos preceitos superiores, jamais poderá ser concedida. Nem seria *economicamente legítimo* impor ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação. Tais são as fundamentais razões de fundo ético-econômico que autorizam os condicionamentos impostos pela lei ao direito de ação.

Mas, enquanto concebido assim de modo abstrato e sem configurar ainda o direito ao provimento jurisdicional de mérito (que só haverá no momento em que o juiz tiver o concreto dever de emití-lo), o *direito de ação* não é mais que *direito ao processo* (Cintra-Grinover-Dinamarco). Assim o coloca o direito positivo, ao mandar que logo de início seja este extinto mediante o indeferimento da petição inicial quando faltar a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir ou a possibilidade jurídica da demanda (CPC, art. 295, incs. II-III e I, c/c par., inc. III); e ao reiterar a ordem de extinção, mandando que o juiz lhe ponha fim por *carência de ação* sempre que uma dessas condições esteja faltando (art. 267, inc. VI). O processo considera-se formado apesar da carência de ação (*supra*, n. 405), mas como o julgamento de mérito não poderá ser proferido, ele não deve durar: é dever do juiz extingui-lo o mais precocemente possível, só perdurando enquanto não estiver suficientemente clara, pela prova ou pela interpretação jurídica, a ausência de alguma das condições.

Enquanto *não exercida a ação*, a principiar pela propositura da demanda inicial, ela é um direito extremamente fluido e destituído de resultados práticos na vida das pessoas: ainda que presentes todas as condições, o sujeito tem apenas o direito à instauração do processo, que ele exercerá ao propor a demanda inicial. Mas essa iniciativa e conseqüente formação do processo (art. 263 – *supra*, n. 405) não importam certeza quanto a vir a ter direito ao provimento jurisdicional, porque para tanto ainda resta cumprir todo o procedimento em suas fases.⁵ Daí a diferença de grau entre *ação não exercida* e *ação exercida*.

5. A demanda é um ato *causativo* em relação ao efeito consistente em dar formação ao processo; *indutivo*, com referência à constituição do direito ao provimento jurisdicional de mérito (*infra*, n. 648).

Sem as condições da ação e portanto sem direito sequer à realização do processo, o portador de uma pretensão não terá *direito ao provimento de mérito*, porque este só se obtém mediante a realização do processo; nem terá *direito à tutela jurisdicional*, porque esta só se concede no processo e através do provimento ali gerado e afinal emitido pelo juiz. A ausência do direito de ação por falta das condições implica inexistência do direito à sentença de mérito; mas a existência da ação, presentes as condições, não é ainda direito a essa sentença. Sem a demanda inicial, que é ato de exercício da ação, não existe sequer o concreto direito ao processo.

Todas as três condições da ação constituem *faixas de estrangulamento* entre o direito processual e o substancial, sabido que é sempre da *situação da vida* lamentada pelo demandante, em associação com o resultado jurídico-substancial pretendido, que resultam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de parte. Essas condições situam-se no campo do direito processual, porque constituem requisitos para que o processo possa prosseguir e, conseqüentemente, para que possa o juiz vir a ter o dever de prover sobre o mérito; mas, em cada caso, é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não (*supra*, nn. 6-7).

Se peço a anulação de um contrato do qual não participei, sou parte ilegítima porque não figuro na relação material. Se a parte pleiteia mandado de segurança para participar em um concurso público e este já se realizou, falta interesse processual porque a situação da vida já se perpetuou e não é possível voltar atrás. Se um Estado da Federação pede a declaração de seu desligamento da República Federativa, ele carece de ação porque sua demanda é juridicamente impossível perante a Constituição Federal.

543. a possibilidade jurídica da demanda e a ordem jurídica nacional

A demanda é juridicamente impossível quando de algum modo colide com regras superiores do direito nacional e, por isso, sequer comporta apreciação mediante exame de seus elementos concretos. Já *a priori* ela se mostra inadmissível e o autor carece de ação por impossibilidade jurídica da demanda. A *possibilidade jurídica*

é a admissibilidade desta *em tese* e, sem ela, sequer se indagará se o demandante é parte legítima, se o provimento que pede é adequado, se é apto a lhe trazer proveito ou se ele tem razão ou não, pelo mérito (se venho cobrar um crédito decorrente do jogo, de nada importa saber se ganhei honestamente, se realmente ganhei ou quanto ganhei – CC, art. 814).

Para que a demanda seja juridicamente possível, é necessária a compatibilidade de *cada um de seus elementos* com a ordem jurídica. O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação).⁶ A *causa petendi* gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que fatos como os alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir a condenação com fundamento em dívida de jogo). As *partes* podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz (Const., art. 100 – CPC, arts. 730 ss.).

Daí a insuficiência da locução *impossibilidade jurídica do pedido*, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o *petitum* – sem considerar os outros dois (*partes* e *causa de pedir*).

A casuística da impossibilidade jurídica evidencia que a esta se chega por exclusão e pelas situações negativas, sendo mais fácil falar dela que da possibilidade. Isso tem um sólido fundamento sistemático, que é a *garantia do controle jurisdicional*, portadora da regra de que em princípio todas as pretensões de tutela jurisdicional serão apreciadas pelo Estado-juiz (Const., art. 5º, inc. XXXV), só não o sendo aquelas que encontrarem diante de si

⁶ A impossibilidade *material* de obter a tutela jurisdicional pretendida coloca-se como falta de legítimo interesse, porque seria *destituída de utilidade prática* a sentença que pretendesse conceder a tutela nessas situações: é o que sucederia se fosse uma pessoa condenada a reconstituir uma estátua estraçalhada em migalhas.

alguma dessas barreiras intransponíveis. Não existem *ações típicas* nos sistemas processuais modernos, em que a garantia do controle jurisdicional constitui uma *cobertura geral do sistema de direitos* (*supra*, n. 79). Negar aprioristicamente o direito ao processo – e portanto ao provimento jurisdicional – constitui exceção no sistema.

É notório que a possibilidade jurídica como condição da ação foi uma proposta muito bem sucedida de Liebman, formulada em famosa aula inaugural (Turim, 1949). Apesar das muitas dúvidas que a doutrina brasileira lançou sobre a pertinência dessa condição, o Código de Processo Civil a incluiu ao lado das outras duas (art. 267, inc. VI) – mas logo em seguida o autor da tese renunciou a ela e passou a incluir no requisito do interesse de agir os exemplos antes apontados como casos de impossibilidade jurídica. Como também é notório, Liebman o fez quando a lei italiana passou a admitir o divórcio, sendo este o exemplo mais expressivo de impossibilidade jurídica que vinha sendo utilizado em seus escritos.

544. o interesse processual e o binômio necessidade-adequação

Como conceito geral, *interesse é utilidade*. Consiste em uma *relação de complementariedade* entre *um bem* e *uma pessoa*, a saber, entre um bem portador da capacidade de satisfazer uma necessidade e uma pessoa portadora de uma necessidade que pode ser satisfeita por esse bem (Carnelutti). Há o *interesse de agir* quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira *tutela*, a tutela jurisdicional (*supra*, nn. 39-40). O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão.

Permite-se, sem qualquer inconveniente semântico, empregar indiferentemente as locuções *interesse de agir* ou *interesse processual* ou *legítimo interesse*. Mas é preciso ter presente que a condição da ação consistente na utilidade da medida postulada é,

por extenso, *legítimo interesse processual de agir*. É importante o adjetivo *legítimo*, porque tal condição da ação só se considera presente quando atendidas as exigências da lei; e a lei não a reconhece, quando a prestação do obrigado ainda não é exigível ou quando a medida postulada não for adequada ao caso *etc.* Pode até existir a utilidade, mas não legitimidade, em uma demanda inadequada ao caso (executar sem ter título).

Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere. O demandante terá ou não direito a obter esse bem – e isso é uma questão de direito material, a ser resolvida em conformidade com as normas deste e sem influência sobre o interesse de agir. É inadequado falar em *interesse econômico ou moral* como condição da ação, como fazia o art. 2º do Código de 1939, porque essa adjetivação é própria do interesse ao bem e não à tutela jurisdicional. Haverá o interesse *processual* sempre que o provimento jurisdicional pedido⁷ for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende. Depois, quando reconhecida existência do interesse de agir, o juiz conceder-lhe-á ou não o bem da vida, conforme o caso (e essa será a decisão de mérito).

Em quatro dispositivos de caráter geral o Código de Processo Civil formula a exigência do interesse de agir como requisito para o direito ao processo e, conseqüentemente, para a admissibilidade do provimento de mérito a ser proferido ao cabo deste: a) no art. 3º, ao dizer que o interesse e a legitimidade são indispensáveis *para propor ou contestar a demanda inicial*;⁸ b) no art. 295, inc. III, onde manda o juiz indeferir a petição quando o interesse faltar; c) no art. 267, inc. VI, pelo qual o processo deve ser extinto sempre que o autor não tenha interesse de agir;⁹ d) no art. 301, inc. X, que

7. E, portanto, a tutela jurisdicional.

8. É extremamente difícil configurar-se uma situação em que o réu não tenha interesse em contestar. A simples propositura da demanda pelo autor e conseqüente pendência do processo já são, ordinariamente, razão mais que suficiente para que ele se utilize da contestação com o objetivo de evitar a sentença de mérito desfavorável. Mas, embora isso seja extremamente improvável, em casos superlativamente extraordinários pode acontecer a falta de interesse para a contestação.

9. Mas o indeferimento da petição inicial já é um modo de extinguir o processo (art. 267, inc. I).

inclui a alegação de falta de qualquer das condições na contestação que o réu apresentar.

Assim configurado como aptidão a propiciar o bem ao demandante se ele tiver razão, o interesse de agir não existe quando o sujeito já dispõe do bem da vida que vem a juízo pleitear e quando o provimento pedido não é mais, ou simplesmente não é, capaz de propiciar-lhe o bem.

São casos da falta de interesse de agir *por não ser necessário* o provimento: o do credor que viesse a juízo pedir a condenação do devedor ou a execução forçada, estando este sempre disposto a pagar e sendo dele, credor, a recusa em receber; ou, inversamente, o do devedor que propusesse a ação de consignação em pagamento sem que jamais tivesse havido a recusa do credor em receber (*mora accipiendi* – CPC, art. 896, inc. I); também, o do locador que promovesse a ação de despejo do inquilino que já lhe pusera o imóvel à disposição *etc.*

A falta de interesse de agir *por ser improdutiva a medida postulada* ocorre, p.ex., se um candidato à inscrição a um concurso público impetrar segurança com o objetivo de obrigar a comissão de concurso a admiti-lo, estando já realizado o concurso; ou se for pedida a condenação de um artista a se apresentar em um festa, estando ela já realizada (inadimplemento absoluto).¹⁰

Existem dois fatores sistemáticos muito úteis para a aferição do interesse de agir, como *indicadores* da presença deles: a *necessidade* da realização do processo¹¹ e a *adequação* do provimento jurisdicional postulado.

Só há o *interesse-necessidade* quando, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado. Um caso muito expressivo de falta do interesse-necessidade, posto que de raríssima ocorrência, seria a demanda de condenação do devedor que já houvesse posto o valor do débito à dis-

10. Inutilidades dessa ordem ocorrem principalmente quando, embora ajuizado o pedido antes, o fato extintivo do direito de ação acontece na pendência do processo (o concurso se realiza, o dia da festa já passou *etc.*). É indispensável que o interesse subsista no momento em que a sentença é proferida.

11. Ou *necessidade concreta da jurisdição* (Luigi Monacciani).

posição do credor. As demandas de tutela jurisdicional destinadas a suprir omissão do obrigado (ações condenatórias ou executivas) só estão amparadas pelo interesse-necessidade a partir de quando a prestação for *exigível*; antes da exigibilidade, falta o interesse porque ainda não se sabe se a parte obrigada cumprirá ou não a obrigação.¹²⁻¹³ Não existe a exigibilidade das obrigações antes do vencimento nem quando a lei substancial ou o contrato condicionam a prestação do devedor a uma prévia prestação do próprio credor (*exceptio non adimpleti contractus*, art. 475 CC – CPC, arts. 572 e 615, inc. IV).

O *interesse-adequação* liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas *situações da vida* indicadas pelo legislador. Em princípio, não é franqueada ao demandante a escolha do provimento e portanto da espécie de tutela a receber. Ainda quando a interferência do Estado-juiz seja necessária sob pena de impossibilidade de obter o bem devido (interesse-necessidade), faltar-lhe-á o interesse de agir quando pedir medida jurisdicional que não seja *adequada segundo a lei* (*supra*, nn. 61-66).¹⁴

Processualistas do passado aludiam à *lesão* como fator da existência do direito de ação. Não se apercebiam de que afirmar a *lesão*

12. A exigibilidade caracteriza-se como *ausência de impedimentos jurídicos para que o devedor satisfaça a pretensão do credor* (Carnelutti). Assumido que o crédito exista – e portanto também existam um credor e um devedor –, a presença de um termo ou condição constitui impedimento jurídico à satisfação, porque é necessário esperar.

13. Quando a obrigação não tem termo certo de vencimento, para que a prestação se torne exigível é preciso interpelar o devedor (CC, art. 397). Mas se for promovida uma demanda de condenação ou de execução sem o devedor haver sido interpelado, ele se constitui em mora e portanto a exigibilidade estará presente a partir do momento em que citado. Entre os efeitos substanciais da citação e da formação do processo está o de *constituir em mora o devedor* (CPC, art. 219). Como corriqueiramente se diz, *a citação é a mais veemente das interpelações* (*supra*, n. 428).

14. É sempre a lei quem dá a medida da adequação das espécies de tutela, segundo os critérios insondáveis do legislador. A medida inadequada poderia até ser muito útil e conveniente a quem a pede mas não é *legítimo* o seu interesse a ela.

implica pressupor a *existência* do direito lesado: não é logicamente concebível lesar um direito que não exista. Essa colocação revela um compromisso com concepções da ação já superadas, como a que via nela o próprio direito subjetivo que, quando *lesado*, assumiria a capacidade de propiciar ao titular o direito à tutela. Ter direito de ação significava, nesse sistema, ter o direito subjetivo a ser tutelado (teoria imanentista da ação – *infra*, n. 555).

545. *a legitimidade ad causam*

Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e a causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como *relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa*.

A conceituação da legitimidade como *pertinência subjetiva da ação* (Buzaid) peca ao menos pela unilateralidade, referindo-se exclusivamente à legitimidade ativa e não à passiva.

O requisito da legitimidade desdobra-se em legitimidade *ativa* e *passiva*. Faltando qualquer uma delas, inexistente o direito de ação e portanto o demandante será *carecedor de ação*.¹⁵ Não se julga o mérito da causa quando uma das partes não tem legitimidade: o processo é extinto sem julgamento do mérito, devendo o juiz declará-lo tal desde o primeiro momento, quando aprecia a petição inicial do demandante (CPC, arts. 3º, 267, inc. VI, 295, inc. II, e 301, inc. X). Tanto quanto as demais condições da ação, a

15. O réu jamais *carece de ação*, pela simples razão de que esse é um direito que o autor precisa ostentar para que tenha o direito ao processo e ao provimento jurisdicional. A falta de legitimidade passiva constitui fundamento que o réu poderá utilizar na defesa (art. 301, inc. X).

legitimidade inclui-se entre os *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito* (*infra*, nn. 831-832).

As regras gerais e ordinárias sobre legitimidade *ad causam* são a do art. 3º do Código de Processo Civil (*a legitimidade é necessária para propor a demanda*) e a de que *ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio* (art. 6º).¹⁶ Esta última, contudo, diz respeito exclusivamente à legitimidade *ativa* e nada estabelece quanto à passiva. A ressalva trazida na parte final do art. 6º – *salvo quando autorizado por lei* – abre caminho para os casos de *legitimidade extraordinária*, em que uma pessoa é, em caráter excepcional, autorizada a estar em juízo no interesse de outrem (*infra*, n. 548).

A categoria jurídica *legitimidade* é bastante ampla e não se restringe ao direito processual (Donaldo Armelin). Ela pertence ao direito em geral. Em direito material, tem relevância para a eficácia dos negócios jurídicos, que só produzirão efeitos quando dele participarem as pessoas adequadas: falta legitimidade para alienar, nas alienações feitas por sujeito que não detém a propriedade do bem (vendas *a non domino* – CC, art. 1.228). Mesmo na área do direito processual, legitimidade não é conceito restrito ao direito de ação. Como sempre, consiste na determinação da qualidade para realizar atos eficazes. Só têm *legitimidade para recorrer* as próprias partes, terceiros interessados e o Ministério Público, quando for o caso (CPC, art. 499); só o réu a tem para pedir a inclusão de terceiro na relação processual, mediante o *chamamento ao processo* (CPC, art. 77); mas ambas as partes são legitimadas a *denunciar a lide* a terceiro (CPC, art. 71) *etc.* A diferença é que a legitimidade *ad causam* tem uma abrangência ampla e global, autorizando que o sujeito figure como parte no processo como um todo, com aptidão a realizar os atos inerentes a ele.

546. legitimidade ad causam, aspecto do interesse de agir

Em rigorosa técnica processual, a legitimidade *ad causam* insere-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se

16. Segundo o que diz o povo, *cada um por si e Deus por todos*. Mas a regra do art. 6º do Código de Processo Civil não vai além do *cada um por si*, porque ordinariamente inexistente um ente superior legitimado a agir em juízo *por todos*. Talvez se possa dizer, com referência aos direitos individuais, que quem está na condição de *Deus* é o Ministério Público.

em ausência de utilidade do provimento jurisdicional. Ainda que tenha legitimidade, o autor pode carecer do direito de ação se por outro motivo esse provimento não for apto a proporcionar-lhe utilidade, como no exemplo do *writ* concedido quando o concurso já se realizou; mas, se a medida for postulada por outra pessoa, já se sabe de antemão que a tutela jurisdicional será inútil, dispensada a perquirição relativa a outros elementos. A ilegitimidade *ad causam* é, assim, um destaque negativo do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina *a priori* a inexistência deste.

Uma sentença que anule o contrato só atinge diretamente as esferas dos sujeitos vinculados a ele, ou seja, dos contratantes: ela não traria qualquer proveito jurídico direto para o autor se ele próprio não figurasse no contrato ou se o réu não figurasse. Uma sentença de separação judicial só atinge a relação jurídica, ou *status familiae*, dos cônjuges e de ninguém mais; se proposta por outra pessoa ou em face de outra pessoa, nenhum proveito haveria para o autor. Uma sentença de *despejo* proferida em processo onde figure como réu outra pessoa e não o inquilino é inteiramente inútil porque não pode ser executada contra o verdadeiro inquilino, que não foi parte, sob pena de superlativa transgressão às garantias constitucionais do contraditório e devido processo legal; nem há como ser executada em face do réu, não-inquilino, porque ele não detém a posse do imóvel. Inutilidade total, em todos esses casos.

Bem pensado, portanto, a legitimidade é apenas um dos requisitos sem os quais não há o interesse de agir.¹⁷ Existem várias disposições de lei que, ao cuidarem da legitimidade ativa ou passiva para uma série de demandas específicas, empregam o vocábulo *interessado* e não *legitimado*. Essa aparente desordem na escolha da palavra adequada é, na realidade, reflexo da dificuldade que existe para distingüir de modo radical os conceitos de legitimidade *ad causam* e interesse de agir. É justamente por ser aquela um destaque desta, que o legislador, sem perceber, disse *interessados* quando queria aludir aos *legitimados*.

17. Essa colocação foi muito discutida na doutrina italiana, sendo alvo de objeções também ali, mas sem se chegar a um consenso de opiniões pró ou contra ela.

O Código Civil manda que sejam citados todos os *interessados* quando, em caso de fraude contra credores, o adquirente do bem pretender fazer o pagamento sem causar prejuízo a estes (art. 108); estabelece também que qualquer *interessado* poderá arguir a nulidade ou anulabilidade dos atos jurídicos (arts. 168 e 177) *etc.* O Código de Processo Civil amplia os limites subjetivos da coisa julgada nas ações referentes ao estado da pessoa, de modo que, além das partes, esta vincule também os *interessados* desde que citados (art. 472); manda que se intimem todos os *interessados* a comparecer à audiência de inquirição de testemunhas no processo de produção antecipada de prova (art. 848, par.) *etc.*

A colocação da legitimidade *ad causam* como aspecto do interesse de agir reduz a área de incidência dessa condição da ação. Será inadequado falar em ilegitimidade quando, ainda que contrariamente ao direito, do provimento se possa esperar o proveito jurídico e prático desejado. Se cobro judicialmente um crédito que não é meu, mas peço a condenação do réu a pagar *a mim*, certamente não terei direito algum à sentença favorável, porque não sou credor; se peço a condenação de alguém a pagar débito alheio, *idem*; nessas duas situações, porém, a sentença que julgasse procedente a minha pretensão seria plenamente capaz de oferecer-me o proveito que desejo. Nada teria de inútil, embora contrária à lei material. Diferente é a situação de quem pede a condenação de alguém a realizar um *trabalho personalíssimo*, cuja obrigação é de outrem: não teria utilidade alguma, p.ex., a condenação de qualquer outra pessoa a realizar um recital a que estivesse obrigado por contrato um dos *três grandes tenores* da atualidade. Sempre que se trate de obrigações *fungíveis*, a ausência da titularidade ativa ou passiva (direitos e obrigações) é questão de mérito, sendo *improcedente e não inadmissível* a demanda que optar por pessoa inadequada: eu não tenho o direito subjetivo material a receber um valor devido a outrem, nem devido por outrem que não seja o réu, mas tenho o direito a receber uma sentença que se pronuncie a esse respeito.

547. *legitimidade ativa à execução forçada*

O devedor jamais tem legitimidade ativa para a execução forçada, porque esta só pode redundar em uma tutela jurisdicional

plena ao credor e nunca a ele: tal é *desfecho único* da execução forçada, a qual é sempre realizada em proveito exclusivo do credor. O art. 612 do Código de Processo Civil é explícito na afirmação de que *a execução se realiza no interesse do credor*. Se não for possível chegar ao fim por falta de algum pressuposto, o processo extingue-se sem que o credor receba o bem mas não há uma hipótese sequer em que através dele se propicie ao devedor a obtenção de algo a incorporar a seu patrimônio.¹⁸ Só o credor tem legitimidade ativa para o processo ou fase executiva (CPC, art. 566, inc. I). Obviamente, o desfecho único é inerente não só ao *processo* mas também à *fase executiva* que se realiza em continuação ao processo onde é produzido o título executivo (*infra*, nn. 1.328, 1.331 *etc.*).

O devedor que queira cumprir a obrigação, resistindo o credor ao rejeitar o cumprimento, tem à sua disposição a *ação de consignação em pagamento* (CPC, arts. 890 ss.), que é o remédio instituído em lei com a finalidade de vencer a *mora accipiendi*. Foi revogado o absurdo art. 570 do Código de Processo Civil, que dava a impressão de ter o obrigado legitimidade para provocar a instauração da execução contra si próprio; esse dispositivo era muito criticado pela doutrina, a qual já entendia que na realidade a legitimidade *ad causam* ali instituída não passava de legitimidade para propor a ação de consignação em pagamento (Marcato).

548. legitimidade extraordinária (substituição processual)

Substituto processual é a *pessoa que recebe da lei ou do sistema legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal*, não figurando na relação jurídico-material controvertida. Atuar como parte é fazê-lo *em nome próprio*, ou seja, não como representante. O representante não é parte no processo mas o substituto processual o é (*supra*, nn. 439-440). A locução *substituição processual*, muito usual em doutrina, não indica a su-

18. A condenação do vencido a pagar os *encargos da sucumbência* (custas do processo e honorários advocatícios – *infra*, nn. 739 e 748) é uma decorrência do processo e não se confunde com os pronunciamentos do juiz sobre o *mérito principal*.

cessão de partes nem traz em si qualquer idéia de um movimento consistente em *pessoa que sai e pessoa que entra* na relação processual (*supra*, n. 531): substituto processual é o *legitimado extraordinário*.

A condição de parte no processo habilita o substituto a atuar segundo suas próprias vontades e escolhas, sem vínculos às do substituído. Para tanto, ele propõe a demanda inicial ou oferece contestação (mas são pouco freqüentes os casos de legitimidade extraordinária *passiva*), formula pedidos e requerimentos ao longo do procedimento, recorre *etc.* Como parte que é, tem todos os ônus inerentes a essa condição, inclusive o de realizar preparos de custas. Se o resultado do processo lhe for desfavorável, arcará ele próprio com a obrigação final de pagar todas as despesas processuais e os honorários advocatícios *da sucumbência*.

Diz-se *extraordinária* essa legitimidade, em oposição à legitimidade *ordinária*, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações. Compete *ao legislador* e não ao juiz a determinação dos casos em que se concede essa legitimidade (CPC, art. 6º) e ele o faz sempre em virtude de *alguma espécie de relação* entre o sujeito e o conflito. Sempre, o substituto processual é o destinatário de algum benefício indireto associado à iniciativa que tomar – porque, sem esse benefício e portanto sem poder esperar qualquer *utilidade* do provimento que pede, não haveria por que instituir sua legitimidade *ad causam*. É expressivo, a esse propósito, o emprego do vocábulo *interessado* pelo Código Civil e pelo de processo civil, com a intenção de outorgar legitimidade a certos sujeitos que não são titulares da própria relação jurídica controvertida (CC, arts. 168, 177 *etc.* – CPC, arts. 487, inc. II, 988, inc. IX, *etc.*).

É crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais. Tal é o sinal da *transmigração do individual para o coletivo*, que se revela como uma das características mais destacadas das recentes evoluções do direito processual no Brasil (Barbosa Moreira – *supra*, nn. 60, 98, 107). O *Ministério Público* tem legitimidade ativa para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos ou

individuais homogêneos, sem ser titular deles, porque é por definição um ente destinado à defesa do interesse público (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82, inc. I – *supra*, n. 369); o cidadão é legitimado à ação popular, sem ter poderes de representação para estar em juízo em nome do Estado, porque o regime democrático quer a participação e fiscalização dos membros do povo em relação ao patrimônio estatal ou à moralidade administrativa (Const., art. 5º, inc. LXXIII – lei n. 4.717, de 29.6.65, art. 1º) *etc.*

Hipótese clássica de substituição processual é a do *terceiro interessado* na extinção da obrigação, que tem o poder de promover a *ação de consignação em pagamento* com vista a superar a recusa de recebimento (*mora creditoris*) e assim obter a extinção da obrigação do devedor (CPC, art. 890, c/c CC, arts. 304 e 334 ss.)¹⁹ *etc.* Outra hipótese, menos conhecida mas igualmente expressiva: a quem se disser titular de um direito cuja efetivação dependa da prévia efetivação de um direito alheio, a Lei do Mandado de Segurança dá legitimidade para impetrar o *writ* em favor do direito deste (lei n. 1.533, de 31.12.51, art. 3º). Pensar no caso do candidato aprovado em segundo lugar em um concurso público, vindo a ser nomeado outro candidato, de classificação inferior. Não sendo *seu* o direito à nomeação, mas do primeiro classificado, ele não poderia pleiteá-la para si; mas a lei lhe dá legitimidade para impetrar segurança visando à nomeação do primeiro classificado, na medida em que isso crie melhores condições para sua futura nomeação. Típico caso de substituto processual, que atua em nome próprio e não como representante, mas sempre na defesa de interesse de outra pessoa.

É inerente à técnica da substituição processual a eficácia da sentença sobre a *esfera de direitos do substituído*, embora não haja figurado como parte no processo. Substituindo-o nessa condição, o legitimado extraordinário é autorizado por lei a tomar iniciativas e conduzir o processo eficazmente, sem ser titular dos interesses em conflito. Ao vir a juízo ele se torna *parte em senti-*

19. São exemplos típicos o *adquirente do imóvel hipotecado, que quer pagar ao credor hipotecário*, e o *terceiro que pretende efetivar o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel* (CC, art. 346, inc. II – casos de pagamento com sub-rogação). Esses sujeitos são legitimados extraordinariamente à ação de consignação em pagamento.

do processual (parte no processo, conceito puro de parte – *supra*, n. 520) mas a condição de parte em sentido substancial permanece com o substituído, que é o sujeito em prol do qual é pedida a tutela jurisdicional.²⁰

Se a coisa litigiosa for alienada no curso do processo e o adversário não permitir o ingresso do adquirente, prossegue o alienante como parte, embora já não seja titular do conflito de interesses (CPC, art. 42). Ele será, a partir de então, típico substituto processual, ficando o adquirente, na qualidade de substituído, sujeito aos efeitos favoráveis ou desfavoráveis da sentença que vier a ser proferida, bem como à *auctoritas rei judicatae* (*supra*, n. 531).

549. *legitimidade autônoma ou subordinada*

Diante da extrema largueza do conceito de legitimidade (*supra*, n. 545), não é lícito encará-la exclusivamente com referência à qualidade para atuar no processo na qualidade de *parte principal* (autor, réu *etc.*).²¹ Também as *partes secundárias*, que são os assistentes, estão sujeitos ao requisito da legitimidade *ad causam* (CPC, arts. 50-55). Costumam convergir somente ao autor e ao réu as atenções dos estudiosos no trato do tema da legitimidade, mas também ao assistente aplica-se esse requisito para que possa participar do processo. A legitimidade para atuar como parte principal diz-se *autônoma*; na qualidade de assistente, *subordinada* (Barbosa Moreira). Ele tem qualidade jurídica somente para *ajudar* o assistido, aderindo a suas pretensões sem formular a sua própria (*legitimatio ad coadjuvandum*).

550. *legitimidade exclusiva ou concorrente*

Distinguem-se também as hipóteses em que *de uma só pessoa* é a legitimidade para atuar em determinada causa, daquelas em

20. Por isso é que os alemães referem-se à legitimidade extraordinária como *poder de conduzir o processo* (*Prozeßführungrecht*). O substituto processual *conduz* legitimamente o processo na qualidade de parte, sem ser parte no conflito.

21. Autor ou réu, exequente ou executado, nomeado à autoria (que é réu), oponente, chamado ao processo ou litisdenunciado – tais são as *partes principais*, que conforme o caso litigam isoladamente ou em conjunto (litisconsórcio).

que a causa pode ser conduzida individualmente por *qualquer dos sujeitos indicados na lei*. No primeiro caso a legitimidade é *exclusiva*. No segundo, *concorrente* (Barbosa Moreira). No campo da legitimidade ordinária, ela é concorrente quando se trata de *obrigações solidárias*, podendo figurar na relação processual, seja na condição de demandante ou de demandado,²² qualquer um dos credores ou devedores em solidariedade (CC, arts. 267 e 275); ou nas causas destinadas a reaver a posse do bem em condomínio, sendo legitimado qualquer dos condôminos (CC, art. 1.314) *etc.* Mas é na legitimidade extraordinária que ocorrem as hipóteses mais numerosas de concurso de legitimados. Casos importantíssimos são as *ações coletivas* relativas ao meio-ambiente, relações de consumo e outras, para as quais são legitimados ativos o Ministério Público, as associações e uma série grande de organismos estatais ou não (LACP, art. 5º; CDC, art. 82, incs. I-IV): qualquer um deles é habilitado a promover a instauração do processo e conduzi-lo por si só, independentemente dos demais.

Há também legitimidade concorrente para a instauração do *inventário* (cônjuge, herdeiro, legatário, Ministério Público, Fazenda Pública *etc.* – CPC, art. 988, incs. I-IX), para figurar como autor na *ação de anulação de casamento* (cônjuges, Ministério Público ou qualquer interessado – CC, art. 208), naquelas visando à anulação de assembléia ou de decisão assemblear das sociedades anônimas (sócios, grupos de sócios) *etc.*

551. legitimidade isolada ou conjunta (litisconsórcio necessário)

Constitui regra ordinária, de aplicação geral, a liberdade de cada pessoa para tomar iniciativas isoladamente, sem o concurso de outra, ou para tomá-las em relação a uma só pessoa (um só autor ou um só réu). Mas há situações extraordinárias em que a lei exige mais de uma pessoa no pólo ativo do processo, ou no passivo – o que caracteriza o *litisconsórcio necessário* ativo ou

22. Solidariedade ativa ou passiva.

passivo, conforme o caso (CPC, art. 47).²³ Tem-se nesses casos uma *legitimidade necessariamente conjunta*, não sendo a pessoa autorizada a atuar isoladamente como parte no processo (*infra*, nn. 573 ss.).

Nos casos de litisconsórcio *facultativo* a legitimidade é isolada e não conjunta, embora possam os sujeitos optar pela propositura conjunta da demanda ou por sua propositura em face de mais de um demandado (cúmulo subjetivo).

552. *a utilidade sistemática da técnica das condições da ação*

Caracterizada a ação como *direito ao processo*, as razões éticas e econômicas que legitimam seu condicionamento a requisitos aconselham que aquele se extinga e portanto não prossiga, sempre que faltar alguma das condições da ação. *Carência de ação* é ausência do direito de ação.²⁴ Ser carecedor do direito de ação é, portanto, não ter direito sequer ao processo e muito menos ao provimento jurisdicional que este visa a preparar. Por isso, quando for possível antever com segurança que o demandante não terá direito a obter o provimento de mérito porque uma das condições lhe falta, é dever do juiz extinguir o processo desde logo, fazendo-o *na primeira oportunidade* (arts. 295, incs. II-III e inc. I, c/c par., inc. IV; art. 267, inc. VI). Não seria ético nem econômico dar seqüência a um processo que nada produzirá de efetivo na vida dos litigantes. Isso é feito *independentemente de provocação de parte* (art. 267, § 3º) porque a extinção do processo é ditame do *interesse público*: é inconveniente ao Estado e à sociedade o dispêndio de recursos financeiros, perda de tempo e assoberbamento dos órgãos judiciários em detrimento do serviço, sem qualquer expectativa de um resultado prático que o justifique.

Por isso a ordem processual desaconselha vivamente a prática de adiar a apreciação das condições da ação, mediante o clássico e pernicioso despacho *as preliminares confundem-se com o mérito e*

23. Se o litisconsórcio necessário passivo já tem caráter extraordinário, redobradamente excepcional é o ativo (*infra*, n. 577).

24. Carência é falta.

*com ele serão decididas. Isso só se justifica quando a verificação das condições está vinculada a fatos ainda não provados. Tratando-se de matéria de direito ou estando clara a situação de fato, tem o juiz o dever de manifestar-se, realizando estudos para isso quando o tema for controvertido ou difícil – *jura novit curia*.*

553. condições existentes e não apenas afirmadas (repúdio à teoria da asserção)

Não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma *condição da ação* e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade. Seja ao despachar a petição inicial, ou no julgamento conforme o estado do processo (arts. 329-331) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta.

Não há diferença alguma na proibição de julgamento do mérito com fundamento em dívida de jogo (impossibilidade jurídica – CPC, art. 1.477), quer o autor decline logo essa origem na petição inicial, quer ele não o faça mas o réu venha a prová-la: o § 1º do art. 814 do Código Civil é explícito na regra de que a disposição contida na cabeça do artigo *aplica-se a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívidas de jogo*. É estranho dizer que, quando só afinal se evidenciar ao juiz que o provimento pedido seria totalmente inútil, sua decisão a esse respeito atingiria o *meritum causæ*, i.é, a pretensão trazida a juízo. A inutilidade do provimento exclui o interesse de agir e não é de mérito a sentença que reconhece a falta, qualquer que seja o momento em que pronunciada. Do mesmo modo, se a ação de despejo é movida a quem não é inquilino, o réu é parte ilegítima e o autor carece de ação, indiferentemente do momento processual em que a falta de legitimidade é reconhecida pelo juiz: a circunstância puramente ocasional e fortuita de o juiz não haver extinto o processo de imediato não transmuda as coisas. A única consequência prática é que o processo terá durado mais.

Goza no entanto de crescente prestígio a *teoria da asserção*, que afirma o contrário. Segundo seus seguidores, as condições da ação deveriam ser aferidas *in statu assertionis*, ou seja, a partir do modo como a demanda é construída – de modo que se estaria diante de questões de mérito sempre que, por estarem as condições corretamente expostas na petição inicial, só depois se verificasse a falta de sua concreta implementação. Ao propor arbitrariamente essa estranha modificação da natureza de um pronunciamento judicial conforme o momento em que é produzido (de uma sentença terminativa a uma de mérito), a *teoria della prospettazione* incorre em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema.

Eis algumas das objeções que nunca foram satisfatoriamente respondidas: a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença “de mérito” fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 515, § 1º); c) se fosse de mérito a sentença que reconhece tratar-se de dívida de jogo (*improcedência da demanda*), a eficácia da declaração contida nessa sentença impediria a plena vigência do art. 814 do Código Civil, porque eventual pagamento seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, insuscetível de cobrança judicial (obrigação natural); d) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido) *etc.* Para superar essas e outras objeções a uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema, a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídicos processuais arraigados na cultura ocidental, como o de *mérito*, o da *coisa julgada material* e até mesmo o de *condições da ação*. Para aceitá-la seria indispensável uma mudança muito significativa na

ordem jurídico-positiva do processo e em uma série de pilares da cultura processual de fundo romano-germânico.

554. as condições supervenientes e as que desaparecem no curso do processo – as condições da ação são indispensáveis no momento de julgar

As partes só poderão ter o direito ao julgamento do mérito quando, no momento em que este está para ser pronunciado, estiverem presentes as três condições da ação. Se alguma delas não existia no início mas ainda assim o processo não veio a ser extinto, o juiz a terá por satisfeita e julgará a demanda pelo mérito sempre que a condição antes faltante houver sobrevindo no curso do processo. Inversamente, se a condição existia de início e já não existe agora, o autor carece de ação e o mérito não será julgado. Na experiência processual do dia-a-dia são muito mais frequentes os casos de condições que ficam excluídas (*pedido prejudicado*).

Exemplos da primeira hipótese: a) no momento da propositura da ação possessória o réu não havia ainda praticado a moléstia à posse que o autor alega, mas os fatos evoluíram e ele veio a praticá-lo (venceu-se o contrato de comodato); b) quando foi impetrado o mandado de segurança a autoridade não havia indeferido o pedido de inscrição do impetrante, mas veio a indeferi-lo antes de proferida a sentença; c) uma ação de divórcio foi proposta antes da emenda constitucional e da lei que o admitiram no Brasil, mas a superveniência destas tornou o pedido juridicamente possível.

São exemplos do desaparecimento intercorrente de uma condição da ação, especialmente do interesse de agir, os casos em que, conforme a linguagem usual, o pedido resta *prejudicado*: no curso do processo o devedor paga, ou a autoridade decide deferir ao impetrante o requerimento antes indeferido *etc.* Nesses casos o autor *teria* direito ao julgamento do mérito mas não o tem mais, porque este se mostra inteiramente desnecessário e, portanto, sem utilidade alguma (carência de ação por falta de interesse de agir).

Essa posição, generalizada na doutrina e acatada pelos tribunais, tem assento jurídico-positivo no art. 462 do Código de Processo Civil, segundo o qual “se depois da propositura da ação algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir

no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de-ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”. Cumpre-lhe pois, segundo esse dispositivo, levar em conta os fatos novos que implementem uma condição antes ausente ou que excluam uma que existia. Essa solução está em absoluta coerência, de um lado, com o repúdio a provimentos jurisdicionais inúteis, como a sentença que mandasse a Administração nomear pessoa que ela já nomeou ou que condenasse alguém a fazer algo materialmente impossível (e daí a relevância dos fatos que *excluem* alguma das condições da ação). De outro lado, prestigia a garantia constitucional do acesso à justiça, ao mandar que o juiz julgue o mérito em caso de condição superveniente (quando impetrei a segurança a Administração não havia praticado o ato lesivo a meu direito, mas no curso do processo praticou – *infra*, n. 947).²⁵

554-A. falsas carências de ação

Os tribunais brasileiros, influenciados pelo vigor da teoria das condições da ação e sua adoção explícita no Código de Processo Civil, são fortemente propensos a tratar como *carência de ação* alguns casos de ausência do direito do autor perante o réu – nos quais, em realidade, estão julgando a demanda *improcedente* e, não, *inadmissível* por falta de alguma das condições da ação. Isso acontece com bastante freqüência (a) em mandados de segurança denegados por ausência de liquidez-e-certeza, (b) em ações de usucapião quando se verifica que o autor não tinha a seu favor os requisitos do *tempus* ou do título, (c) em demandas de condenação por danos decorrentes de acidentes automobilísticos pro-postas em face de quem já foi mas não é mais dono do veículo causador, (e) em casos onde o juiz nega a possibilidade jurídica da demanda, indo além dos limites razoáveis dessa condição da ação *etc.* São falsas essas supostas carências de ação, porque em todos

25. Essas razões impedem que, com relação às condições da ação, se aplique com todo rigor a máxima *chiovendiana* segundo a qual a sentença deve ser proferida como se o fosse no momento em que a demanda foi proposta.

esses casos *ou falta a prova de fatos*, e fatos não provados são como fatos inexistentes, sendo sempre improcedente a demanda nessa situação; *ou falta algum requisito de direito material* para a existência do direito alegado e, sem esse requisito, o direito inexistente etc. Quem *foi* dono do veículo causador de um acidente, mas já não o era quando este aconteceu (embora seu nome conste dos registros oficiais – Detran), não responde pelos danos causados, pela simples razão de que o ex-dono é hoje um não-dono e, pela lei material, só o dono responde pelos fatos da coisa.

Quando entender que os fatos alegados pelo impetrante estão suficientemente provados, ou que o usucapiente reúne todos os requisitos, ou que o dono nominal do veículo continua sendo dono, ou mesmo que o ex-dono responde, o juiz julgará procedente a demanda; e, a terem razão aqueles pronunciamentos pela carência de ação, ficar-se-ia num estranho dilema entre carência e procedência, sem espaço para a improcedência.

555. o conceito de ação e sua evolução doutrinária

A *história típica* da ação²⁶ revela a continuidade de uma racional redução de sua relevância no contexto das relações humanas e dos institutos do processo civil. Não-obstante, na cultura brasileira do processo ela continua a exercer enorme fascínio sobre os doutrinadores, os tribunais e o próprio legislador, os quais lhe atribuem um significado institucional e uma relevância além dos limites da sua real participação nas técnicas destinadas à pacificação mediante a tutela jurisdicional.

O Código de Processo Civil emprega o vocábulo *ação* mais de uma centena de vezes, ora para significar *demanda*, ora *procedimento*, ora *processo*, ora *direito*,²⁷ sendo pouco numerosos os

26. *História típica*: estudo da evolução das idéias, sem preocupação com a precisão de datas, lugares e pessoas.

27. Arts. 3º, 4º, par., 28, 34, 37, 38, 53, 57, 59, 61, 63, 70, incs. I e III, 72, § 2º, 76, 77, incs. I-II, 80, 87, 90, 94, *caput* e § 3º, 97, 98, 100, incs. I, II, III, IV (letras *a*, *c* e *d*), V e parágrafo, 108, 109, 110, 158, par., 215, § 1º, 219, § 1º, 259, incs. I, VI e VII, 263, 267, inc. IX, 267, inc. VIII e § 4º, 268, *caput* e par., 269, inc. VI, 280, inc. I, 281, 283, 285, 295, inc. V, 298, 298, *caput* e par., 298, par., 301, §§ 1º a 3º, 315, 318, 319, 320, inc. I, 326, 332, 352, inc. I, 890, §§ 3º e 4º,

casos de seu emprego para indicar a própria ação, ou seja, *direito ao processo*.

A *actio* romana era muito mais que a ação do direito moderno. A prioridade histórica da jurisdição revelou-se na instituição de meios de proteção às pessoas em casos individualizados, antes do estabelecimento de leis com caráter genérico e abstrato. É muito conhecida a técnica da publicação de *editos*, nos quais o pretor tipificava rigorosamente as situações em que estaria disposto a conceder tutela (*actionem dabo*, “darei ação”). Sem regras gerais imponíveis a todos, nos períodos iniciais os romanos desconheciam o conceito de *jus* e só se valiam da *actio*, definida como o *jus quod sibi debeat in judicio perseguendi*. Nesse contexto, vista com os olhos da cultura atual, *actio* era muito mais que ação – era um conceito intrinsecamente sincrético, que fundia em si os conceitos de direito subjetivo e do direito de buscar sua satisfação por via judicial.²⁸

Ao longo dos tempos essa concepção evoluiu, curiosamente, para uma colocação oposta (Liebman). Assimilou-se a ação no conceito de direito subjetivo, de modo que ela passou a ser vista como uma qualidade que ele adquiriria quando violado e como consequência da lesão sofrida. Tal é a *teoria imanentista da ação*,²⁹ que a descrevia como algo coessencial aos direitos, em uma relação constante, de modo que não haveria ação sem direito nem direito sem ação. Ligado a essa arcaica concepção era o art. 75 do Código Civil de 1916 (sem correspondência no vigente), segundo o qual “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. E, também porque a ação seria o próprio direito, em atitude de combate ou *armado para a guerra*, ela partilharia da mesma

901, 902, inc. II, 903, 904, 909, par., 911, 912, 914, 915, § 2º (duas vezes), 916, *caput* e §§ 1º e 2º, 920, 923, 925, 927, inc. IV (duas vezes), 930, 934, 938, 939, 941, 945, 946, incs. I-II, 949, *caput* e par., 958, 974, § 1º, 1.000, par., 1.029, par., 1.039, inc. I, 1.057, 1.068, 1.071, §§ 2º e 4º, 1.116, par., 1.154, 1.158.

28. Esse conceito equivale ao de *pretensão de direito material*, que alguns autores, certamente por influência pandectista vinda da obra de Windscheid, insistem em empregar no direito moderno – com o infeliz respaldo oferecido pelo art. 189 do Código Civil.

29. Ação seria imanente ao direito, ou *inerente* a ele.

natureza e teria o mesmo objeto que cada um dos direitos que visa a assegurar; daí as antiquadas e desajustadas locuções *ação real*, *ação pessoal*, *ação imobiliária*, bem como o emprego, ainda no Código de Processo Civil brasileiro vigente, do vocábulo *ação* na designação dos procedimentos especiais: *ação de consignação em pagamento*, *ação de depósito*, *ação de usucapião etc.* (Cintra-Grinover-Dinamarco).

O vigente Código Civil, posto em vigência já no século XXI, parece que retorna àquelas antigas concepções da ação como direito violado que vem para a guerra (*droit armé e casqué pour la guerre*), ao afirmar que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão” (art. 189).

Com a polêmica entre os romanistas alemães Windscheid e Muther, travada mediante três estudos que se publicaram em meados do século XIX, começou-se a suspeitar que a ação seria algo conceitualmente diferente do direito subjetivo e dotado de vida própria. Surgiram então as afirmações da *autonomia do direito de ação*, com a idéia inicial de que ela seria um *direito concreto de agir*. Na realidade, tal linha de pensamento consistia somente em distingüir o *conceito* da ação em face do direito subjetivo material, sem no entanto demonstrar realmente a sua autonomia: se a ação não é o próprio direito subjetivo mas *não existe* sem que ele também exista, ela não poderia ser considerada verdadeiramente autônoma (Vidigal).

Foi entre os alemães que surgiram as teorias concretistas, todas elas ligando a existência da ação à do direito subjetivo (Von Bülow, Adolf Wach e outros). Assumiu decididamente Chiovenda essa posição fundamental, na aula inaugural proferida na Universidade de Bolonha no ano de 1903, onde propôs uma especificação consistente em dizer que a ação seria o *direito potestativo* do autor a obter uma atuação da vontade do direito à custa do réu e independentemente da vontade deste.

Mesmo sem chegar a uma autêntica autonomia funcional, as teorias concretistas serviram de motivação e ponto de partida para as evoluções que viriam logo a seguir e que colocaram a ação nas vestes de um *direito abstrato de agir*. Ser direito abs-

trato significa ser desligado do direito subjetivo material, prescindido-se da existência deste quando se trata de conceituar a ação – ou seja, *abstraindo-se* dele. A ação, nessa teoria, existiria ainda quando o direito inexistisse e independentemente de qualquer condicionamento (condições da ação). Estaria incorporada entre os direitos da personalidade. Levada às últimas conseqüências, as teorias abstratistas conduzem ao entendimento de que ela existiria mesmo em caso de a demanda ser temerária – bastando, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencionasse um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito (Cintra-Grinover-Dinamarco).

A fundação dessa linha de pensamento está nas obras, contemporâneas entre si, do alemão Degenkolb e do húngaro Plósz (pouco antes de 1880). Variando em suas formulações, optaram pela teoria abstratista os italianos Carnelutti e Alfredo Rocco; na América do Sul, Eduardo Couture, José Frederico Marques, Calmon de Passos e Ada Pellegrini Grinover, entre outros.

A teoria abstratista veio a ser retificada por Enrico Tullio Liebman no ano de 1949, quando combateu os exageros a que sua formulação radical conduzia. Disse que, embora a ação prescindida da existência do direito subjetivo sustentado pelo autor – sendo por isso *abstrata* – sua existência depende do modo como em cada caso concreto o *direito à sentença de mérito* se relaciona com a ordem jurídica material e com a situação em que o autor se encontra em relação a este. Foi dada então muita ênfase às *condições da ação*, como requisitos para que, em cada situação concretamente considerada, o autor tenha direito ao pronunciamento jurisdicional. O direito de comparecer perante o Estado-juiz e dele receber *alguma* resposta, todos têm. Mas essa resposta só consistirá em um julgamento do mérito, ou seja, da pretensão trazida em busca de reconhecimento e satisfação, se o autor estiver amparado pela possibilidade jurídica, pelo interesse processual legítimo e pela dupla legitimidade *ad causam* (ativa e passiva). Tal teoria, posto que seja abstratista porque não subordina a existência do direito de ação à do direito subjetivo, tem o grande mérito de associar instrumentalmente aquela a cada uma das situações da vida trazi-

das ao conhecimento do juiz (a ação como direito *instrumentalmente conexo* a uma situação de direito material).

Essa é a teoria de larga predominância na doutrina brasileira e o Código de Processo Civil brasileiro acatou-a claramente ao mandar que o processo se extinga sem julgamento do mérito quando faltar uma das condições da ação e esclarecer que se têm como tais a possibilidade jurídica, o interesse e a legitimidade (art. 267, inc. VI). Não é correto tachar de *eclética* a teoria de Liebman, acatada pelo Código: ela é abstrata, porque não inclui a existência do direito do autor entre as condições da ação, limitando-se a condicionar a ação a requisitos que a situação jurídico-substancial fornece em cada caso.

Já se chegou, no entanto, à percepção de que a ação é um *direito* que inicialmente não tem por objeto a própria sentença de mérito,³⁰ senão o processo em si mesmo. Ela é um *direito ao processo*, com a peculiaridade de que passa por uma gradual intensificação à medida que este vai caminhando regularmente. Antes de proposta a demanda inicial, a ampla garantia constitucional de exame judiciário das pretensões (art. 5º, inc. XXXV) não assegura mais que o direito à instauração daquele; e esse direito poderá não passar de mero *direito de demandar*, o que acontece sempre que, por faltar alguma das condições, o processo vier a ser extinto por carência de ação. Durante o processo, o *direito* de ação assegura ao autor a possibilidade de sua plena participação mediante realização de atos de seu interesse e exigência de atos a serem realizados pelo juiz; a ação representa, nesse período de pendência processual (litispendência), a síntese das situações jurídicas ativas oferecidas pela lei ao demandante (*supra*, n. 539). Só depois de percorrido todo o *iter* do procedimento e estando presentes os requisitos para o pronunciamento do mérito, é que o titular do direito de ação terá direito a este. Sugere-se em doutrina, com exposições dessa ordem, uma clara distinção entre *ação não-exercida*, *ação em fase de exercício* e *ação exercida* (escalada de situações – *supra*, n. 435).

30. Ou, mais amplamente, ao *provimento jurisdicional* sobre a pretensão deduzida ao juiz: sentença de mérito no processo de conhecimento, entrega do bem na execução forçada.

E assim é que a ação, que já foi o próprio direito de haver o bem em juízo (*actio*), sem que sequer existisse ainda a idéia do direito subjetivo; que já foi expressão bélica do direito subjetivo lesado (teoria imanentista); que já foi direito à sentença favorável (teorias concretistas); que já foi direito incondicionado à sentença de mérito e, depois, condicionado (diversas teorias abstratas) – chegou na atualidade à condição bem mais modesta de direito ao processo, aos atos deste e só sucessivamente, depois de cumpridamente exercida, direito ao provimento de mérito.

556. natureza jurídica da ação e da defesa: poderes e não direitos subjetivos – titular passivo, o Estado

A inexistência de direitos subjetivos e obrigações em direito processual, como consequência do *interesse público* pelo cumprimento dos objetivos da jurisdição (*supra*, nn. 47 ss. e 499), conduz ao entendimento de que nem a ação nem a defesa constituem direitos subjetivos. Ambas *têm por sujeito passivo o Estado*, no sentido de que é dele que se exige a realização do processo e dos seus atos (dever fundamental do Estado-juiz). Mas a possibilidade de realizar eficazmente os atos do processo e formular exigências, que a lei outorga a ambas as partes, resolve-se, na relação entre cada uma destas e o Estado-juiz, em autêntica *capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia*; e essa capacidade define-se como *poder*, não como direito subjetivo (*supra*, n. 495). As atividades devidas pelo juiz não se confundem com a prestação que se esperava do réu nem têm por objeto o *bem da vida* eventualmente devido por este. Ao poder de realizar atos e fazer exigências corresponde, para o Estado-juiz, o *dever* de fazer algo que interessa a ele próprio e que são os atos destinados à pacificação social.

Eis por que, numa visão moderna e realista, ação e defesa não são direitos subjetivos, mas autênticos *poderes*. Essa é a visão *sintética* de cada uma delas, que permite simplificar a linguagem e indicar sua natureza jurídica – porque, na realidade, tanto ação como defesa são *conjuntos de situações jurídicas*. As situações jurídicas englobadas no conceito de defesa são aquelas que no curso do processo se desenvolvem (oportunidades de participa-

ção, com a expectativa de resultados). A ação inclui tudo isso e também o poder de iniciativa processual. Tal é o *conteúdo analítico* dos institutos da ação e da defesa.

Apesar disso, são usuais as locuções *direito de defesa e direito de ação*, cujo emprego não é nocivo desde que se saiba dar a cada uma delas o tratamento jurídico próprio ao *poder*, inserido na esfera do direito público e não nas categorias do direito privado.

Ao falar na ação como *direito de agir* e na defesa como *jus exceptionis*, tem-se em vista o poder, que cada uma delas representa, de fazer com que o Estado atue para a oferta do bem a quem tiver direito. O *agir* mediante o exercício do poder de ação (e também mediante a exceção, no curso do processo) não expressa a idéia de uma *ação material*, como é a autotutela, pela qual o próprio interessado busca o bem para si, por sua própria força ou astúcia. Esse é um *agir indireto*, que consiste em *fazer o Estado agir* – e é este quem efetivamente age, seja declarando o direito de uma das partes ao bem, seja proporcionando-lhe a posse e fruição deste (processo de conhecimento, processo de execução).

É sempre pertinente a imagem consistente em comparar o *agir em juízo* com o *andar de automóvel*. Quem *anda* é o veículo, é ele que se movimenta. O ocupantes permanecem parados mas beneficiam-se com os movimentos do ser que se move (Pekelis). As partes não podem ir ao patrimônio ou à esfera jurídica do adversário, mas beneficiam-se com o que faz o juiz.

557. *espécies de ações e de defesas* – *as exceções em sentido estrito*

São do passado há muito tempo sepulto as adjetivações que se atribuíam à ação em associação aos direitos subjetivos, suas qualificações e suas espécies (reais, pessoais, patrimoniais, pecuniárias, de prestação de contas, de usucapião *etc.*). Essas qualificações e as classificações das ações, baseadas nelas, eram inerentes à visão imanentista da ação como nova roupagem que o próprio direito subjetivo adquiriria no momento em que lesado (*supra*, nn. 458 e 555). No direito moderno só é legítimo associar a ação

às técnicas processuais de concessão da tutela jurisdicional (*supra*, nn. 57 ss.). Esta se concede mediante sentença ou entrega do bem – e daí, *ação cognitiva*³¹ e *ação executiva*. No campo do processo de conhecimento concedem-se tutelas jurisdicionais de naturezas e intensidades variáveis, mediante as diversas espécies de sentenças – daí, falar-se em *ação condenatória*, *constitutiva* ou meramente *declaratória*, em correlação com as três espécies de sentenças de mérito. Fala-se ainda em *ação mandamental*, tendente a obter comandos mediante sentenças de igual denominação. A tutela jurisdicional que mediante o processo monitorio se concede é buscada mediante o exercício da *ação monitoria*.³² Todas essas espécies de tutelas são às vezes preparadas mediante medidas urgentes, de natureza cautelar – daí a *ação cautelar*, em oposição à principal (cognitiva, executiva, monitoria).

Mas certas denominações tradicionais continuam em uso e transmitem satisfatoriamente as idéias. Sem prejuízo algum, fala-se em *ações de...* (de usucapião, de depósito, de indenização, de cobrança, de estado *etc.*), em *ação possessória*, *reivindicatória*, *anulatória*, em *ação rescisória etc.* O importante é não permitir que esses usos vocabulares induzam ao falso entendimento de que a própria ação tenha essas naturezas ou que fosse um direito subjetivo tendo o mesmo objeto dos direitos que mediante seu exercício se procura efetivar. Fala-se ainda em *ação civil pública*, mas não se pense que só nesse caso ela é um instituto de direito público.

As *defesas* também variam de acordo com os resultados a obter, segundo as técnicas processuais. São *de mérito* aquelas que se destinam a obter a rejeição da demanda do autor; elas se resolvem em autênticas *demandas de tutela jurisdicional plena ao réu*, na medida de seu acolhimento e improcedência daquela (*supra*, n. 453). As defesas de mérito são *diretas ou indiretas*, conforme consistam em negar os fatos alegados na demanda inicial ou as conseqüências jurídicas pleiteadas pelo autor,³³ ou em invo-

31. Ou de conhecimento. *Cognitio, cognitionis* significa conhecimento.

32. Mas a tutela que esse processo proporciona ao demandante é executiva (art. 1.102-c – *infra*, n. 1.297).

33. O réu *nega a eficácia jurídica* dos fatos alegados pelo autor quando sustenta que a norma invocada não se aplica ao caso, ou propõe uma interpretação

car fatos novos, influentes sobre a existência ou vida do direito deste (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos – art. 326). Dizem-se *processuais* as defesas consistentes em invocar regras e conseqüências relacionadas com o processo (carência de ação, incompetência, nulidades *etc.*). As defesas processuais são todas *indiretas*, porque não vão diretamente à situação de direito material nem se destinam a obter para o réu uma sentença de mérito favorável – antes, a excluí-la ou ao menos retardá-la (incompetência, suspeição ou impedimento do juiz). Todas as defesas são *exceções*, tomado esse vocábulo em sentido bastante amplo (como em *jus exceptionis*, que é o próprio direito de defesa); e são *exceções em sentido estrito* aquelas que o réu tem o ônus de alegar sob pena de o juiz ser proibido de conhecê-las (art. 128, parte final). Há exceções *de mérito* em sentido estrito, como a novação e a decadência convencional (CC, art. 211), e exceções *processuais* em sentido estrito, como a incompetência relativa. Chamam-se *objeções* as defesas que o juiz pode e deve conhecer de-ofício, embora tenham as partes a faculdade de formulá-las – como a prescrição, a decadência (salvo quando convencional), a incompetência absoluta, o impedimento do juiz *etc.* Também em sentido estrito comparece o vocábulo *exceção* quando se cuida das defesas cuja alegação é feita exclusivamente de modo ritual, mediante um incidente inserido em meio ao procedimento em curso: são *exceções rituais* as de incompetência relativa, de suspeição e de impedimento (arts. 112 e 304 ss. – *infra*, nn. 1.075 ss.).

Em resumo: a) há *exceções de mérito* (diretas ou indiretas) e *processuais* (todas indiretas); b) há *exceções em sentido estrito*, que só podem ser conhecidas quando alegadas, ao lado das *objeções*, que o juiz pode conhecer de-ofício; c) as exceções em sentido estrito são de mérito ou processuais; d) há exceções processuais *rituais*, necessariamente processadas como incidente do processo (incompetência relativa, suspeição e impedimento).

Dava-se no passado muita importância à tipificação das exceções, havidas estas como o *contraposto negativo da ação* e consistindo nas razões de direito material aptas a neutralizar o direito

diferente para o texto, ou procura demonstrar que a orientação dos tribunais o favorece *etc.*

subjetivo (ou, na linguagem pandectista do Código Civil, a ação – CC, arts. 175, 281 e 294); tal é o significado da locução *exceção* de obrigação não-cumprida, de uso muito freqüente (CC, art. 475), ou *exceção* de pagamento, de prescrição *etc.*

558. *atipicidade da ação e da defesa*

A ação e a defesa, como poderes de atuar no processo e síntese das situações jurídicas ativas das partes na relação processual, não são suscetíveis de enquadramento em categorias estanques, de modo que toda ação e toda exceção tivesse seu nome registrado e só existissem possibilidades de agir e de defender-se segundo certos modelos instituídos em lei. Assim era no processo civil inicial, do *ordo judiciorum privatorum*, em que o pretor descrevia no edito as precisas situações em que estaria disposto a examinar os pedidos de tutela jurisdicional, negando-se a fazê-lo nos casos não previstos, ou seja, *não tipificados*.³⁴ Isso era próprio dos sistemas jurisdicionais iniciais, que já constituíam notável progresso em relação aos tempos em que não existia Justiça alguma, mas hoje os sistemas jurídicos não se conformam com a ausência de possibilidade de controle jurisdicional de algum conflito jurídico entre as pessoas. A garantia constitucional do controle, expressa no que tradicionalmente se chama *garantia da ação*, constitui uma cobertura geral do sistema de direitos, com a tendência a uma universalização capaz de reduzir ao mínimo a área dos conflitos não-jurisdicionáveis (*supra*, n. 42). Por isso é que, com ou sem a tipificação legal, sempre que não ocorra alguma ponderável razão de ordem pública prevalece a garantia constitucional e o sistema judiciário está aberto a pretensões de toda ordem e defesas de toda espécie, segundo as normas de direito substancial ou processual. O controle jurisdicional não se confina a categorias estanques.

Existe alguma tipificação de situações da vida, com a correspondente oferta de caminhos para o processamento das pretensões

34. No período pré-clássico havia rígidas hipóteses de *ações de lei* (*in personam* ou *in rem*), cada uma delas destinada a situações muito bem definidas e sem possibilidade de alargamentos.

relacionadas com ela, nos dispositivos que estabelecem os procedimentos especiais de toda ordem – seja no próprio Código de Processo Civil, seja nas leis que regem tutelas diferenciadas (mandado de segurança, juizados especiais *etc.*). Mas essas definições típicas têm somente o efeito de excluir que, *por aquela via especial*, tenham curso pretensões diferentes das previstas. Todas as demais vão para a vala comum do procedimento ordinário ou do sumário. Só é típica, no processo civil brasileiro, a *ação rescisória*. A razão é que, diferentemente das demais, ela tem um caráter extraordinário no sistema e não seria legítimo imprimir traços de generalidade a essa medida que visa a infringir a autoridade da coisa julgada material – a qual tem valor social elevadíssimo e está assegurada em nível constitucional.

Também o enquadramento das defesas em modelos, que se dá principalmente nas exceções de incompetência relativa, significa somente que, *segundo as regras inerentes a esses procedimentos*, nenhuma outra defesa se admitirá. Mas, na contestação e também ao longo do processo conforme o caso, tem o réu a faculdade de deduzir toda defesa que tiver e que não esteja assim tipificada – quer se trate de defesas de mérito ou processuais, diretas ou indiretas.

559. defesa e eventualidade – preliminares e defesa de mérito (infra, nn. 1.065 e 1.070)

A amplitude da defesa de direitos e interesses pela via processual (Const., art. 5º, inc. LV) repercute na situação processual do réu mediante a ampla liberdade, que o sistema lhe permite, de estruturar a defesa segundo as estratégias de sua escolha. É lícito³⁵ cumular logo na contestação todas as defesas que tiver, ainda que relativamente contraditórias entre si. O réu suscita *preliminares*,³⁶ opondo-se ao julgamento do mérito, sem prejuízo de, em prosseguimento, passar ao exame deste para pedir que a demanda inicial seja rejeitada e a tutela jurisdicional plena se conceda a ele e não ao autor. Na defesa de mérito, é também permitido que ele desenvolva uma argumentação escalonada, de modo que o acolhimento de um dos fundamentos prejudique o conhecimento do subsequente e assim sucessivamente. Esse é o sistema de *eventualidade*

35. E em alguma medida indispensável: art. 303.

36. Defesas processuais.

da defesa, assim chamado porque os fundamentos sucessivos só serão conhecidos se ocorrer o *evento* de o precedente ser afastado pelo juiz.

Os arts. 300 e 301 do Código de Processo Civil são extremamente explícitos em estabelecer a regra da eventualidade. Diz o primeiro deles que *compete ao réu alegar na contestação toda a defesa que tiver, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor*. Em seguida, o art. 301 abre caminho para as *preliminares*, dizendo: “*compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar...*” (e indica onze figuras de defesas processuais a serem deduzidas a esse título). Somados, esses dois dispositivos admitem a cumulação entre defesas de mérito e processuais, entre duas ou mais defesas processuais ou entre duas ou mais defesas de mérito.

Mas não é absoluta a liberdade inerente à eventualidade da defesa, porque grandes incoerências entre fundamentos cumulados podem configurar *mentiras* ao menos em um deles e a mentira é um ato de *deslealdade processual* incluído entre as hipóteses punidas a título de litigância de má-fé (art. 17, inc. II – *supra*, n. 528). As sanções à litigância de má-fé constituem limites à eventualidade da defesa.

A rigor de lógica, pareceria incoerente o réu pedir a extinção do processo porque é parte ilegítima e depois passar a expor que a dívida jamais existiu porque não concorreram seus elementos constitutivos – com o conseqüente pedido de improcedência da inicial. Também pareceria estranho alegar a prescrição e em seguida demonstrar que pagou. Mas o sistema permite esses comportamentos aparentemente conflitantes, porque do contrário a garantia de ampla defesa ficaria prejudicada. Obviamente, os exageros não são tolerados e podem, *no mínimo*, desmerecer a credibilidade da defesa. Se digo que não devo porque nunca negocieei com o autor e depois alego que paguei, provavelmente estarei mentindo ao menos em uma dessas alegações (litigância de má-fé).