Editora Quartier Latin do Brasil
Rua Santo Amaro, 349 - CEP 01315-001
Vendas: Fone (11) 3101-5780
Email: vendas@quartierlatin.art.br
Site: www.quartierlatin.art.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUSANA HENRIQUES DA COSTA

Doutoranda em Direito Processual Civil na USP
Mestra em Direito Processual Civil pela USP
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Promotora de Justiça no Estado de São Paulo

CONDIÇÕES DA AÇÃO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2005
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil
Rua Santo Amaro, 349 – Centro – São Paulo

Editor: Vinicius Vieira
Formado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-SP

Editora de Texto: Priscila Tanaca
Mestranda em Direito na PUC-SP

Produção Editorial: Mônica A. Guedes
Formada em Letras pela FFLCH-USP

Capa: *Studio Belle Époque*

Costa, Susana Henriques da
Condições da Ação – São Paulo : Quartier Latin, 2005.

1. Direito Processual Civil - Brasil I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito Processual Civil
2. Brasil : Direito

Contato: *editora@quartierlatin.art.br*
www.quartierlatin.art.br

Sumário

Agradecimentos 9

Prefácio 11

Introdução 15

Ação e Condições da Ação

I. Teoria Imanentista e o Nascimento da Ciência Processual (Windscheid X Muther) 20

II. A Teoria Concreta da Ação 23

II. 1. Chiovenda e o Direito Potestativo de Ação 24

II. 2. As Condições da Ação para a Teoria Concreta 26

III. A Teoria Abstrata da Ação 28

III.1. Os Abstratistas Puros 29

III.2. A Teoria Abstrata na Visão de Liebman 31

III.2.1. Condições da Ação X Pressupostos Processuais 33

III.2.2. As Condições da Ação para a Teoria de Liebman 35

III.2.3 O Direito de Ação para a Teoria de Liebman 39

III.3. A Visão Assertista 42

III.4. A Doutrina Brasileira 47

Condições da Ação em Espécie

I. As Condições da Ação em Espécie na Visão de Liebman .. 54

I.1. Possibilidade Jurídica do Pedido 54

I. 2. Interesse de Agir 58

I. 3. Legitimação "ad causam" 63

II. Condições da Ação em Espécie e o Assertismo 68

III. Condições da Ação em Espécie e a Teoria do Binômio 70

Condições da Ação e Mérito

I. O Conceito de Mérito no Processo Civil 76

II. Condições da Ação e Mérito: Elementos da Demanda 85

III. Natureza Jurídica das Condições da Ação: Questões de Mérito 95

IV. O Julgamento Antecipado do Mérito e o Posicionamento de Liebman 99

V. Os art. 267, VI e 301, X, do Código de Processo Civil 105

Instrumentalidade do Processo

I. A Instrumentalidade do Processo 110

II. O Direito de Ação na Perspectiva Instrumental 113

III. Condições da Ação: Importância da Rediscussão 119

IV. Condições da Ação como Técnica Processual 123

V. Tutela Diferenciada: as Condições da Ação e a Cognição 124

VI. Condições da Ação: Objeções Substanciais 137

VII. Conclusão Parcial 142

Reflexos da Nova Perspectiva

I. Condições da Ação e Coisa Julgada 148

II. O Problema da Ação Rescisória (art. 268, CPC) 160

III. Duplo Grau: Anulação ou Reforma? 168

Conclusão

I. Conclusão 176

Bibliografia

Bibliografia 187

Agradecimentos

Parece haver um certo consenso entre os autores no sentido de que os agradecimentos são umas das partes mais difíceis de uma obra. Essa dificuldade decorre certamente da complexidade do trabalho realizado, que torna arriscada a exclusão de pessoas realmente foram importantes no decorrer processo. Espero não cometer este erro, mas, desde já, peço desculpas aos negligenciados, caso não alcance meu desiderato.

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus professores da Faculdade de Direito da USP, pessoas que, por seu conhecimento e competência, foram determinantes para o surgimento e a evolução da minha paixão pelo processo civil.

Um agradecimento especial devo ao Professor José Roberto dos Santos Bedaque, pela confiança em me conceder uma vaga como sua orientanda e pela sempre pronta orientação. É certo que foi ele, ainda nas aulas de graduação, quem plantou em minha cabeça o gérmen desta obra, ao dividir conosco, seus alunos, suas dúvidas a respeitos das condições da ação. Aliás, a sua personalidade crítica e questionadora é sempre um estímulo a todos que têm a sorte de ser seus alunos, assim como sua inteligência e sua didática são um exemplo para aqueles que, como eu, pretendem seguir a carreira acadêmica.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de pós-graduação, a todos eles, pois de alguma forma, seja em exposições, seja em discussões, ajudaram-me a desenvolver algum espírito crítico, fundamental para a redação desta pequena obra. Dentre eles, devem ser mencionados os amigos Carolina Bonadiman Esteves, Paulo Eduardo Alves da Silva e Marco Antônio Lorencini que, em conversas e revisões, propiciaram o esclarecimento de pontos ainda obscuros na minha mente.

Passando para o campo pessoal, gostaria de agradecer aos meus amigos pela paciência toda vez que eu insistia em discutir processo civil, ainda que em locais e circunstâncias não apropriados. Agradeço principalmente à amiga Samantha Lopes Alvares, processualista, que

revisou meu primeiro trabalho sobre condições da ação, tecendo críticas e comentários que me foram essenciais e, ainda, ao amigo Rodrigo Francisco Vesterman Alcalde, pela indicação para publicação da obra.

Também é fundamental agradecer à minha família. Meus pais, sempre presentes e confiantes, são parte integrante de tudo que faço. Meu irmão Walter, médico, é, para mim, um exemplo de determinação, competência e segurança. Meu irmão caçula, Márcio, é um colega na profissão jurídica, advogado e estudioso, mas, acima de tudo, é um forte, é uma pessoa cuja coragem e amor pela vida são fontes de inspiração para todos que com ele convivem. Tenho a certeza que, sem a presença, a determinação e a inspiração de todos eles, meu trabalho teria sido muito mais árduo.

Por fim, gostaria de agradecer muito especialmente ao meu querido avô Afonso. Ele, com seu jeito carinhoso e preocupado, foi quem primeiro despertou meu interesse pela leitura e estimulou meu raciocínio com jogos de baralho e xadrez. Autor de dois livros, um em prosa e outro em verso, serviu-me de modelo não só pela sua cultura, mas também pela imensa sabedoria. Dono de um caráter irrepreensível e de um amor incondicional, ensinou-me que vale a pena escolher os caminhos mais difíceis da vida, pois só eles nos trazem as grandes recompensas.

Falecido no final de 2003, ele infelizmente não poderá ver esse pequeno trabalho publicado. Mas é importante deixar consignado que há um pedaço dele em cada página aqui impressa.

Prefácio

por José Roberto dos Santos Bedaque

PREFÁCIO

Susana Henriques da Costa foi minha aluna no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entre 1995 e 1998. Logo percebi seu interesse pelo Direito Processual. Além de inteligente e estudiosa, participava ativamente das aulas. Nas provas, suas notas eram excelentes. Sempre se destacou entre seus colegas de turma. Assim foi durante os quatro anos em que convivemos na Faculdade.

Formada, procurou-me para pedir informações sobre pós-graduação. Feliz coincidência. Eu acabara de credenciar-me como orientador. Susana foi então minha primeira orientanda. A impressão extraída dos contatos na graduação confirmou-se. Ela se dedicou à pesquisa com entusiasmo. Nos trabalhos semestrais e nos seminários revelava saudável espírito crítico. Tornou-se minha assistente, após inscrever-se em programa de aperfeiçoamento de ensino. Jamais deixou de cumprir uma obrigação, mesmo quando passou a estudar para concurso de ingresso à carreira do Ministério Público. Aliás, passou no primeiro que realizou, em 2002, com excelente classificação.

Diante desse quadro, fiquei extremamente honrado com o convite por ela formulado, que aceitei de imediato, para apresentar o resultado de suas pesquisas. O trabalho ora publicado constituiu a dissertação com que Susana obteve o título de mestre pela Universidade de São Paulo.

Escrever sobre condições da ação não é tarefa fácil. Primeiro, porque o tema já foi muito explorado, especialmente no Brasil, devido à adoção expressa da teoria de Liebman pelo direito positivo. Apesar disso, não parece tenha a doutrina obtido resultados satisfatórios. Há os que aceitam incondicionalmente a construção e os que a rejeitam de forma radical. Ninguém se preocupou, todavia, em demonstrar a função processual dessa categoria, ainda que a decisão tenha conteúdo de mérito. Poucos se preocuparam em traçar paralelo entre carência da ação e julgamento antecipado por inexistência de controvérsia

Prefácio

Susana Henriques da Costa foi minha aluna no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entre 1995 e 1998. Logo percebi seu interesse pelo Direito Processual. Além de inteligente e estudiosa, participava ativamente das aulas. Nas provas, suas notas eram excelentes. Sempre se destacou entre seus colegas de turma. Assim foi durante os quatro anos em que convivemos na Faculdade.

Formada, procurou-me para pedir informações sobre pós-graduação. Feliz coincidência. Eu acabara de credenciar-me como orientador. Susana foi então minha primeira orientanda. A impressão extraída dos contatos na graduação confirmou-se. Ela se dedicou à pesquisa com entusiasmo. Nos trabalhos semestrais e nos seminários revelava saudável espírito crítico. Tornou-se minha assistente, após inscrever-se em programa de aperfeiçoamento de ensino. Jamais deixou de cumprir uma obrigação, mesmo quando passou a estudar para concurso de ingresso à carreira do Ministério Público. Aliás, passou no primeiro que realizou, em 2002, com excelente classificação.

Diante desse quadro, fiquei extremamente honrado com o convite por ela formulado, que aceitei de imediato, para apresentar o resultado de suas pesquisas. O trabalho ora publicado constituiu a dissertação com que Susana obteve o título de mestre pela Universidade de São Paulo.

Escrever sobre condições da ação não é tarefa fácil. Primeiro, porque o tema já foi muito explorado, especialmente no Brasil, devido à adoção expressa da teoria de Liebman pelo direito positivo. Apesar disso, não parece tenha a doutrina obtido resultados satisfatórios. Há os que aceitam incondicionalmente a construção e os que a rejeitam de forma radical. Ninguém se preocupou, todavia, em demonstrar a função processual dessa categoria, ainda que a decisão tenha conteúdo de mérito. Poucos se preocuparam em traçar paralelo entre carência da ação e julgamento antecipado por inexistência de controvérsia

fática (CPC, art. 330, I). A equiparação entre impossibilidade jurídica e improcedência também não é bem compreendida, não obstante os esclarecimentos de Galeno Lacerda e Calmon de Passos. A questão das obrigações condicionais e a termo também não encontra explicação adequada na doutrina. Outro aspecto interessante é a equiparação entre o juízo de carência e tutela sumária em favor do réu, bem como a imutabilidade da respectiva sentença.

Estes são alguns dos problemas enfrentados com muita propriedade por Susana, aos quais foi conferido tratamento científico adequado. Podemos concordar ou discordar das conclusões da autora. Impossível, todavia, ignorá-las. A partir de agora, todo estudo sério a respeito do tema terá necessariamente de discutir as posições defendidas nesta obra. Só isso já constitui motivo suficiente para recomendá-la, o que faço com muito orgulho, pois, embora injustificadamente, vejo um pouco do orientador na formação da jovem processualista.

O mais importante, todavia, é que a obra, além de auxiliar na solução de problemas práticos, constitui importantíssima contribuição para a ciência processual.

José Roberto dos Santos Bedaque

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor livre-docente associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Introdução

Depois de mais de um século de existência da ciência processual, muitas discussões se travaram e vários pilares foram erguidos. Desde a polêmica inicial entre Windscheild e Muther até os dias atuais, a autonomia do direito processual se firmou e seus conceitos fundamentais surgiram e se desenvolveram de forma lógica e estruturada.

Hoje, inúmeras questões iniciais encontram-se superadas e o conteúdo científico do direito processual não é mais questionado. É mais do que pacífico que o direito processual é autônomo em relação ao direito material.

Como é cediço, a vida em sociedade dá ensejo a uma série de conflitos de interesses entre os seus membros. O papel do direito material é resolver os conflitos sociais optando pelo interesse que deva prevalecer.

A regra é que os conflitos sociais se resolvam pela observância espontânea do prescrito no direito material. Entretanto, não raras vezes, esta solução não se verifica no caso concreto, ou porque há dúvidas com relação à situação de fato ou de direito específica, ou mesmo por simples resistência por parte daquele cujo interesse não foi protegido pela lei. São as crises de direito material.

Nesses casos, surge a necessidade de atuação coercitiva das normas de direito material, de forma a que seja preservada a integridade do ordenamento jurídico. Esta atuação se dá através do processo, regulado pelas normas de direito processual.

O direito processual, portanto, elimina as crises de direito material, restabelecendo a pacificação social.[1]

1 Há, ainda, os casos de jurisdição necessária, em que a lei não pode ser aplicada sem a intervenção judicial, hipótese em que se mostra irrelevante a existência de resistência de uma das partes em relação ao interesse da outra.

Assim, enquanto o direito material regula a solução dos conflitos das pessoas na sociedade, o direito processual determina a forma como será atuado o direito material, quando desrespeitado.[2]

Compõem, portanto, dois planos distintos, porém interligados por uma relação meio-fim. O direito processual é o instrumento através do qual o direito material tem a sua integridade garantida.

Como toda a ciência, o direito processual é dinâmico e está sempre em evolução. O desenvolvimento da idéia de instrumentalidade do processo, como nova perspectiva, através da qual o processo deve ser encarado, é uma prova desse dinamismo. A partir do momento em que a estrutura da ciência processual está sólida, os estudiosos podem passar a questionar a finalidade do seu objeto de estudo, seus escopos primordiais, o papel que desempenha diante da sociedade.

Tendo em vista o dinamismo e a nova perspectiva que vem sendo adotada pelo direito processual nas últimas décadas, é dever do intérprete não perder de vista que os conceitos fundamentais do processo também evoluem. Os conceitos de ação, defesa, processo e jurisdição já possuíram conteúdos diversos em diferentes momentos históricos. A fixação do conteúdo de tais institutos na atualidade vem sendo uma das maiores preocupações dos processualistas modernos[3].

2 "Já aqui se vislumbra o nexo entre direito e processo. O próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável a fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea", Bedaque, *in* Direito e Processo, p. 11.

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

Nesse sentido, esta obra pretende repensar o instituto das condições da ação, sob o ponto de vista da instrumentalidade do processo.

A doutrina processual já travou inúmeros debates a respeito das condições da ação. As teorias foram desenvolvidas juntamente com o próprio instituto da ação. Von Bülow que, em 1865, deu o primeiro passo para a formação da ciência processual, desenvolveu todo seu raciocínio, em livro intitulado "A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais". Desde logo, portanto, percebe-se que a teoria das condições da ação seguiu passos similares aos que se deram com o conceito de ação.

São diversos os conteúdos assumidos pelas condições da ação nas diferentes etapas evolutivas da ciência processual. Atualmente, o conceito das condições da ação e sua própria existência vêm sendo muito questionados. Não são poucos os livros e artigos publicados na tentativa de encontrar um conteúdo preciso para tais conceitos.

Em decorrência desse intenso questionamento em torno das condições da ação, percebemos uma certa confusão jurisprudencial sobre o tema, o que causa inúmeros prejuízos aos cidadãos que buscam, através do processo, o acesso à justiça.

Esta obra tem o intuito de tentar trazer uma contribuição ao debate, por meio de uma sistematização do problema. O que se busca é repensar o instituto das condições da ação sob uma perspectiva publicista, trazendo idéias que ajudem a elucidar, em alguns aspectos, pontos ainda obscuros da matéria.

Ação e Condições da Ação

I. Teoria Imanentista e o Nascimento da Ciência Processual (Windscheid X Muther)

O gérmen da ciência processual como ramo autônomo do direito foi, sem dúvida alguma, a discussão travada entre Windscheid e Muther, no início do século XIX, a respeito do conteúdo da *actio* romana.[4]

Anteriormente a esses ilustres romanistas, a ação era encarada como o próprio direito subjetivo em estado de defesa, como mero apêndice deste. Ela se consubstanciava em um poder que o indivíduo possuía contra o outro, seu adversário (e não contra o Estado), para poder defender o seu direito violado. O processo, nessa linha de raciocínio, não era mais que um procedimento, um conjunto de atos coordenados a um fim. Vigia a chamada **teoria imanentista da ação**[5].

Chiovenda, ao estudar esse período, conclui que a conexão entre ação e direito material era "exagerada ao ponto de se resolver numa *confusão* dos dois conceitos, a lesão dos direitos e a ação. Dominava, a

4 Observa Cândido Dinamarco: "Talvez Windscheid e Muther (...) não tivessem a intuição da relevância que seus escritos estavam destinados a ter para a futura colocação da problemática da ação com referência ao direito moderno, a qual haveria de empolgar os juristas do fim do século XIX e da primeira metade do século XX. Não estariam pensando, também, em aplainar o terreno para a compreensão de que existe no processo uma relação jurídica que por mais de um título se diferencia da relação de direito material eventualmente corrente entre as partes.", *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 277.

5 Savigny defendia esta idéia dizendo que a ação era o próprio direito subjetivo da parte em ação concreta. "Ou em outras palavras, o próprio direito subjetivo material a reagir contra a ameaça ou violação", Márcio Luiz Fogaça Vicari, Breves Considerações sobre a Ação, *in* Jurisprudência Catarinense 72, p. 76. "Savigny foi quem inicialmente desenvolveu a denominada Teoria Civilista, tornando-se seu maior sustentáculo. Partindo do conceito formulado pelos romanos, e invocando a célebre definição de Celso *'nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi'* – a ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*Inst.*, Liv. IV, Tít. VI), asseverou Savigny que a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou a violação (*Sistema del derecho romano actual*, 2. ed., trad. esp., t. 4, p. 9-10)", Fábio Gomes, *in* Teoria Geral do Processo, p. 95.

essa altura, uma concepção estritamente privada do processo, considerado como simples instrumento a serviço do direito subjetivo, como um instituto servil ao direito substancial, mesmo como uma relação de direito privado. A primeira conseqüência dessa maneira geral de entender o processo (de que logo veremos a influência em outros argumentos) manifestava-se na doutrina da ação. Encarava-se a ação como um elemento do próprio direito deduzido em juízo, como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação, como o direito mesmo em sua tendência de atuar. Confundiam-se, pois, duas entidades, dois direitos absolutamente distintos entre si."[6, 7]

Foi à época da Revolução Francesa e no auge do pensamento individualista que o alemão Bernhard Windscheid publicou seu livro intitulado "A *actio* do direito romano do ponto de vista do direito hodierno" (1856). Em síntese, o autor sustentava que a *actio* romana se distinguia em muito da ação que existia à sua época, pois o sistema romano não era um sistema de direitos, mas um sistema de *actiones*. Somente possuía o direito quem possuísse a ação, que tinha como característica intrínseca a sua tipicidade.

Em resposta ao livro de Windscheid, Theodor Muther publicou, em 1857, seu livro de título "Sobre a doutrina da *actio* romana, do hodierno direito de ação, da *litiscontestatio* e da sucessão singular na obrigação". Criticando vorazmente a obra de seu adversário, sustentou que no direito romano a regra judiciária não preponderava sobre a jurídica, que a *actio* era um direito do

6 Chiovenda, *in* Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, p. 38.

7 Segundo Rodrigo Cunha Lima Freire, para doutrina imanentista "a ação era tida como uma mera variante, suplemento, anexo, acessório, função, elemento integrante, aspecto ou momento do direito material ameaçado ou violado, direito material elevado à segunda potência, ou mesmo a transformação deste direito material num novo direito, traduzindo-se na possibilidade ou poder de afirmação do próprio direito material e na força de reação a uma ameaça ou efetiva violação deste mesmo direito", *in* Condições da Ação: Enfoque sobre o Interesse de Agir, p. 47.

autor em face de o juiz ter declarado o seu direito preexistente, assim como era a ação no sistema jurídico vigente à sua época (um sistema de direitos).

Por fim, no mesmo ano, Windscheid publicou sua resposta ("A *actio* – réplica a Th. Muther"), livro no qual reafirmou suas posições, finalizando a polêmica.

Segundo Cândido Dinamarco "o mérito fundamental dessa disputa, aquele que resume em si todos os demais, foi o de ter despertado a ciência jurídica para a importância do direito público, se não acima ao menos ao lado do direito privado; a partir daí, haveria de ser breve o passo a fundação de um verdadeiro *direito processual científico e sistemático*. Três são as questões cuja discussão, com referência ao direito moderno, foi provocada pelos romanistas: a *ação*, a *relação processual*, a *estrutura do ordenamento jurídico*".[8]

Quanto ao instituto da ação, foram importantes as conclusões de ambos os romanistas. Windscheid teve seu papel ao entender que a ação seria um direito ao provimento do juiz, independentemente do seu direito subjetivo. Muther, por outro lado, foi quem primeiro introduziu a idéia de que a ação seria um direito do autor perante o Estado à obtenção da tutela jurídica e não contra o réu.

Foi, portanto, a partir da polêmica supracitada que o direito processual passou a ser encarado de uma maneira científica. Inúmeros estudos foram elaborados sobre a matéria, como o já citado trabalho de Oscar Von Bülow (*supra*, cap.I, n.I), que culminaram no reconhecimento do caráter autônomo da relação jurídica processual e, conseqüentemente, da própria ação.

A ação, portanto, passou a ser estudada como um direito diferente do direito substancial e gerador de uma relação jurídica também autônoma, de natureza pública, chamada processo, e formada por três sujeitos: o autor, o réu e o juiz.

8 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 282.

A partir dessas primeiras premissas, todavia, surgiram inúmeras teorias que tentaram explicar o direito de ação. As mais importantes serão analisadas a seguir.

II. A Teoria Concreta da Ação

A teoria concreta da ação foi elaborada por Wach, ainda na Alemanha. Para os seguidores desse pensamento, o direito de ação é autônomo e corresponde ao direito à tutela jurisdicional, ou seja, ao provimento de mérito favorável. A ação dirige-se ao juiz e também ao adversário.

São partidários dessa teoria Schmidt, Hellwig, Pohle e o próprio Bülow.

Para os concretistas, a ação não se confunde com o direito material, mas não está completamente desvinculada deste, a partir do momento que só tem direito de ação aquele que tem o direito material.[9]

A ação é, primeiramente, um direito do indivíduo contra o Estado, visando à obtenção de uma sentença favorável. Num segundo momento, a ação é um direito do autor contra o réu, pois este deverá se submeter ao reconhecimento do direito material daquele pelo Estado.

"Por conseguinte, a ação é um direito autônomo, direito público subjetivo à tutela jurídica, traduzida esta na efetiva proteção do direito subjetivo realmente existente, ou seja, direito a uma sentença favo-

9 "Para Wach, entretanto, embora autônomo, na medida em que não nasce juntamente com o direito material, nem deste por vezes decorra (como na ação declaratória negativa), o direito de ação só compete a quem é titular de um interesse real, e não imaginário (*Manual*, cit., p. 45). Segundo Wach, o direito de ação, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, sempre e necessariamente, à exceção à hipótese de ação declaratória negativa. Assim, distinguem-se dois direitos, mas o segundo nascerá depois do primeiro, quer da violação deste, ou da ameaça ao mesmo (...). Fácil entender a razão pela qual ficou a teoria conhecida por esse nome. Na verdade, à exceção da declaratória negativa, condicionava Wach a ação ao direito subjetivo material, que só poderia conduzir a uma sentença favorável", Fábio Gomes, *in* Teoria Geral do Processo, p. 104.

rável. Não seria ela, entretanto, independente do direito material. Pois, quem vai a juízo sem ter direito não tem ação".[10]

II. 1. Chiovenda e o Direito Potestativo de Ação

Na Itália, o maior expoente da teoria concreta da ação foi Giuseppe Chiovenda. Foi ele quem elaborou a idéia do direito de ação como um direito potestativo, ou seja, um direito a uma sentença favorável, que o titular exerce por meio de mera declaração de vontade, sem possibilidade de resistência por parte do destinatário.

Assim, para ele a "ação é o *poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*. (...) é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder; simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la".[11]

Para Chiovenda, portanto, a ação é um direito do autor em face do réu, pois não se pode aceitar que haja um conflito de interesses entre o autor e o Estado. É o direito do autor de pôr em atuação a vontade concreta da lei.

A natureza jurídica do direito de ação seria fixada pela natureza jurídica do direito através dela veiculado. Assim, a ação seria pública se o direito material alegado também o fosse; seria privada, se privado o direito material pleiteado. Fica claro o caráter de acessoriedade do direito de ação na construção chiovendiana, podendo ser questionada, até mesmo, a sua verdadeira autonomia em face do direito material.[12]

10 Calmon de Passos, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 369.

11 Chiovenda, *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. I, p. 42.

12 Segundo Fábio Gomes, a "inclusão de Chiovenda entre os adeptos da Teoria Concreta é obrigatória, não obstante sua divergência com Wach relativamente ao sujeito passivo da relação processual, e, por via de conseqüência, também quanto à natureza do direito de ação; enquanto para este era de natureza pública, Chiovenda sustentava que tanto poderia ser pública quanto privada, pois depende do interesse que a move. Mas, para ambos, o principal elemento da ação, qual seja, a causa, era idêntico", *in* Teoria Geral do Processo, p. 107.

Discípulo de Chiovenda, Calamandrei também defendeu a natureza potestativa do direito de ação. Segundo ele, os conceitos jurídicos estão sempre em evolução e devem ser sempre adaptados ao momento histórico em que se vive. A ação, entendida como direito potestativo seria o conceito que melhor se coadunaria com o momento histórico do seu tempo. Entende Calamandrei que a construção de Chiovenda tem o mérito de visualizar o direito de ação de uma forma intermediária, ou seja, não totalmente privatística, como faziam os imanentistas; nem de uma forma extremamente publicista, como queriam os abstratistas.[13, 14]

No Brasil, defendem a teoria concreta da ação Botelho de Mesquita e Celso Agrícola Barbi.

A maior crítica à teoria concreta decorre do fato de ela não conseguir explicar a ação improcedente. Se somente há direito de ação quando o processo é julgado procedente, o que ocorre na improcedência?

Essa falha é bem sintetizada por Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco: a "teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica é inaceitável; para refutá-la, basta pensar nas ações julgadas improcedentes, onde, pela teoria concreta, não seria

13 Calamandrei afirma que a teoria de Chiovenda "sembra in perfetta armonia con questa concezione, che ha alla sua base l'equilibrio e la coordinazione tra il punto di vista individuale e quello collettivo, la teoria chiovendiana dell'azione intesa come diritto potestativo, la quale, come si è visto, mette in evidenza la collaborazione che nel processo civile si realizza tra l'interesse privato e l'interesse pubblico (...), l'azione come diritto potestativo significa convergenza dei due interessi, in quanto il singolo, che cerca nel processo la sodisfazione del suo interesse privato, dà così occasione allo Stato di sodisfare col render giustizia l'interesse collettivo", *in* Opere Giuridiche, v. IV, p. 125-126.

14 Ensina Bedaque que "No entender de Calamandrei, o Estado, ao apresentar a prestação jurisdicional, não está sacrificando um interesse próprio para satisfazer um interesse alheio. Visa, na realidade, a atingir um de seus fins essenciais, tem em vista um interesse eminentemente público. Não há, pois, contraste entre o interesse particular do cidadão e o interesse público do Estado. São duas forças aliadas e convergentes", *in* Poderes Instrutórios do Juiz, p. 28.

possível explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até a sentença. A mesma situação ocorre quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor. Quanto aos direitos potestativos (que configurariam uma exceção à concepção clássica de que a todo direito corresponde uma obrigação correlata), parecem caracterizar mais meras faculdades ou poderes – aos quais, por definição, não corresponde nenhuma obrigação – do que direitos. Em última análise, a construção de Chiovenda não difere substancialmente, em suas conclusões, da teoria concreta quanto à ação como direito à sentença favorável".[15]

II. 2. As Condições da Ação para a Teoria Concreta

Foi a teoria concreta a primeira a se referir às condições da ação. Elas seriam os requisitos que deveriam ser preenchidos para que o autor tivesse direito de ação, entendido, como já exposto (*supra*, cap. II, n. II), como direito ao provimento de mérito favorável. Seriam, portanto, questões relacionadas ao mérito do processo e ao próprio direito substancial.

Wach "impôs três *'condições'* para a existência da ação: a) a existência do próprio direito, violado ou ameaçado (como argutamente observa Ernani Fidélis dos Santos, para Wach 'a certeza da inexistência de um direito é também um direito'); b) a identidade de titularidade com a relação de direito material; c) o interesse que o autor tem no bem que revela o seu direito".[16, 17]

15 Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *in* Teoria Geral do Processo, p. 252-253.

16 Márcio Luiz Fogaça Vicari, Breves Considerações sobre a Ação, *in* Jurisprudência Catarinense 72, p. 79.

17 Já ensinava Calamandrei que "affinchè l'organo giudiziario possa accogliere la domanda del richiedenti, e con ciò sodisfare il diritto di azione che questi esercita, bisogna che esse organo si convinca che tale diritto concretamente sussiste: e per convincersi di ciò bisogna che verifichi la sussistenza in concreto di questi *requisiti costitutivi dell'azione* (as condições da ação); l'esistenza del quali forma quello che anche la nostra legge chiama "il merito" della domanda, che il giudice deve prendere in esame per valutarne la *fondatezza* e stabilire quindi *se essa meriti de essere accolta*", *in* Opere Giuridiche, v. IV, p. 127

Chiovenda já difere as condições da ação dos chamados pressupostos processuais. "As condições da ação são as condições de uma decisão favorável ao autor; os pressupostos processuais são as condições de uma decisão qualquer sobre a demanda. Em certo sentido, portanto, também os pressupostos são condições da ação, porque, se falecem, impedem uma decisão favorável. A diferença, porém, se torna manifesta se atentamos em que, se as condições da ação equivalem *somente* a condições do pronunciamento favorável, os pressupostos processuais importam em condições *também* do pronunciamento desfavorável".[18, 19]

A existência das condições da ação deve, segundo esse entendimento, ser verificada no momento da sentença (são questões de mérito e se regulam pela lei substancial); a presença dos pressupostos processuais, entretanto, deve ser investigada desde a propositura da ação e de ofício pelo juiz.

Por serem questão de mérito, a decisão sobre as condições da ação fazem coisa julgada material e o autor somente poderá agir novamente se provar que a vontade da lei, que devido à ausência das condições da ação, não existia, surgiu baseada em fato novo.

18 Chiovenda, *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. I, p. 93. Para o autor, seriam condições da ação "1º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º a *qualidade*, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º o *interesse* em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos", *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. I, p. 89.

19 Segundo Satta: "Condizioni dell'azione sono quelle richieste per ottenere il provvedimento favorevole, presupposti processuali sono quelli richiesti per la validità del processo, e quindi per ottenere uma sentenza purchessia. Si qualificano condizioni dell'azione l'esistenza della norma che garantisce il diritto, la legittimazione *ad causam*, l'interesse ad agire. Si qualificano pressuposti processuali la competenza, la regolarità fiscale, la legittimazione *ad processum*, il preventivo esperimento di conciliazione e via dicendo", *in* Diritto Processuale Civile, p. 132.

III. A Teoria Abstrata da Ação

Influenciados pela teoria da relação jurídica processual de Bülow, o alemão Degenkolb e o húngaro Plósz formularam a teoria do direito abstrato da ação[20].

Para essa teoria, o direito de ação existe independentemente da efetiva existência do direito material invocado. Assim, houve ação, ainda que sobrevenha uma sentença de improcedência. O direito de ação preexiste à demanda, mero instrumento utilizado para o seu exercício.

O direito de ação abstrato é o direito a um pronunciamento do Estado e a ele se dirige.

A teoria abstratista pode ser, em linhas gerais, subdividida em algumas correntes de pensamento. Há os que entendem que o direito de ação seria um direito da personalidade, **incondicionado**, que o indivíduo tem contra o Estado, de pleitear uma resposta à sua pretensão. São os chamados abstratistas puros.

20 Ensina Fábio Gomes que Degenkolb e Plósz "procuraram, ambos, um fundamento para a ação, desvinculado e independente de qualquer direito anterior. Apóiam Bülow quanto à autonomia do processo quanto relação jurídica diversa daquela submetida à apreciação do órgão jurisdicional, mas afirmam haver este grande inovador descurado por deixar de dar a essa relação uma base correta e própria. Vinculando o direito de ação a uma sentença justa, na medida em que impôs condições ao desenvolvimento do processo, ligou Bülow, segundo Degenkolb, a ação ao direito argüido pelo autor. Impunha-se, conseqüentemente, encontrar um fundamento comum à mesma, nada importando tivesse, ou não, o autor razão (...). O direito de ação, segundo a concepção de Degenkolb e Plósz, é o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido *com abstração* de qualquer outro direito (por isso denominou-o Plósz direito abstrato); pré-existe à própria demanda, constituindo-se esta tão-somente no meio através do qual pode ser exercido. Compete a qualquer cidadão que puder invocar a proteção de uma norma legal em benefício do interesse alegado", *in* Teoria Geral do Processo, p. 108-109.

De outro lado, há os que subordinam a existência do direito de ação ao preenchimento de certos requisitos (condições da ação), sem os quais o indivíduo não poderá invocar do Estado a prestação jurisdicional. São os partidários da chamada teoria de Liebman.

Há ainda um terceiro entendimento, que relaciona as condições da ação à possibilidade de exercício do direito de ação e ao grau de cognição realizada na demanda. São os assertistas.

III.1. Os Abstratistas Puros

Os abstratistas puros sustentam que o direito de ação é autônomo e abstrato, ou seja, independente da existência do direito material afirmado. É um direito não-sujeito a nenhuma espécie de requisito.

A ação é um direito personalíssimo do indivíduo, incondicionado e exercido em face do Estado, no sentido de que este se pronuncie a respeito de um direito afirmado lesado ou ameaçado de lesão.

No direito italiano, os principais expoentes da doutrina abstratista pura foram Alfredo Rocco e Carnelutti.

Rocco sustentava que "o direito de ação compete a todo sujeito de direito, como tal, independentemente de qualquer pressuposto".[21] Não há que se falar, portanto, em condições para o exercício da ação.

Couture é também um abstratista puro. Para ele, a ação é um "poder jurídico distinto do direito material e da demanda em sentido

21 Alfredo Rocco, *in* Sentenza Civile, p. 91. Segundo Fábio Gomes, Alfredo Rocco, "vislumbra duas classes de interesses: o interesse principal, que forma o conteúdo dos vários direitos de determinado sujeito, e o interesse secundário, distinto do primeiro e que se resolve na eliminação dos obstáculos que se antepõem à obtenção direta do interesse principal (...). Para Alfredo Rocco, qualquer pessoa é titular do direito a que o Estado intervenha para que o interesse principal seja satisfeito. E o interesse pela intervenção estatal existirá enquanto perdurar a proibição à defesa privada; ele nasce juntamente com essa proibição e consiste no interesse secundário, que constitui verdadeiro e próprio direito subjetivo, cujo sujeito passivo é só o Estado. A autonomia desse direito não poderá ser negada, pois a obrigação do Estado não decorre de qualquer outro direito do cidadão", *in* Teoria Geral do Processo, p.110.

formal, destinado a obter a atividade estatal, por intermédio de seus órgãos competentes, para a declaração coativa de um direito".[22, 23] O direito de ação corresponde ao direito de petição e é incondicionado.

A teoria abstratista também não fica isenta de críticas. Calamandrei entende que ela despe o processo de seu caráter privado, pois este seria visto somente sob o ângulo do interesse público. O direito de ação não teria como fundamento o interesse do cidadão de ver seu direito reconhecido pelo juiz, mas sim, seria totalmente fundado no interesse do Estado no cumprimento do ordenamento jurídico. Classifica como autoritário e coletivista esse entendimento.[24]

22 Couture, *in* Fundamentos do Direito Processual Civil, p. 56.

23 Bedaque ensina que Couture faz uma distinção entre direito, pretensão e ação. "Pretensão é a afirmação de um sujeito de direito, de que é merecedor da tutela jurisdicional; é a atribuição de um direito para si. Ação seria o poder jurídico do autor, de fazer valer a pretensão. Este poder de recorrer à jurisdição existe sempre, com direito material ou sem ele, com pretensão ou sem ela (...). O poder de acionar é um poder de todo indivíduo enquanto tal, existindo mesmo quando não exercido (...) é o direito à prestação da jurisdição. O direito de ação é a forma típica do direito de petição, integrando o poder jurídico que tem todo indivíduo de solicitar o que considera justo", *in* Poderes Instrutórios do Juiz, p. 29-30.

24 Para Calamandrei, "non bisogna dunque confondere il diritto di azione colla mera possibilità di agire: l'azione come attività, coll'azione come diritto. Il principio fondamentale che vieta ai sigoli di farsi giustizia da sè e che, in caso di incertezza sull'osservanza del diritto, riserva ai giudici dello Stato l'individuazione del precetto concreto, fa sì che l'unico mezzo per accertare ufficialmente il diritto del caso concreto sia la decisione del giudice: sicchè il diritto del richiedenti di veder accolta la domanda fondata pressupone il dovere del giudice di prendere in esame indistintamente tutte le domande che gli vengono proposte, per poter decidere quali siano fondate e quali no (...), ma questa possibilità di chiedere spettante ad ogni cittadino che si rivolga al giudice affinchè decida sul suo caso, e questo diritto di ottenere dal giudice un provvedimento sulla sua domanda se non altro per dichiarargli ch'essa è infondata, non bastano davvero a procurare quel sodisfacimento del concreto interesse individuale al quale il richiedente aspira quando si rivolge alla giustizia per aver ragione *e non per aver torto*. Nell'azione concepita in senso astratto, cioè non più come garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma come pottere spetante a chiunche *uti civis* si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione, non si avrebbe più,

Liebman também criticou a teoria abstrata da ação. Ele reconheceu a existência de um direito de ação constitucionalmente garantido, mas concluiu que este direito não tem qualquer relevância para o processo, na medida em que não conduz obrigatoriamente a um provimento sobre o mérito, sobre a pretensão do autor.[25]

III.2. A Teoria Abstrata na Visão de Liebman

Na tentativa de superar as críticas da teoria concreta e da teoria abstrata na sua forma pura, Liebman formulou a sua própria teoria.

Para ele, o direito de ação prescinde da existência do direito material no caso concreto, mas isso não significa que ele seja totalmente despido de conteúdo. Para que exista o direito de ação, é necessário que o juiz possa se manifestar sobre o mérito da demanda. A ação é um poder instrumental, que somente existe quando o autor tem direito a um provimento sobre um caso concreto, favorável ou não. Ela só atinge a sua finalidade se atua a vontade da lei.[26, 27]

come nella teoria del diritto potestativo, la coordinazione di due ben distinti interessi, quello individuale e quello pubblico, convergenti verso lo stesso fine, ma si avrebbe un totale dissolvimento dell'interesse individuale nell'interesse pubblico", *in* Opere Giuridiche, p. 122-123.

25 Liebman, *in* Problemi di Processo Civile, p. 32.

26 Há quem chame a teoria desenvolvida por Liebman de teoria eclética sustentando que ela seria uma tentativa de compatibilização entre a teoria concreta e a teoria abstrata. Todavia, Liebman é, antes de tudo, um abstratista, pois defende a existência do direito de ação independentemente do resultado do julgamento do processo. Nas palavras de Liebman "l'azione è veramente distinta dal diritto o dal rapporto giuridico sostanziale, ed è il diritto strumentale *per mezzo del quale* si deduce in giudizio l'affermazione di un diritto o in genere di una situazione giuridica che si vuoi vedere riconosciuta, tutelata od accertata", *in* Problemi di Processo Civile, p. 32/33. Pelos motivos expostos, não utilizaremos essa terminologia.

27 Segundo ensina o Mestre, "l'azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico. Al contrario, essa si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata, ed è il diritto ad ottenere che il giudice provveda a suo riguardo, formulando (od attuando) la regola giuridica speciale che la governa. Essa è perciò condizionata ad alcuni requisiti (che devono verificarsi caso per caso in via preliminare, anche se di solito per implicito) vale a dire

O direito de ação, nesse sentido, somente existirá quando o autor preencher determinados requisitos que autorizam o juiz a se manifestar sobre a sua pretensão. Esses requisitos são as condições da ação. A doutrina de Liebman, portanto, é baseada nas condições da ação.

Na teoria de Liebman, o direito de ação 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.

As condições da ação podem ser definidas "como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (*concreta fattispecie*) deduzida em juízo".[28]

Grande é a importância, portanto, que as condições da ação assumem na construção de Liebman. Elas são questões processuais e não se relacionam com o mérito da demanda, servindo como pressuposto à sua análise. A ausência das condições da ação impede o julgamento do mérito do processo, que será extinto sem que o juiz o aprecie. Assim, a decisão que reconhece esse fato é sentença meramente terminativa e não faz coisa julgada material.[29]

all'*interesse ad agire*, che è l'interesse dell'attore ad ottenere il provvedimento domandato (art. 100 cod. proc. civ.); alla *legittimazione ad agire*, che è l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte (art. 81 cod. proc. civ.); e alla *possibilità giuridica*, che è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale. Mancando una di queste condizioni, si ha quella che, con esatta espressione tradizionale, si qualifica di carenza di azioni, e il giudice deve rifiutarsi di provvedere sul merito della domanda. In questo caso non c'è vero esercizio della giurisdizione, ma soltanto uso delle sue forme per fare quel vaglio preliminare (affidato per necessità agli stessi magistrati) che serve ad escludere in partenza quelle cause nelle quali fanno difetto le condizione che si richiedono per l'esercizio della potestà giurisdizionale", Liebman, *in* Problemi di Processo Civile, p. 46-47.

28 Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, v. I, p. 153-154.

29 Liebman é considerado um abstratista "moderado". Cândido Dinamarco já reconhece essa qualidade ao seu Mestre ao elaborar nota ao seu "Manual de Direito Processual Civil". Segundo ele "embora repudie o Mestre aquelas concepções da *ação como direito abstrato* que a põem como um direito inerente à própria personalidade e por isso acima de qualquer requisito ou condição de existência, não é correto negar-se que seja também ele *um abstratista*; são abstratistas todas as teorias para as quais a ação se considere existente ainda que inexistente o direito subjetivo material afirmado (ou seja, "abstraindo-se" da existência deste), e isso é expressa e reiteradamente afirmado na obra de Liebman. Diz ele que ter ação significa ter *direito ao provimento de mérito*, ficando na área do direito material a definição quanto a ser favorável ou desfavorável esse provimento. O que afasta o nosso Mestre dos abstratistas mais extremados é a distinção, que ele faz, entre *a ação como garantia constitucional* (esta sim, incondicionada) e a ação como instituto disciplinado a nível de direito processual civil; a primeira assegura o respeito da lei ordinária ao instituto da ação, que por sua vez constitui 'una specificazione, una determinazione, un particolare grado di condensazione' da garantia constitucional. São as *condições da ação* que realizam essa especificação, revelando-se no plano concreto de 'una fattispecie determinata ed esattamente individuata'", nota 103, *in* Liebman, Manual de Direito Processual Civil, p. 153

III.2.1. Condições da Ação X Pressupostos Processuais

Para que se possa entender melhor a construção da teoria de Liebman, é necessário que se proceda à diferenciação entre as duas espécies de questões que o juiz deve enfrentar para poder conhecer o mérito da demanda, quais sejam, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Pressupostos processuais são aqueles necessários para a existência e a validade do processo. Eles são necessários para que a relação jurídica processual se forme 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.

No tocante ao conteúdo dos pressupostos processuais, formaram-se na doutrina duas correntes: uma restritiva e uma ampliativa. Segundo a tendência restritiva, são pressupostos processuais somente aqueles elementos necessários para a formação da relação jurídica processual.

Segundo Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, que adotam a posição restritiva, "são pressupostos pro-

cessuais: a) uma *demanda regularmente formulada* (CPC, art. 2º; CPP, art. 24); b) a *capacidade de quem a formula*; c) a *investidura* do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz".[30]

A posição ampliativa entende que os pressupostos processuais são todos aqueles requisitos necessários para que a relação jurídica processual exista e se desenvolva regularmente. Eles se subdividem em objetivos e subjetivos.

São os pressupostos subjetivos os relativos às pessoas que participam do processo: (i) juiz investido de jurisdição, competente, não suspeito ou impedido; (ii) partes capazes (capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória); (iii) órgãos auxiliares: Ministério Público, testemunhas e peritos.

Os pressupostos objetivos, por sua vez, subdividem-se em negativos ou extrínsecos e positivos ou intrínsecos. É preciso que os pressupostos negativos estejam ausentes para que o processo possa se desenvolver regularmente (fatos impeditivos); enquanto que os positivos devem estar presentes para que exista a mesma regularidade, pois dizem respeito à subordinação do procedimento à lei.[31]

São pressupostos negativos, dentre outros: litispendência; convenção de arbitragem; coisa julgada; perempção. São pressupostos positivos: pagamento das custas processuais; petição apta; citação válida; instrumento de mandato; adequação do tipo de procedimento à natureza da causa etc.

Os pressupostos processuais se distinguem das condições da ação pelo fato de se referirem à relação jurídica processual, enquanto que as condições da ação são relacionadas com o direito de ação. Mas a

30 Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *in* Teoria Geral do Processo, p. 290.

31 Ensina Moacyr Amaral Santos: "Os requisitos objetivos são de duas ordens (Galeno Lacerda): a) uns, extrínsecos à relação processual e dizem respeito à *inexistência de fatos impeditivos*; b) outros, intrínsecos à relação processual e dizem respeito à *subordinação do procedimento às normas legais*", *in* Primeiras Linhas do Direito Processual Civil, v.I. p. 324.

inexistência de ambos acarreta a extinção do processo sem o julgamento do mérito (art. 267, IV e VI, CPC). Na ausência de pressuposto processual, o processo é considerado viciado; no caso de ausência de condição da ação, há carência de ação.[32, 33]

III.2.2. As Condições da Ação para a Teoria de Liebman

Do exposto, pode-se concluir que, para a teoria de Liebman, as condições da ação são o segundo objeto de cognição do juiz (logo após o exame dos pressupostos processuais).

A ausência das condições da ação acarreta a carência da ação, expressão que significa que a ação não existiu. Nas palavras de Liebman, as condições da ação "são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido (*domanda*) para acolhê-lo ou rejeitá-lo". [34]

As condições da ação são requisitos para a existência válida do direito de ação apto a alcançar sua finalidade maior, qual seja, uma sentença de mérito que repercuta no direito material. Somente se

32 "Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) IV - quando se verificar a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo".

33 Segundo Humberto Theodoro Júnior, a questão se resumiria ao seguinte: "a) Os pressupostos processuais são requisitos extrínsecos de validade da relação processual; são, para Zanzucchi, requisitos de 'procedibilidade' da demanda, com conotações de direito puramente processual. b) As condições da ação são requisitos intrínsecos de eficácia, no que diz com a obtenção da solução final da lide pelo processo; são, no dizer de Zanzucchi, requisitos de 'fundamentação' da demanda, que, por isso, apresentam conotações com o direito material. c) A falta tanto dos *pressupostos* como das *condições* acarreta efeito frustrante do processo, ou seja, a sua extinção sem solução de mérito (CPC, art. 267, IV e VI). No primeiro caso, *anula-se* o processo; no segundo, reconhece-se a *carência da ação*", *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar, Repro 50 p. 11.

34 Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 154.

existentes, permitem que o juiz profira um pronunciamento a respeito do mérito do processo. A decisão do juiz a respeito das condições da ação, portanto, não é decisão de mérito, mas mera sentença terminativa.

Nelson Nery Júnior ensina que, "matéria preliminar ao exame do mérito, as condições da ação possibilitam ou impedem o exame da questão seguinte (mérito). Presentes, elas fazem com que o juiz possa pronunciar-se sobre o pedido; ausente uma delas o juiz fica impedido de examinar o mérito". [35, 36]

As condições da ação possuem, portanto, uma natureza pré-processual.[37] "Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa". [38]

35 Nelson Nery Júnior, *in* Condições da Ação, Repro 64, p. 35.

36 A jurisprudência também tenta não confundir condições da ação e mérito: *"Processo Civil. Ação Civil Pública. Indeferimento da Petição Inicial. Ação civil pública proposta para obrigar o proprietário rural a constituir a reserva legal prevista no artigo 14, 'a', da Lei nº 6.938, de 1981, cujo processamento foi liminarmente indeferido por conta da ilegitimidade passiva 'ad causam'. Decisão que confundiu os planos das condições da ação e do respectivo mérito; identificam-se autor e réu à vista da clássica definição de Chiovenda: parte é aquele que pede e contra quem se pede"* (STJ, RESP 174809/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 07/12/1998, p. 00075)

37 Adotando a teoria de Liebman, Ada Pellegrini Grinover ensina que "o fenômeno da carência da ação nada tem a ver com a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor, nem com a possível inexistência dos requisitos, ou pressupostos, da constituição da relação processual válida. É situação que diz respeito apenas ao exercício do direito de ação e que pressupõe a autonomia desse direito. Incumbe ao juiz, antes de entrar no exame do mérito, verificar se a relação processual, que se instaurou, desenvolveu-se regularmente (pressupostos processuais) e se o direito de ação pode ser validamente exercido, no caso concreto (condições da ação). Em última análise, quer os pressupostos processuais, quer as condições da ação são requisitos prévios, cuja inobservância impede que o juiz chegue ao conhecimento e ao julgamento do mérito; mas, com mérito não se confundem: nada têm a ver com a eventual existência do direito subjetivo material afirmado pelo autor" *in* Condições da Ação Penal, p. 29-30.

38 Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, v. I, p. 154.

São elas, ainda, matéria de ordem pública, que pode ser alegada a qualquer tempo no processo e pode também ser reconhecida de ofício pelo juiz.

Não há preclusão para o reconhecimento da carência de ação, que pode ser verificada em qualquer fase do iter procedimental. [39]

Conforme ensina Cândido Dinamarco, "ser carecedor do direito de ação é, portanto, não ter direito sequer ao processo e muito menos ao provimento jurisdicional que este visa 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. IV, c/c par., inc. IV; art. 267, inc. VI). Não seria ético nem econômico dar seqüência a um

39 "A ausência de apenas uma delas (condições da ação) já induz carência de ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau de processo", Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, v. I, p. 154. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *"Monitória. Decretação pelo Tribunal, de ofício, da carência de ação. Possibilidade. Art. 267, §3º, c.c. o art. 267, VI, do CPC. Recurso especial não conhecido* (STJ, Resp 217529/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 05/04/2004, p. 00266).

"Processual Civil. Venda a 'non domino'. Ação de indenização. Legitimidade 'ad causam'. Extinção do processo. CPC. Arts. 267, VI e par. 3., 473. Súmulas 5 e 7 do STJ e 282 e 356 do STF. 1. As questões não prequestionadas escapam do reexame apropriado a via especial. 2. A apreciação dos pressupostos processuais e das condições da ação inicia-se desde a petição inicial, continuando em todos os momentos processuais, até o julgamento definitivo da lide, que exaure a prestação jurisdicional (art. 267, VI, e par. 3, CPC). A preclusão é sanção imposta à parte, mas não ao juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição ordinária. 3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Recurso Improvido" (STJ, RESP 5978/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 02/09/1996, p. 31025).

Ainda com esse entendimento: *"Recurso Especial. Impossibilidade Jurídica do pedido. 1. A impossibilidade jurídica pode e deve ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, não causando qualquer nulidade o silêncio do juiz no saneamento do processo, que admitiu a prova oral (fls. 169), sobre as preliminares argüidas. Diante da configuração da impossibilidade jurídica do pedido, todas as demais questões ficam prejudicadas, na medida em que tal condição implica o indeferimento da inicial por inepta. 2. A divergência jurisprudencial deve guardar semelhança com a matéria posta no acórdão recorrido. 3. Recurso especial não conhecido"* (STJ, RESP 73788/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21/10/1996, p. 40258).

processo que nada produzirá de efetivo na vida dos litigantes. Isso é feito *independentemente de provocação da parte* (art. 267, § 3º) porque a extinção do processo é ditame de *interesse público*: é inconveniente ao Estado e à sociedade o dispêndio de recursos, perda de tempo e assoberbamento dos órgãos judiciários em detrimento do serviço, sem qualquer expectativa de um resultado prático que o justifique." [40]

Nelson Nery Júnior resume o pensamento de Liebman a respeito das condições da ação quando assevera que elas "são objeto de aferição da existência do direito de ação, referem-se ao Direito Processual Civil em sentido estrito, configurando-se como matéria de ordem pública. Em vista disso, pode-se alegar a falta de condições da ação em preliminar de contestação (art. 301, X, CPC) ou em qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, já que sobre essa matéria não ocorre preclusão (art. 267, § 3º, CPC e art. 301, § 4º, CPC). Aliás, como se trata de matéria de ordem pública, o juiz deve pronunciar-se *ex officio*, sobre ela, independentemente de provocação da parte".[41]

O juiz, portanto, deve declarar a carência de ação assim que a reconhecer. Todavia, caso ainda não o tenha feito e, no curso do processo, sobrevenha a condição da ação faltante, o magistrado, por questão de economia processual, deve se manifestar sobre o mérito da demanda (art. 462, CPC).

O mesmo raciocínio deve ser aplicado no caso contrário, quando uma das condições da ação deixe de existir durante o processo. Este deverá ser extinto sem o julgamento do mérito. É o que a doutrina costuma chamar de carência superveniente.[42, 43]

40 Cândido Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil, II, p. 313.

41 Nelson Nery Júnior, *in* Condições da Ação, Repro 64, p. 34.

42 Segundo Joel Dias Figueira Júnior, as "condições da ação devem estar presentes no momento da sua (ação) propositura. Todavia, se desaparecerem durante o curso do processo, da mesma maneira será o autor declarado *carecedor*", *in* A Metodologia no Exame do Trinômio Processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, Repro 72, p. 339.

43 *"Processual Civil. Recurso Ordinário em mandado de segurança. ICMS. Comércio varejista de mercadorias em geral. Regime de estimativa. Lei estadual nº 5.541/97. Suspensão da eficácia. Revogação pela lei estadual nº 6.032/99. Carência de ação. Fato superveniente. Perda de objeto. Extinção do processo, sem exame do mérito. Precedentes. 1. Ocorrendo a revogação de artigos de lei que instituíram o regime de estimativa, objeto do presente 'mandamus', tem-se por extinto o feito, sem exame do mérito, ante a perda superveniente do interesse processual. 2. 'Em exame restrito ao âmbito processual, incontroversa a revogação da lei acoimada de inconstitucional no curso da ação e antes do seu julgamento, exauridos os seus efeitos, desaparece o interesse de agir, ficando sem objeto a continuação do processo' (Resp nº 173467/SE, 1ª Turma, DJ de 14/12/1998, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA). 3. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior. 4 Recurso não provido* (STJ, ROMS 17360/ES, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 14/06/2004, p. 00159).

A teoria de Liebman, nos termos acima expostos, é a adotada pelo Código de Processo Civil vigente, que se refere expressamente à categoria das condições da ação e, principalmente, determina que a ausência de qualquer uma delas leve à extinção do processo sem o julgamento do mérito (art. 267, VI).

III.2.3 O Direito de Ação para a Teoria de Liebman

Uma das maiores críticas recebidas pela teoria de Liebman assemelha-se à crítica por ela mesma realizada à teoria concreta, ou seja, se somente existe ação quando preenchidas as condições da ação, como explicar o fenômeno processual ocorrido entre a propositura da demanda e o reconhecimento da carência da ação?

Para afastar tal crítica, Liebman elaborou uma construção baseada em duas categorias ou estágios distintos do direito de ação: o primeiro, chamado de direito de ação constitucional, ou direito de demandar, ou direito de petição, refere-se ao direito de ação amplo, totalmente abstrato e incondicionado, previsto pela Constituição Federal; o segundo, chamado de direito de ação processual, vincula-se à situação jurídica de direito material trazida pelo autor e está condicionado à existência das condições da ação. [44]

44 "Nosso Código de Processo Civil acolheu também nesse particular a doutrina de Liebman, para fixar os requisitos da ação válida destinada à obtenção de uma sentença de mérito, favorável ou desfavorável. Por isso se diz que o *direito de ação* é totalmente *abstrato* e a *ação* propriamente dita, como efetivo exercício daquele direito, é relativamente *abstrata*", Joel Dias Figueira Júnior, *in* A Metodologia no Exame do Trinômio Processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, Repro 72, p. 338.

Examinemos com maior cautela essa construção.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV enuncia que "XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A este dispositivo, incluso no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo, a doutrina de Liebman chama de direito constitucional de ação que decorre do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Ora, uma vez que o Estado tomou para si o poder de solucionar os conflitos privados, restringindo a hipóteses mínimas os casos de permissão da autotutela, ele deve garantir a todo o cidadão o direito de ingressar em juízo para a proteção de seu direito de lesão ou ameaça dela.

Os adeptos da teoria de Liebman, entretanto, entendem que o direito de ação não pode ser visto somente sob a perspectiva constitucional, ou seja, despido de qualquer conteúdo. Ele só passa a ter alguma função, quando relacionado a uma situação de fato. Desenvolveu-se, nesse ponto, a teoria do direito processual de ação.

O direito processual de ação, nesse contexto, é um direito que o autor tem em face do Estado, de natureza pública, de obter um pronunciamento deste sobre a sua situação jurídica concreta.[45, 46] Não é um direito incondicionado, mas sim dependente do preenchimento de determinados requisitos.

45 Segundo ensinam Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, "trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza *abstrata* (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental*, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é *conexo a uma situação jurídica concreta*", *in* Teoria Geral do Processo, p. 254.

46 No mesmo sentido, Thereza Alvim, "O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (segundo o qual *"a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito"*) dá o âmbito do direito de ação no nosso ordenamento jurídico, de modo que toda e qualquer pessoa terá o direito de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, direito de ação, na sua acepção mais ampla. Desse modo, no plano jurídico-constitucional, onde originária e primariamente se situa a ação, consubstancia-se ela num direito autônomo e absolutamente abstrato consistente no direito que tem o indivíduo de pedir tutela jurisdicional ao Estado, relativamente, a uma pretensão, podendo dessa ação, a nível constitucional, nascer a ação do processo civil. Trata-se, no caso concreto, do chamado direito de petição, ou direito constitucional de ação, totalmente incondicionado à verificação da existência de qualquer condição. No entanto, não se confunde esse direito de ação constitucional ou direito de petição, com o direito de ação concebido como instituto processual. Este, instituto de direito processual, constante, pois, de lei processual, tem seus requisitos de exercício (=condições da ação) também traçados pela lei processual. O escopo da ação é a obtenção da prestação jurisdicional, favorável ou não à pretensão veiculada; e as condições da ação as categorias lógico-jurídicas, existentes em doutrina e, muitas vezes, como em nosso direito positivo, na lei, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito. Dessarte, o que aciona a jurisdição é o exercício do direito constitucional de ação (de petição) e este é que dá nascimento ao processo. Tanto é assim que processo pode existir, até mesmo já estar completo através da citação do réu, e ser o autor carente de ação (ação processual civil) em não preenchendo as condições desta última, tendo sido acionada a jurisdição através do exercício do direito constitucional de ação (de petição, portanto). Em suma: o direito de petição é direito público abstrato que se subjetiva em todos e cada um incondicionadamente; ao passo que a ação processual civil, a despeito de também ser direito público subjetivo, tem seu exercício condicionado. No caso de o autor não ter preenchido as condições da ação e de ter o processo acabado, pois, sem que o mérito tenha sido julgado, o autor terá, legitimamente, exercitado o seu direito de petição, e não o direito de ação propriamente dito, exatamente por não estarem preenchidas as condições para exercê-lo, condições estas concretamente definidas no Código de Processo Civil", *in* O direito processual de estar em juízo, p. 11-12.

Esses requisitos aos quais o direito processual de ação está condicionado são as condições da ação. Elas são o elo que une o direito material e o direito processual.

Com esta construção, os que defendem a teoria de Liebman, explicam o fenômeno que ocorre quando um processo é extinto por ausência de uma condição da ação. Nesta hipótese, o autor teria exercido seu direito constitucional de ação, ou direito de demandar, mas não teria o chamado direito processual de ação, ou seja, direito a que o Estado se pronuncie a respeito da situação jurídica de direito material contida na demanda.

Segundo Cândido Dinamarco, "existe, como se vê, uma escalada de intensidade entre os poderes e faculdades de que o Estado municia

as pessoas para a defesa de seus interesses, de modo que (a) todos têm a faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparados pelas condições da ação; b) tem o direito de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; c) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado (no processo de conhecimento, fará jus à sentença favorável)". [47, 48]

III.3. A Visão Assertista

Modernamente surgiu, ainda, um terceiro posicionamento no tocante às condições da ação: a chamada visão assertista. Os defensores dessa nova teoria tentam encontrar uma solução às severas críticas sofridas pela teoria de Liebman sem, contudo, adotar totalmente as idéias abstratas, em sua forma pura.

Difícil, portanto, classificar esse novo entendimento. Há quem sustente que os assertistas são partidários da teoria de Liebman; por

47 Cândido Rangel Dinamarco, *in* Execução Civil, p. 371.

48 Criticando a teoria concreta e a teoria de Liebman, Ovídio Batista da Silva, que desenvolve construção distinguindo direito subjetivo, pretensão e ação, tanto no âmbito material, quanto no âmbito processual, sustenta que "o erro fundamental de ambas as teorias, tanto a do chamado 'direito concreto de ação', quanto desta última (teoria de Liebman), está na confusão entre ação e direito subjetivo; ou ainda entre direito subjetivo e pretensão. A doutrina confunde, de um modo geral, quando trata do conceito de 'ação' processual, o **'direito subjetivo de acesso aos tribunais'** com o exercício efetivo e concreto deste direito, através da 'ação'. Ora o **'direito de acesso aos tribunais'**, como temos insistentemente afirmado, ainda não é **ação**, mas simples **estado** de quem tem direito subjetivo e que tanto pode estar, como ocorre entre nós, num texto de direito privado (art. 75 do Código Civil), quanto em algum preceito constitucional, ou até mesmo não estar expresso em qualquer regra jurídica escrita, porque o direito de ser ouvido pelos tribunais é princípio imanente e insuprimível em toda e qualquer comunidade estatal", *in* Curso de Processo Civil (processo de conhecimento), p. 83-84.

outro lado, defendem outros que suas idéias se aproximariam mais da teoria abstrata pura.[49]

Diante dessa dificuldade de enquadramento, preferiu-se estudar a construção assertista separadamente, sem inseri-la como ramificação de nenhuma das duas teorias acima expostas. É o que se fará a seguir.

Para os assertistas, o juiz deve examinar a presença das condições da ação no direito afirmado pelo autor na petição inicial. Ou seja, o juiz deve verificar, *in statu assertionis*, se o pedido é possível, se a parte é legítima e se há interesse no processo.

Os que entendem que a visão assertista seria "derivada" da teoria de Liebman argumentam que ela não se distancia de suas premissas maiores. Assim, as condições da ação seriam também uma categoria intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito e que impedem a apreciação deste último.

Para essa posição, entretanto, e esta é a principal diferença com o entendimento tradicional, só seria decisão a respeito das condições da ação aquela que o juiz proferisse tendo em vista unicamente as alegações do autor, na inicial. Uma decisão fruto de uma cognição sumária, sem que tenha havido qualquer espécie de instrução.[50]

49 Segundo Kazuo Watanabe, que denomina a teoria assertista de abstratista, "se acaso admite a aferição *in statu assertionis* das condições da ação, o entendimento esposado é muito mais de abstratista do que de eclético (teoria de Liebman). Talvez a filiação ao 'ecletismo' seja por um aspecto parcial, como o ligado à natureza da atividade exercida pelo juiz quando este conclui pela carência de ação, ou por alguma particularidade. O importante é deixar bem ressaltado que a aceitação das condições da ação pelos abstratistas somente será possível nos termos expostos, vale dizer, *in statu assertionis*", *in* Da Cognição no Processo Civil, nota 118, p. 88.

50 Joel Dias Figueira Júnior ensina que "Como a ação pertence a uma categoria dinâmica e independente, a análise desses requisitos deve ser dissociada do direito substantivo e da relação processual. As condições da ação devem ser consideradas na hipótese figurada na inicial pelo autor, levando-se em conta a situação fáctica e o direito alegado, em tese. Não se pode avaliar a possibilidade ou admissibilidade jurídica de um pedido, a legitimação *ad causam* ou o

Segundo Bedaque, "devem as condições da ação ser analisadas em tese, isto é, sem adentrar ao exame do mérito, sem que a cognição do Juiz se aprofunde na situação de direito substancial. Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertionis*. Apenas por exceção se concebe a análise das condições da ação após esse momento: é que algumas vezes não há elementos para que tal ocorra naquele instante. Desde que a cognição permaneça nos limites formulados (análise em tese, no condicional), permanecerá no âmbito das condições da ação".[51]

As condições da ação possuiriam um caráter eminentemente instrumental, pois a verificação da sua ausência através de cognição não exauriente, impediria desde já o desenvolvimento de um processo não apto a chegar a seu fim, qual seja, um provimento sobre o mérito do processo, que conceda a qualquer das partes a tutela jurisdicional, única capaz de solucionar o conflito e pacificar as relações sociais.[52]

interesse de agir se não for cotejada, abstratamente, a relação de fato ou jurídica e o direito articulado na peça inaugural. Isso não significa enveredar pelo caminho da análise do mérito e tampouco configura qualquer perigo de prejulgamento da causa. Toda perquirição é feita hipoteticamente; a análise destina-se apenas à averiguação da presença dos três requisitos indispensáveis de existência da ação válida, dentro da questão descrita pelo autor", *in* A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. Repro 72, p. 339.

51 Bedaque, *in* Condições da Ação e Pressupostos Processuais, Justitia 53 (156), p. 54. Barbosa Moreira, ao discorrer sobre a legitimidade da ação, expõe a idéia do assertismo nos seguintes termos: "O exame da legitimidade, pois - como o de qualquer das 'condições da ação' –, tem de ser feito *com abstração* das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, *à vista do que se afirmou*. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória", *in* Temas de direito processual, v. I, p. 200.

52 Para Bedaque, "Caso não preenchidas essas condições, todas analisadas à luz da relação jurídica substancial afirmada, o juiz pode obstar ao desenvolvimento

Estaria o caráter instrumental das condições da ação evidenciado principalmente pela aplicação do princípio da economia processual, pois o reconhecimento da ausência de qualquer uma delas impediria, sem a necessidade da instrução, o prosseguimento de um processo inócuo.

O processualista italiano Mandrioli fala em hipotética acolhibilidade da demanda (*ipotetica accoglibilità*) como único requisito que englobaria as condições da ação e que corresponderia à aptidão que ela apresenta, *prima facie*, de fazer com que o juiz chegue ao exame do mérito. [53]

do processo, privando o autor de um provimento incidente sobre a situação da vida relatada. Trata-se de mecanismo que possibilita evidente economia processual, na medida em que permite a extinção de um processo cuja viabilidade para pacificar aquela situação da vida não se mostra, ao menos, razoável. Essa concepção das condições da ação parece ser a única compatível com a teoria abstrata. Isto é, a visão abstrata, que existe independente da efetiva existência do direito material pleiteado por seu intermédio, se a análise da situação da vida permanecer no plano condicional, *in statu assertionis*. O autor terá direito ao provimento judicial se preencher essas condições, cujo exame será feito à luz dos fatos descritos na inicial", *in* Direito e Processo, p. 77-78.

53 Para ele "in realtà, e come appare già evidente al solo lume del buon senso, se la domanda vuol aspirare ad essere accolta, deve contenesse la rappresentazione o esposizione o affermazione che un diritto sostanziale esiste; che esso appartiene a colui che chiede la tutela, e che è abbisognevole di tutela. Solo a tali condizioni, infatti, avrebbe senso, per il giudice, l'incominciare a svolgere quell'attività che dovrebbe condurlo alla pronuncia sul merito della domanda, attraverso un esame della verità di quanto affermato (più precisamente: dei fatti costitutivi affermati) nella domanda stessa. In caso contrario (se cioè la domanda non contenesse l'affermazione che esiste un diritto o contenesse l'affermazione che questo diritto non appartiene a colui che chiede la tutela, o che questo diritto non ha bisogno di tutela perché nessuno l'ha violato) il giudice non avrebbe alcun motivo di riscontrare la verità di quanto esposto, e cioè di proseguire nel processo, perché – veri o non veri i fatti affermati nella domanda –, la domanda stessa non potrebbe comunque essere accolta per quanto già risulta proprio dalla domanda. La logica vuole, dunque, che la '*non accoglibilità*' della domanda risultante dalla mancanza di uno dei requisiti sopra accennati (che, come si è veduto, condizionano tale accoglibilità sul piano logico), imponga al giudice di arrestarsi dando atto di tale mancanza con una pronuncia 'sul merito'; mentre solo l'"*accoglibilità ipotetica*' (ipotetica: ossia, per

Tendo, portanto, os fatos e fundamentos jurídicos afirmados pelo autor na inicial preenchido as condições da ação, poderá o juiz examinar o mérito da demanda que vai dizer respeito também à veracidade desses mesmos fatos.

Alguns partidários da teoria assertista defendem uma outra diferença em relação à teoria de Liebman. Segundo eles, caso o juiz entenda que não está presente alguma condição da ação, não haveria propriamente carência de ação, pois o direito de ação existe sempre, uma vez que garantido pela Constituição Federal. As condições da ação não seriam, nesse sentido, requisitos para a existência do direito de ação, mas sim simples requisitos para o julgamento do mérito da demanda.

Kazuo Watanabe defende esse entendimento, sustentando que as condições da ação "seriam *'condições' para o julgamento do mérito da causa*, impostas basicamente por questões de economia processual, e não condições para a existência da ação".[54]

São várias as críticas feitas à visão assertista das condições da ação. A maior delas diz respeito ao fato de que a matéria que o juiz examinará será a mesma, independentemente do seu conhecimento se dar no início do processo ou no saneamento ou mesmo na sentença. O momento em que essa matéria será apreciada não pode alterar a sua natureza. Em outros termos, se uma questão tem a natureza de condição da ação, ela será condição da ação qualquer que seja a fase processual em que o juiz á aprecie. O mesmo se diz quanto à questão de mérito.[55]

Todavia, há um certo equívoco, neste aspecto, em relação ao que defende a teoria assertista. Para os adeptos desse entendimento, o que importa para a caracterização ou não de uma condição da ação não é o momento do seu conhecimento, mas sim o grau de cognição realizada pelo juiz quando da sua aferição.

A sentença de carência de ação, para os assertistas, pode ser proferida em qualquer fase do procedimento, mas para que não caracterize exame de mérito, a análise do preenchimento ou não das condições da ação deve ser feita à luz do afirmado pelo autor na petição inicial, com cognição sumária.

É certo que na maioria das vezes, tal perquirição é realizada no início do processo, mas a pedra de toque da teoria assertista não é o momento procedimental em que é proferida a sentença de carência de ação, mas o grau de cognição do juiz quando da prolação de tal sentença.

III.4. A Doutrina Brasileira

A teoria de Liebman foi, sem dúvida a que mais influenciou a doutrina processual brasileira. Em verdade, foi a vinda do Ilustre pro-

l'ipotesi che i fatti affermati siano per risultare veri) conseguente alla presenza di quei requisiti, può consentire al giudice lo svolgimento di quella sua ulteriore attività processuale che dovrà condurlo alla pronuncia sul merito. Il che significa che solo in presenza di quei requisiti l'esecizio del potere di proporre la domanda – che spetta a 'tutti' – può, azinchè esaurirsi in una immediata e sterile pronuncia 'sul processo', introdurre l'ulteriore serie processuale di situazione e di atti fino alla pronuncia 'sul merito' e cioè – com particolare riguardo a colui che ha proposto la domanda – introdurre quella ulteriore serie di suoi poteri col cui esercizio si attua, fino alla pronuncia sul merito, l'"agire' di chi ha proposto la domanda, o, in altri termini, la sua 'azione'", Mandrioli, *in* Corso di Diritto Processuale Civile, p. 47-48.

54 Kazuo Watanabe, *in* Da Cognição no Processo Civil, p. 58.

55 Para Cândido Dinamarco, "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 o 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 a sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta (...) a circunstância puramente ocasional de o juiz não haver extinto o processo de imediato não transmuda as coisas. A única conseqüência prática é que processo terá durado mais", Cândido Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. II, p. 313-314.

fessor para o Brasil, na década de 40, que fez com que a ciência processual pátria se desenvolvesse.

Fácil deduzir, portanto, que o pensamento processual brasileiro, quando da sua formação, calcou-se nas idéias de Liebman. Alfredo Buzaid[56], seu discípulo, ao elaborar o Código de Processo Civil de 1973 revelou enorme influência do Mestre, pois o Código de Processo Civil adotou inteiramente a sua teoria, dispondo em seu art. 267 que: "Extingue-se o processo, sem o julgamento do mérito: VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual".

Para o nosso ordenamento jurídico são três as categorias fundamentais relacionadas ao objeto de cognição do juiz (trinômio de questões): os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito.[57] Somente estando presentes as duas primeiras é que o juiz poderá analisar a pretensão do autor. A ausência de qualquer das condições da ação impede que o mérito da demanda seja conhecido.

Diante do positivado, a maioria dos doutrinadores pátrios endossa a teoria de Liebman, também denominada por alguns de

56 "Liebman, que era lente catedrático de Direito Processual Civil na Itália, veio para o Brasil, em meados dos anos 40, e aqui deu nascente ao maior movimento jurídico-científico nacional, que ficou conhecido como a 'Escola Processual de São Paulo', pelo qual difundiu suas idéias. Herdeiro direto dos ensinamentos de Wach e Chiovenda, o professor peninsular elaborou teoria, posteriormente nomeada 'Eclética', cujo estudo é de grande importância, já que influenciou a fundo o pensamento de um de seus mais eminentes discípulos, o Ministro Alfredo Buzaid, a tal ponto que o nosso Código de Processo Civil deu guarida absoluta à sua tese, fato este expressamente reconhecido pelo próprio Buzaid", Márcio Luiz Fogaça Vicari, Breves Considerações sobre a Ação, *in* Jurisprudência Catarinense 72, p. 83.

57 Para Cândido Dinamarco "a cognição do juiz, no processo de conhecimento, tem por objeto um trinômio de questões incluindo aquelas sobre a regularidade do processo mesmo (v.g., os pressupostos processuais), as que versam sobre as condições da ação e, finalmente, as questões de mérito", *in* Litisconsórcio, p. 187.

teoria do trinômio (pressupostos processuais/condições da ação e mérito).[58, 59]

Entretanto, apesar do disciplinado art. 267, VI, do Código de Processo Civil, existem diversos defensores da teoria abstratistas pura. A doutrina denomina a posição por eles sustentada de teoria do binômio, pois, para os seus adeptos, são objeto de conhecimento do juiz duas ordens de questões: os pressupostos processuais e o mérito. As condições da ação se incluiriam na análise das questões de mérito e seriam examinadas logo após a verificação da existência dos pressupostos processuais.[60]

Dentre os autores que defendem a teoria do binômio estão Galeno Lacerda, Adroaldo Furtado Fabrício, Ovídio Baptista da Silva, Fábio Gomes e Calmon de Passos. Para o segundo deles, "em termos de *ius positum*, as condições da ação constituem matéria estranha ao mérito. Isso não impede, porém, que se questionem os critérios do legislador, em nível doutrinário e até com vistas a uma interpretação e análise crítica dos textos que possa eventualmente relativizar a adesão do

58 Ensina Ada Pellegrini Grinover que "ante a posição que se escolha, teremos as denominadas teorias do 'binômio' (enquadrando as condições da ação no mérito) e do "trinômio" (acolhendo as três categorias fundamentais da ciência do processo como autônomas)", *in* Condições da Ação Penal, p. 27-28.

59 Segundo ensina Humberto Theodoro Júnior "não é pacífico, na doutrina, o problema da natureza jurídica das condições da ação. Há correntes que as assimilam ao próprio mérito da causa, e outras que as colocam numa situação intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito da causa. Fala-se, portanto, ora em binômio, ora em trinômio das questões que o juiz há de solucionar no processo. Nosso Código, todavia, optou claramente pela teoria do trinômio, acolhendo em sua sistemática as três categorias fundamentais do processo moderno, como entes autônomos e distintos, quais sejam, pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa", *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar, Repro 50, p. 13.

60 Segundo Araken de Assis, "Reserva-se às condições da ação, na teoria abstrata, uma função assaz restrita. Verificada a presença dos pressupostos processuais, o juiz proveria 'in senso favorevole o contrario a chi ne há invocato' (Zanzucchi), relegadas as condições da ação a requisitos para uma pronúncia de mérito favorável", *in* Cumulação de Ações, p. 60.

legislador a conceito tão polêmico, ainda sujeito a tormentosa controvérsia e tenaz oposição". [61]

Assim, os defensores da teoria do binômio questionam a posição adotada pelo ordenamento positivo e concluem que decidir sobre a existência ou não das condições da ação é julgar o mérito.[62, 63, 64]

Elas não constituiriam uma categoria autônoma, de natureza processual. Segundo ensina Egas Dirceu Moniz de Aragão, para os que se filiam a esta teoria, "há apenas duas ordens de requisitos a serem examinados pelo Juiz no momento de proferir a sentença: os pressupostos processuais, aos quais concernem todos os assuntos ligados à formação da relação processual, cuja validade fica subordinada à sua presença, e o mérito da causa, neste compreendidas também as condições da ação. Os adeptos dessa opinião entendem que estas últimas não são requisitos necessários à prolação de um julgamento sobre o mérito e sim que constituem o próprio mérito, vale dizer, apreciando-as estará o Juiz dizendo a quem assiste razão; logo, se faltar alguma delas o pronunciamento do Juiz será de improcedência da ação".[65]

Os adeptos da teoria do binômio, porém, não se afastam da perspectiva instrumentalista do processo, na medida em que entendem

61 Adroaldo Furtado Fabrício, *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 16.

62 Galeno Lacerda endossa esse entendimento: "decidir, portanto, a respeito da existência das condições da ação, no que concerne à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, é julgar matéria relativa ao mérito do pedido, a seus fundamentos de direito. Constituem elas requisitos indispensáveis à fundamentação jurídica da pretensão", *in* Despacho Saneador, p. 88.

63 Segundo Calmon de Passos, "Carência de ação é revivescência teimosa da concepção processual ao direito material. E porque somos dos que entendem se deva batalhar por sua autonomia, sempre nos causou repulsa o termo, máxime quando se pretende construí-la com conteúdo que se afirma não seja de direito material, mas de alguma coisa a meio caminho entre o processo e o mérito", *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 367.

64 Entende Márcio Luiz Fogaça Vicari que "dizer o Estado que alguém carece de ação implica, antes de uma violação a um direito constitucional, uma incoerência lógica estupenda", *in* Breves Considerações sobre a ação, p. 87.

65 E. D. Moniz de Aragão, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 317-318.

que o juiz deve apreciar desde logo a petição inicial e verificar a sua aptidão a gerar um processo válido. Se se convencer do contrário, o juiz deve indeferi-la de plano.[66]

A teoria assertista, por sua vez, conta com ilustres adeptos, dentre eles, Barbosa Moreira, Bedaque, Machado Guimarães, Hélio Tornaghi e Kazuo Watanabe. Apesar de minoritária, começa a ganhar peso na doutrina e a ser conhecida pela jurisprudência. [67]

O grande mérito da teoria assertista é refutar as críticas da teoria de Liebman sem, contudo, adotar a teoria abstrata pura que se mostra incompatível com o atual Código de Processo Civil.

Ao analisar os argumentos dos abstratistas puros, que aproximam a teoria de Liebman da teoria concreta da ação, Kazuo Watanabe demonstra que a adoção da teoria assertista afasta a procedência de tais críticas. Segundo esta autor "a procedência dessas críticas (a teoria de Liebman) está na dependência da adoção, pelos defensores da teoria eclética, dos seguintes pontos: a) as condições da ação são pressupostos para a existência da ação e, à falta de qualquer delas, inexistirá o direito de ação e por isso, quando o juiz pronuncia a 'carência de ação', nem mesmo haverá processo, mas mero fato, e o juiz não terá exercido função jurisdicional; b) as condições da ação devem ser

66 Adroaldo Furtado Fabrício esposa esse entendimento. "Ao juiz pesa o dever de, tão pronto lhe seja submetida a petição inicial, examinar, ainda que sumariamente, a sua *aptidão* para servir de ponto de partida à formação do processo e, sobretudo, de molde a uma sentença de mérito, já que dita peça se constitui em um 'projeto' de sentença, segundo a expectativa de quem a oferece. Convencendo-se de que ela é *inepta* (vale dizer, não-apta a cumprir sua função específica), a indeferirá, não sem antes esgotar as possibilidades de esclarecimento, emenda ou complementação que a torne aproveitável (CPC, art. 284)", *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 10.

67 Já entendeu o STJ: *"Cobrança de tarifa interurbana pela concessionária de telefonia. Anatel. Legitimidade. Competência. Justiça Federal. 1. Proposta a ação em face da Agência Regulatória Federal, de natureza autárquica, é competente a Justiça Federal. Acaso a pretensão não seja acolhida em face da mesma, a matéria é meritória. A legitimidade afere-se 'in abstrato' ('vera sint exposita'). (...).* (STJ, 1ª Turma, Resp 572906/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/06/2004, p. 00199).

aferidas segundo o que vier a ser comprovado no processo, após o exame das provas, e não apenas tendo-se em consideração a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (*in statu assertionis*), com abstração, pois aquela posição levaria às condições da ação concreta, ligadas à situação de fato efetivamente existente e evidenciadas através de provas, e não apenas afirmadas e consideradas em abstrato".[68]

Assim, a teoria assertista afasta as críticas realizadas a Liebman e, ao mesmo tempo, compatibiliza-se com o ordenamento jurídico vigente. Além disso, esse entendimento potencializa o caráter instrumental das condições da ação, que teriam a importante função de impedir a continuação de uma demanda que, desde já, mostra-se incapaz de prosperar.

68 Kazuo Watanabe, *in* Da Cognição no Processo Civil, p. 57.

Condições da Ação em Espécie

I. As Condições da Ação em Espécie na Visão de Liebman

Postas estas premissas no que concerne ao pensamento contemporâneo sobre a ação, cabe iniciar o exame das condições da ação especificamente.

Primeiramente, será realizado o estudo do conceito tradicional de cada uma das condições da ação. Será exposta a estrutura de cada uma delas segundo o pensamento clássico de Liebman, que a elas deu tanta importância.

Por fim, demonstrar-se-ão as alterações que estes conceitos sofrem, ao se adotar a perspectiva assertista.

Qualquer que seja a posição adotada, são três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimação *ad causam* e interesse processual[69]. Examinemos cada uma delas a seguir.

I.1. Possibilidade Jurídica do Pedido

Inicialmente, a possibilidade jurídica do pedido era conceituada como a admissibilidade da pretensão pleiteada ao juiz, tendo em vista o ordenamento jurídico vigente num Estado. Era a existência, no ordenamento jurídico, de norma que tutelasse o direito pleiteado pelo autor.

Todavia, como a regra do direito privado é a de que tudo o que não está proibido está permitido, a doutrina processual passou a entender que somente haveria a impossibilidade jurídica do pedido se o ordenamento jurídico proibisse, expressa ou implicitamente[70], a pretensão do autor.

69 O Código de Processo Civil, no seu art. 267, VI, parece dar a entender que existiriam outras condições da ação que não as três por ele arroladas. Todavia a doutrina até hoje não encontrou outra condição da ação além da impossibilidade jurídica do pedido, da legitimidade de agir e do interesse de agir.

70 "O veto pode ser explícito: seria o clássico exemplo da cobrança de dívida de jogo, ou de pedido de condenação do réu à prestação de trabalho escravo. Mas também pode ser implícito, inferível do sistema, como no caso do ocupante de cargo em comissão que buscasse declaração judicial de sua estabilidade", Adroaldo Furtado Fabrício, *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 16.

Nesse sentido, ensina Moniz de Aragão que "se o caso for de ausência de um preceito que ampare em abstrato o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica (...). Não havendo veto há possibilidade jurídica; se houver proibição legal não há possibilidade jurídica (...). A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão legal que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltará uma das condições da ação".[71,72]

Relevante mencionar o entendimento de Cândido Dinamarco em relação à possibilidade jurídica do pedido. Para ele, a possibilidade jurídica deve ser verificada em relação aos três elementos da demanda, ou seja, não deve haver vedação legal em relação ao pedido, à causa de pedir e às partes da demanda proposta pelo autor, pois são inúmeros os casos em que a impossibilidade não reside no pedido propriamente dito (*petitum*), mas sim em um dos outros dois elementos da demanda. No pedido de condenação do réu ao pagamento de de-

71 E. D. Moniz de Aragão, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 560 e 563. Essa é a posição também defendida por Bedaque, *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação, p. 54-55.

72 Segundo Joel Dias Figueira Júnior, a possibilidade jurídica do pedido "importa a demonstração, por parte do Autor, de que para o tipo de pedido formulado existe abstratamente uma norma que prevê a hipótese ventilada, tornando-o teoricamente possível, ou, apenas, de que não existe qualquer proibição normativa sobre a pretensão articulada (...). Ampliando a concepção do Prof. Buzaid, numa espécie de variante do entendimento por ele adotado, pode-se conceituar a possibilidade jurídica do pedido como *a admissibilidade jurídica abstrata da pretensão formulada, isto é, a viabilidade jurídica do pedido*", *in* A Metodologia no Exame do Trinômio Processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, Repro 72, p. 340.

terminada quantia, por exemplo, decorrente de dívida de jogo, o que é impossível é a causa de pedir e não o pedido em si.

Em função desse raciocínio, Cândido Dinamarco prefere falar em possibilidade jurídica da demanda, pois deve haver compatibilidade de cada um dos seus elementos com a ordem jurídica (partes, pedido e causa de pedir) para que sejam preenchidas as condições da ação.

Nas palavras deste autor, "É sistematicamente correto, portanto, pensar na demanda como um todo e não apenas em um de seus componentes, como sede do obstáculo que se caracterizará como impossibilidade jurídica e carência de ação. Falemos, portanto, em *impossibilidade jurídica da demanda* e não apenas do pedido. Isso permite que se compreenda por que às vezes é algo referente ao próprio *petitum* que exclui a ação e impede o exercício consumado da jurisdição, outras vezes, é algo situado na *causa petendi* (dívida de jogo), outras é alguma especial condição da pessoa (não se faz execução contra pessoa jurídica de direito público)".[73, 74, 75]

Seguindo o mesmo raciocínio, Calmon de Passos prefere distinguir entre impossibilidade jurídica absoluta e relativa. Seria absoluta a impossibilidade quando o autor pede o que, em tese, é vedado pelo ordenamento jurídico.

73 Cândido Dinamarco, *in* Execução Civil, p. 387.

74 Nelson Nery Júnior a esse respeito ensina que "deve entender-se o termo 'pedido' não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas sim conjugado com a causa de pedir. Assim, embora o pedido de cobrança, estritamente considerado, seja admissível pela lei brasileira, não o será se tiver como *causa petendi* dívida de jogo (art. 1.477, *caput*, do Código Civil)", *in* Condições da Ação, Repro 64, p. 37.

75 Calmon de Passos também sustenta esse entendimento. Para ele, "não se pode abstrair da causa de pedir para a construção do conceito de possibilidade jurídica", *in* Em torno das Condições da Ação – A Possibilidade Jurídica, Revista de Direito Processual Civil 4, p. 63. Dá como exemplo a hipótese de pedido de nulidade de casamento fundada em incompatibilidade de gênios. Nesse caso, o provimento jurisdicional pleiteado é, em tese, possível, mas a causa de pedir em que este se funda não conduzirá ao seu acolhimento.

No tocante à impossibilidade relativa, o autor, dando como exemplo a dívida de jogo, diz que "o pedido é juridicamente impossível, não em termos absolutos, porque inexistente o tipo de tutela reclamado, mas em relação ao caso concreto".[76]

Para este autor, quando a impossibilidade jurídica recaísse no pedido, seria absoluta; por outro lado, se a impossibilidade jurídica se referisse à causa de pedir, denominar-se-ia relativa. A hipótese de impossibilidade jurídica das partes não é mencionada.

Apesar de todo estudo realizado em torno do conceito de possibilidade jurídica do pedido, o próprio Liebman, que tanta importância concedeu às condições da ação, nas edições mais recentes do seu Manual deixou de incluir a possibilidade jurídica no seu rol. Tal mudança de pensamento se deve, principalmente, ao fato de que, em 1970, entrou em vigor na Itália a lei que instituiu o divórcio. Como esse era o principal exemplo que o Mestre dava aos seus alunos de impossibilidade jurídica do pedido, sentiu-se desencorajado a continuar sustentando a autonomia dessa categoria de condição da ação.[77]

Para o eminente autor, os casos de impossibilidade jurídica deveriam passar a ser incluídos dentre as hipóteses de ausência de interesse de agir.

O Código de Processo Civil, contudo, não incorporou esse entendimento e incluiu, dentre o rol das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido (art. 267, inc. VI).

76 Calmon de Passos, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, p. 204.

77 Como narra Cândido Dinamarco, "Sucede que, tendo entrado em vigor na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio (lei nº 898, de 1.12.70), na 3a edição do seu *Manuale* o autor sentiu-se desencorajado a continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal, esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda); e nisso tudo vê-se até certa ironia das coisas, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha a lume o novo Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de Liebman com as suas três condições, surgia também o novo posicionamento do próprio pai da idéia, renunciando a uma delas (cfr. Dinamarco, *Dir. proc. Civ.*, cit, nº 7, "C", p.20)", *in* Liebman, Manual de Direito Processual Civil, p. 160-161.

Presente no nosso ordenamento jurídico, portanto, a condição da ação possibilidade jurídica do pedido, com inúmeros exemplos de sua ausência encontrados na doutrina e na jurisprudência, como pedido de pagamento de dívida prescrita, divórcio direito sem o cumprimento de dois anos previstos pela Constituição etc.

Todavia, conforme alerta o Professor Cândido Dinamarco, a "impossibilidade jurídica constitui fator limitativo do acesso à justiça e, por isso, é preciso tratar com toda indispensável sensibilidade política e social o tema da possibilidade jurídica como condição da ação (...). A crescente e visível tendência moderna à *universalização da jurisdição* desautoriza o abuso de bolsões de direitos ou interesses não-jurisdicionalizáveis e impõe que na maior medida possível possa o Poder Judiciário ser legítimo e eficiente portador de tutela a pretensões justas e insatisfeitas. O exagero na exclusão da jurisdicionalidade alimentaria a *litigiosidade contida* e, com isso, minaria a realização de um dos objetivos do Estado". [78]

O magistrado, portanto, deve ser cauteloso ao analisar uma hipótese em que se alegue ou se discuta a impossibilidade jurídica do pedido, pois uma interpretação ampliativa nessa seara implicaria o fechamento das portas do Poder Judiciário aos cidadãos, o que afrontaria a garantia contida no art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal e se configuraria conduta totalmente contrária à atual fase instrumentalista do processo.

I. 2. Interesse de Agir

A segunda condição da ação é o chamado interesse de agir. Consiste ele na utilidade da tutela requisitada, na aptidão do provimento jurisdicional a melhorar a situação da vida do autor.

Liebman conceitua interesse de agir como "a *relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido*". Entende ainda o autor que "o interesse de agir é representado pela

78 Cândido Dinamarco, *in* Execução Civil, p. 383.

relação entre e situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito". [79, 80]

Para que haja interesse é preciso que a tutela jurisdicional seja necessária para o autor, ou seja, que ele não possa conseguir o bem da vida sem a tutela requisitada. Por exemplo, não há necessidade de tutela ao credor de uma obrigação se o devedor está disposto a adimpli-la nos termos do desejado pelo mesmo credor. A idéia de necessidade está ligada à exigibilidade da prestação do réu pelo autor, tendo em vista o inadimplemento do primeiro. [81, 82]

79 Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 155-6.

80 Para Cândido Dinamarco, "o interesse de agir, como condição da ação, traduz-se, em última análise, na *coincidência entre o interesse do Estado e o do demandante*. É indispensável que, ao mesmo tempo em que se antevê para este um benefício a ser obtido mediante o provimento jurisdicional (tutela jurisdicional), também para o Estado seja este em tese capaz de trazer vantagens (pacificação social, atuação da ordem jurídica *etc.*). Esse contexto de idéias explica o emprego do adjetivo *legítimo*, a qualificar o interesse processual. Sem a coincidência de interesses, geradora da suficiência da utilidade do provimento a critério do Estado, inexiste a legitimidade do interesse do particular em face do sistema jurídico. Falar apenas de *interesse de agir* como condição da ação significa, portanto, dizer simplesmente o que na realidade e por extenso se chama *legítimo interesse processual de agir*", *in* Execução Civil, p. 405-406.

81 Segundo ensina Bedaque, "Muitas vezes a necessidade da tutela jurisdicional verifica-se com a mera alegação de incidência da hipótese legal, na medida em que inexiste outro meio de se obter o resultado pretendido. São as chamadas ações constitutivas necessárias (p. ex., anulação de casamento), em que a atividade jurisdicional constitui a solução primária para a pretensão. Há casos, porém, onde a solução extrajudicial é perfeitamente possível, somente sendo necessário o recurso ao órgão jurisdicional quando a atuação da lei não se verifica voluntária e espontaneamente", *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação, Justitia 53(156), p. 56.

82 Provado deve estar o dano sofrido pelo autor. Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência: *"Ação declaratória. Caso em que o autor carece de interesse para agir, à míngua da incerteza jurídica e do dano para que ele pudesse obter a declaração judicial. Indeferimento da petição inicial. Recurso não conhecido"* (STJ, RESP 37762/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nelson Naves, DJ 11/09/95, p. 28824). No mesmo sentido: *"Civil.*

Há quem sustente que a existência de um interesse-adequação se refere ao provimento jurisdicional pleiteado pela parte. Para esses doutrinadores, o ordenamento jurídico oferece ao autor uma série de tutelas jurisdicionais, cada uma delas adequada a resolver uma determinada situação concreta. Caberá a ele a escolha da tutela própria para o seu caso, sob pena de, escolhendo tutela inapta para o fim pleiteado, ser carecedor de ação.

Nesse sentido, um provimento declaratório é o adequado para pôr fim a uma crise de certeza; um provimento constitutivo, para uma crise de situação jurídica; um provimento condenatório, para crise de inadimplemento etc.

Uma exceção que o Código de Processo Civil estabelece a esta regra está no seu art. 4º, § único, que entende ser *"admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito"*. Permite o CPC, portanto, que ainda que o provimento adequado seja o condenatório, opte o autor pelo provimento declaratório. Fora esta exceção, porém, não haverá interesse, quando o provimento judicial requisitado não é capaz de propiciar ao autor o bem da vida por ele requisitado. [83]

A existência do interesse-adequação, entretanto, não é reconhecida por todos os processualistas. De fato, esta condição pode facilmente ser incluída dentre os pressupostos processuais. Ora, a tutela jurisdicional requisitada na petição incial deve ser apta a solucionar a crise de direito material afirmada, pois, caso contrário, o processo será viciado.

Processo Sucessório. Ação de Nulidade. Falta de interesse de agir. Não demonstrado prejuízo, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, por inexistência de interesse de agir" (STJ, RESP 13887/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Dias Trindade, DJ 09/12/1991, p. 18028).

83 Para Cândido Dinamarco, *"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 impossiblidade 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"*, *in* Instituições de Direito Processual Cicil, 2 v., pp. 302-3.

Se, por exemplo, o autor alega na exordial uma crise de adimplemento, mas pede tutela constitutiva, há um vício de adequação procedimental inicial que deve impedir o desenvolvimento válido do processo.

A idéia de interesse está ligada à proibição da autotutela. O interesse do indivíduo em procurar o Estado só surge quando o direito substancial não é mais capaz de eliminar por si a crise existente. A atuação do Poder Judiciário é necessária a partir do momento em que a prestação se torna exigível[84] e o sujeito passivo se recusa a adimpli-la (interesse-necessidade), pois, uma vez vedada a autotutela, o indivíduo terá interesse em buscar nos órgãos jurisdicionais a satisfação da sua pretensão.

Mas, além de precisar da tutela do Estado, é necessário também que o provimento pleiteado pelo autor seja hábil a solucionar a crise por ele trazida à apreciação do órgão de jurisdição. A tutela jurisdicional pedida pelo demandante deve ser adequada para a satisfação da sua pretensão (interesse-adequação). [85]

Humberto Theodoro Júnior sintetiza muito bem a matéria: "o requisito do interesse se explica como uma decorrência do monopólio da Justiça Pública e conseqüente proibição da Justiça privada. Quando se viola um direito ou um pretenso direito, o titular dele tem um interesse em fazer cessar esta violação. Mas este interesse é *primário* e acha-se vinculado diretamente ao Direito substancial. Uma vez, porém, que não se pode reagir com suas próprias forças,

84 Para Cândido Dinamarco, "o conceito de exigibilidade pertence exclusivamente ao direito substancial e ali deve ser desenvolvido e esclarecido. É segundo os critérios deste, portanto, que se deve verificar, em cada caso concreto, se já chegou o momento do recurso aos órgãos da jurisdição ou se ainda é preciso esperar pela satisfação voluntária", *in* Execução Civil, p. 411.

85 "É o interesse de agir condicionado à utilidade potencial da tutela jurisdicional, que consiste na aptidão objetiva do provimento jurisdicional requisitado em conferir alguma vantagem ou benefício jurídico efetivo, segundo o sistema jurídico vigente", Rodrigo Cunha Lima Freire, *in* Condições da Ação: Enfoque sobre o Interesse de Agir, p. 140.

surge a necessidade de valer-se da jurisdição para defender o *interesse insatisfeito*. Aparece, então, um novo *interesse*, secundário e instrumental em relação ao primeiro, e voltado agora para a relação indivíduo-Estado. Este último é o *interesse processual*, que é uma das condições da ação, e que se apura por meio de um *juízo de utilidade* em torno da tutela jurisdicional concretamente pleiteada. Para definir-se a existência ou não do interesse, deve-se analisar o efeito que a parte espera alcançar através da prestação jurisdicional requerida; se, por falta dela, sofrerá um *prejuízo* ou um *dano*, 'não há dúvida de que existe o *interesse* para acionar ou contestar; se tal prejuízo ou dano não existe, dúvida não há de que tampouco existe o interesse'".[86]

Difere, portanto, o interesse primário ou substancial, que tem por objeto a própria prestação de direito material do interesse secundário ou processual, que busca um provimento jurisdicional que possibilite a consecução daquela prestação ou seu equivalente, uma vez que, por alguma razão, o autor não a alcançou e o ordenamento jurídico veda a autotutela.

Segundo Liebman, o interesse de agir "se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. Por exemplo, o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é obter o pagamento dessa importância; o interesse de agir surgirá se o devedor não pagar no vencimento

86 Humberto Theodoro Júnior, *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar, Repro 50, p.15-16.

e terá por objeto sua condenação e, depois, a execução forçada à custa do seu patrimônio".[87, 88]

I. 3. Legitimação "ad causam"

Também chamada de legitimidade para agir, é a correspondência entre as posições da autor e réu na demanda e sujeito ativo e passivo na relação jurídica material. Ela está ligada à aptidão do resultado do provimento jurisdicional em atingir a esfera de relações jurídicas do autor e do réu.[89]

87 Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 154-155.

88 Galeno Lacerda, entretanto, entende que esta diferenciação entre interesse primário e interesse secundário não seria indispensável para a conceituação de interesse de agir. "O interesse em recorrer aos tribunais é, evidentemente, secundário, mediato. Através dele, o que, na realidade, o litigante pretende é a satisfação do interesse imediato, substancial. Ora, não é possível isolar o interesse secundário do primário. Aquele existe em função deste, como efeito segue a causa (...). O esforço da distinção entre interesse mediato, secundário, de recorrer à autoridade judiciária e o imediato, primário, que o inspira e move, não oferece, assim, maior importância para definir o requisito da ação, porque aquele se reduz e dissolve no segundo. Ninguém deverá bater às portas do pretório pelo simples gosto de bater, mas porque há um interesse fundamental que o impele. A existência deste é que importa como condição necessária à ação. E sua presença não implica a do direito material", *in* Despacho Saneador, p. 90/91. No mesmo sentido Satta entende que "il problema dell'interesse ad agire è quello di sapere se, oltre l'interesse sostanziale che determina l'azione, esiste un interesse processuale da esso distinto e con esso non confondibile. Non sembra dubbio che a questa domanda si debba rispondere negativamente: e la stessa definizione tradizionale dell'interesse, che sopra abbiamo riferito, contiene una intima contraddizione, perchè il danno che l'attore soffrirebbe dal mancato esercizio dell'azione non può essere dato che dalla lesione del diritto, che è appunto quella che determina l'interesse ad agire. L'idea dell'interesse sorge dall'illusione dell'esistenza di un diritto distinto dall'interesse, e dalla conseguente illazione che possa darsi una violazione puramente oggettiva del diritto, senza lesione di interesse. Ma che il diritto non sia altro che interesse concreto, che si ricollega a un determinato fatto, ipotizzato dalla legge, abbiamo dimostrato nelle pagine precedenti: onde ci sembra che veramente sia inconcepibile costruire un interesse processuale accanto all'interesse sostanziale che si tutela con l'azione", *in* Diritto Processuale Civile, p. 134-135.

89 Segundo Liebman, "O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com

Segundo Adroaldo Furtado Fabrício a "*legitimatio ad causam*, descontadas divergência de detalhe e nominalismos despiciendos, é a 'pertinência subjetiva da ação'".[90]

O termo "pertinência subjetiva da ação" é construção de Liebman e descreve de modo conciso o conceito de legitimidade *ad causam*. Ela diz respeito à titularidade ativa e passiva da pretensão deduzida na demanda. Para Liebman, portanto, "a legitimação para agir é (...) a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo".[91]

A partir do momento que o Código de Processo Civil estabelece que "*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*" (art. 6º), somente será legitimado ativo, em princípio, aquele que é titular do direito lesado ou ameaçado de lesão e em face daquele que é titular do interesse oposto (legitimado passivo).

A legitimidade da parte "depende daquilo que a doutrina denomina de situação legitimante, isto é, a situação com base em que se determina qual o sujeito que, em concreto, pode e deve praticar certo ato. Dela decorre a situação legitimada, ou seja, o poder, a faculdade ou o dever que, em conseqüência, vem a pertencer ao sujeito (...). O direito afirmado deve pertencer àquele que propõe a demanda e ser exigido do sujeito passivo da relação material exposta".[92]

referência à qual (*nei cui confronti*) ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva. Ao dispor que 'para formular um pedido em juízo é necessário ter interesse', o art. 100 do Código de Processo Civil indica claramente que o interesse de agir não apenas deve existir, mas também deve existir precisamente na pessoa que formula o pedido: um estranho não pode validamente invocar (*far valere*) o interesse de agir alheio", *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 157.

90 Adroaldo Furtado Fabrício, *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 19.

91 Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 159.

92 Bedaque, *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação, Justitia 53(156), p. 57.

A legitimidade *ad causam* não se confunde com a legitimidade *ad processum*. A primeira se relaciona com a titularidade ativa e passiva da pretensão processual. A segunda, por sua vez, corresponde à capacidade da pessoa para agir em juízo. Aquele que não possui legitimidade *ad causam* é carecedor da ação; aquele que não possui legitimidade *ad processum*, somente poderá participar da relação jurídica processual se regularmente representado, assistido ou autorizado por quem a lei material determina, sob pena de nulidade do processo, por ausência de um pressuposto processual.

Não se confunde também, legitimidade passiva com legitimidade para contestar. O réu possui legitimidade para contestar pelo simples fato da citação. Isso não significa que ele possua legitimidade *ad causam*. Ele pode, inclusive, na contestação alegar a ausência dessa condição da ação.[93]

Nesse sentido, errou o Código de Processo Civil ao dispor em seu art. 3º que "*Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade*".

Cândido Dinamarco possui uma visão especial no tocante ao conteúdo de legitimidade para agir. Para ele, "a legitimidade *ad causam* insere-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se 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

93 Nas palavras de Liebman, "coisa completamente diferente da legitimação passiva é a legitimação para contestar, isto é, para defender-se, da qual dispõe o réu pelo simples fato de ter sido chamado em juízo (e ele poderá eventualmente alegar, se for o caso, inclusive a sua falta de legitimação passiva, ou seja, a sua condição de pessoa estranha à controvérsia que constitui objeto do processo)", *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 159.

destaque negativo do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina *a priori* a inexistência deste".[94]

Liebman parece endossar esse entendimento quando, ao conceituar a legitimidade *ad causam*, entende que "o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva".[95, 96]

94 Cândido Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. II, p. 305. Interessante, ainda, a relação que este autor faz entre legitimidade, mérito e fungibilidade da obrigação: "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 terá de útil, 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 (direito 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 de outrem, nem devido por outrem que não seja o réu, mas tenho o direito a receber uma sentença que se pronuncie a esse respeito", *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. II, p. 306-307 .

95 Liebman, *in* Manual de Direito Processual Civil, p. 157.

96 No mesmo sentido, ainda, Satta entende que "la legittimazione si identifica con l'interesse medesimo, (...) e ciò perfettamente logico, in quanto l'interesse non si può concepire che soggettivato, e non già esistente in una astratta obiettività, simile a un personaggio che cerchi il suo autore. Onde si deve concludere che non esistono due problemi ma uno solo, e anzi il solo vero problema che esiste è quello della parte, nel quale tutti gli altri si risolvono', *in* Diritto Processuale Civile, p. 136. Há, ainda, quem insira no interesse de agir todas as condições da ação, "Fábio Gomes, aderindo a Calmon de Passos, afirma que gravitam em torno do interesse de agir todas as assim denominadas condições da ação, em face da exigência de viabilidade da tutela jurisdicional não só em relação ao objeto (possibilidade jurídica do pedido), mas também quanto aos sujeitos (legitimação). Pensamos que a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação para a causa são requisitos necessários e insuficientes para a caracterização do interesse de agir. Observe-se que, ao concluir pela presença do interesse de agir, estará o juiz, mesmo que implicitamente, reconhecendo a presença de todas as demais condições estabelecidas pela lei para o legítimo exercício da ação", Rodrigo Cunha Lima Freire, *in* Condições da Ação: Enfoque sobre o Interesse de Agir, p. 164.

Intimamente ligados, portanto, as condições da ação legitimidade de agir e interesse processual, a ponto de, em certas hipóteses, confundirem-se.

Antes de esgotar o tema da legitimidade de agir, cabe ainda tratar da diferença existente entre o que a doutrina chama de legitimação ordinária e legitimação extraordinária.

Quando a parte atua em nome próprio, defendendo interesse próprio, diz-se que sua legitimação é ordinária, pois ele é o titular do direito discutido em juízo. Todavia, conforme já visto no supracitado art. 6º do Código de Processo Civil, em alguns casos, a lei concede a certos entes a possibilidade de litigar em juízo, em nome próprio, sobre direito alheio. Essa é a chamada legitimação extraordinária, que é uma exceção à regra da legitimação ordinária e que, por isso mesmo, só é possível quando a lei expressamente a permite. [97]

A pessoa que recebe da lei a capacidade de atuar em seu nome direito alheio é chamado de legitimado extraordinário. Distingue-se do representante, pois este atua interesse alheio, em nome do representado, enquanto que aquele atua direito de outrem em seu próprio nome.

97 Na lição de Nelson Nery Júnior, "quando existe coincidência entre a legitimação de direito material que se quer discutir em juízo e a titularidade do direito de ação, diz-se que se trata de legitimação ordinária para a causa, que é a regra: aquele que se afirma titular do direito material tem legitimidade para discuti-lo em juízo. Há casos excepcionais, entretanto, em que a lei autoriza alguém a pleitear, em nome próprio, direito alheio. Quando isto ocorre há legitimação extraordinária que, no direito brasileiro, decorre apenas da Lei (art. 6º, CPC) e não da vontade das partes", *in* Condição da Ação, Repro 64, p. 35.

"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)".[98, 99]

Tendo em vista as hipóteses de legitimação extraordinária pode-se chegar a um conceito abrangente de legitimidade de agir. É legitimada a parte que detém a titularidade ativa da relação jurídica de direito material afirmada na demanda em face de quem é a titular do pólo oposto, ou em casos excepcionais, aquela que a lei permite que defenda, em nome próprio interesse alheio.

II. Condições da Ação em Espécie e o Assertismo

O acolhimento da teoria assertista tem como conseqüência alterações no conteúdo dos conceitos de cada uma das condições da ação

98 Cândido Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. II, p. 309.

99 Cândido Dinamarco, ao analisar o procedimento da jurisprudência brasileira no sentido de dar aplicação aos princípios constitucionais, independentemente de lei específica, exemplifica com a maior amplitude concedida ao conceito de legitimidade *ad causam*, ou seja, reconhece a existência de "vários posicionamentos em prol da abertura da *legitimatio ad causam*, seja para dar um elastério maior ao significado da locução 'direito individual', contida na garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, seja repudiando o individualismo da regra da legitimidade individual", *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 26.

acima expostos. Todas elas serão sempre verificadas tendo em vista os fatos afirmados na petição inicial (*in statu assertionis*), através de uma cognição sumária.

Assim, a condição possibilidade jurídica do pedido estaria presente quando o juiz, *prima facie*, verificasse que o ordenamento jurídico não veda a pretensão apresentada pelo autor na inicial. Se o exame da possibilidade jurídica demandar qualquer prova que não os documentos juntados pelo autor na exordial, não há mais que se falar em condições da ação, pois, nesse caso, já se trata do mérito da demanda.[100]

O mesmo pode ser dito em relação à legitimidade para agir. Para Bedaque, "tanto a legitimidade quanto a possibilidade jurídica têm por finalidade permitir que o juiz verifique, antes de proceder à cognição profunda e exauriente da relação material, se o provimento pleiteado pode, em tese, ser favorável ao autor. Ou seja, se a tutela jurisdicional pode ser prestada. Conclusão contrária revela que todo o esforço a ser desenvolvido pelo Estado resultará ineficaz, razão por que se nega a prosseguir".[101, 102]

100 Para Mandrioli, "possiamo incominciare col ravvisare un primo requisito o condizione dell'azione nell'*esistenza di una norma che contempli in astratto il diritto* che si vuol far valere. Questa prima condizione dell'azone si chima *possibilità giuridica*. Sarebbe ad es. priva di questo la domanda di chi chiedesse la risoluzione di un contratto perché non lo reputa più conveniente; o di chi chiedesse il divorzio puramente consensuale, tuttora estraneo al nostro ordinamento; o ancor, di chi, al di fuori dei casi di responsabilità obbiettiva, chiedesse il risarcimento del danno causato da un comportamento che egli estesso riconosce incolpevole", *in* Corso di Diritto Processuale Civile, p. 49-50.

101 Bedaque, *in* Direito e Processo, p. 80.

102 No mesmo sentido, Barbosa Moreira: "Denomina-se *legitimação* a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, *tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial*, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas *in statu assertionis* – isto é, independentemente de sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará –, coincidem com as respectivas situações legitimantes", *in* Temas de direito processual civil, v. I, p. 200-201.

Assim, não haverá legitimidade se, desde logo, pelo exame superficial, fruto de uma cognição sumária da petição inicial, o juiz puder concluir que ou o autor ou o réu não são os sujeitos da relação jurídica material que se pretende discutir em juízo.[103, 104]

Por último, o interesse de agir também será verificado *in statu assertionis*, e estará presente se o juiz, examinando os elementos trazidos pelo autor na peça preambular, verificar que a tutela jurisdicional requisitada pelo autor lhe será útil (*supra*, cap. III, n. 1.2).

III. Condições da Ação em Espécie e a Teoria do Binômio

Para chegarem à conclusão de que as condições da ação são questões relativas ao mérito da demanda, os processualistas da teoria do binômio ou abstratistas puros examinam cada uma delas.

103 Mandrioli entende que não existe a legitimação *ad causam* "se il diritto affermato nella domanda non è accoglibile, neppure ipoteticamente, se il diritto affermato nella domanda stessa non è affermato come diritto di colui che propone la domanda e contro colui nei cui confronti si propone la domanda", *in* Corso di Diritto Processuale, p. 53.

104 Entendeu o STF: "*Mandado de injunção. Condições da Ação. Ilegitimidade 'ad causam'. Suposta provisoriamente a veracidade dos fatos alegados pelo autor, a existência 'em abstrato e em hipótese', do direito afirmado como suporte da pretensão de mérito ou de relação jurídica prejudicial dele, ainda se comporta na questão preliminar da legitimação ativa para a causa: carece, pois, de legitimação "ad causam", no mandado de injunção, aquele a quem, ainda que aceita provisoriamente a situação de fato alegada, a Constituição não outorgou o direito subjetivo cujo exercício se diz inviabilizado pela omissão de norma regulamentadora (...)*"(STF, MI 188/RJ, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/02/1991, p. 01258).

Também decidiu o STJ: "*Ação de Prestação de Contas. Possibilidade Jurídica do Pedido. Carência de Ação. CPC, art. 914. A pretensão a exigir ou a prestar contas supõe a administração, de modo geral, de bens, negócios ou interesses de outrem. Caso de contrato de escambo mercantil, segundo a autora da ação, ou de sucessivas e recíprocas vendas mercantis, segundo a ré. Carência da ação para pedir contas, inclusive ante os termos da petição inicial, em que a demandante se afirma credora de determinado peso de 'chapas grossas desclassificadas'. Dissídio pretoriano indemonstrado. Recurso especial não conhecido*" (STJ, RESP 9013, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 09/09/1991, p. 12209).

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, eles entendem que o pedido impossível nada mais é que um caso de improcedência manifesta. Se o ordenamento jurídico veda a pretensão do autor, é porque este não possui o direito alegado como fundamento dessa pretensão. Ora, a decisão que entende que o autor não tem direito é decisão de mérito.

Em crítica a posição assertista, entendem os defensores do binômio que "o argumento doutrinário segundo o qual a possibilidade jurídica do pedido 'é analisada abstratamente, o que não resultaria no conhecimento do mérito, no exame dos fatos da demanda', ao invés de demonstrar que a possibilidade jurídica do pedido não se confunde com o mérito, acaba produzindo efeito em sentido contrário, porque se nem abstratamente o ordenamento jurídico acolhe a pretensão do demandante, muito menos acolheria, se se analisasse o mérito". [105]

Ao tratarem da legitimação *ad causam*, os defensores do binômio concluem no mesmo sentido. Ou seja, se o autor ou o réu não são os titulares da relação jurídica material, isto significa que, no primeiro caso, o autor não possui o direito e, no segundo, que, se o autor possuir o direito, não será em face do réu.

105 José Miguel Garcia Medina, *in* Possibilidade Jurídica do Pedido e Mérito, Repro 93, p. 380. Galeno Lacerda, criticando o posicionamento de Machado Guimarães (pela teoria do trinômio) invoca, ainda, a hipótese em que o processo verse em torno da questão da possibilidade jurídica. "Contemplemos o caso de uma ação para declarar não provir de jogo determinado crédito. Para Machado Guimarães, hipótese como esta seria a única em que se confundiriam condição da ação e mérito. Saber, na declaratória, se a dívida é ou não de jogo constituiria, assim, matéria de mérito. Ora, se a decisão dessa questão, na declaratória, assume o caráter de pronúncia sobre o mérito, por que motivo não o assumirá também na condenatória? Poderia a mesma questão demudar de natureza, num tipo ou noutro de ação? Acaso, seria diversa a declaração judicial que a solucionasse? (...) Já que a espécie de ação não possui a virtude de alterar-lhes (das condições da ação) a natureza. Seja a questão suscitada pelo autor, na declaratória; seja pelo réu, na condenatória; seja de ofício pelo juiz, pertencerá ela sempre ao mérito da lide, pouco importando a forma ou o sujeito pelo qual se manifeste", *in* Despacho Saneador, p. 87-88.

Para Adroaldo Furtado Fabrício, "nada que se situe no plano estritamente processual pode dar resposta à questão (da legitimidade *ad causam*), porque a relação de 'pertinência' à qual se alude outra coisa não é senão a identidade, de um lado, entre o autor e o 'credor' (*latissimo sensu*) e, de outra banda, entre o réu e o 'devedor' (em sentido igualmente largo) (...). Relativamente a esta 'condição', parece ainda mais difícil sustentar-se que seja matéria estranha ao mérito (...). Em qualquer dos casos (ilegitimidade do autor ou do réu), há clara prestação jurisdicional de mérito desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência".[106]

Quanto ao interesse de agir a conclusão não é diferente. Se o direito do autor ainda não é exigível, não tem ele o direito de pleitear que o réu cumpra a sua obrigação. Portanto, reconhecida a ausência da condição da ação interesse de agir, haverá também julgamento de mérito, pela improcedência.

Adroaldo Furtado Fabrício ensina 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 o autor, 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 (...). Não se olvide, outrossim, que o debate processual pode limitar-se, com freqüência, exclusivamente a esse tema da 'necessidade da prestação jurisdicional', para cuja solução não raro se faz necessária produção de provas em audiência. São os casos, nada raros, em que o réu admite não só os casos articulados na inicial, mas também as conseqüências jurídicas que deles quer extrair o autor – mas nem por isso se submete à pretensão *no processo* por não lhe haver sido aberta oportunidade de satisfazê-la *in bonis*. Alhures, tivemos

106 Adroaldo Furtado Fabrício, *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 19. No mesmo sentido, Breno Moreira Mussi entende que, "ao dizer que não existe pertinência subjetiva de qualquer das partes, em função da relação de Direito Material, o juiz estará dizendo que o autor não tem o direito (pelo menos, em relação àquele réu)", *in* As Condições da ação e a coisa julgada, p. 45.

ocasião de registrar a freqüência com que tal situação se apresenta nas ações de prestação de contas. O réu admite ter razão o autor, mas ainda assim contesta para declarar que sempre esteve pronto a satisfazer, mas não foi instado a fazê-lo pela forma prevista em lei ou contrato. Nada haverá para julgar-se, então, senão o tema do interesse processual, que é todo o 'mérito' existente".[107]

107 Adroaldo Furtado Fabrício, *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 19.

Condições da Ação e Mérito

I. O Conceito de Mérito no Processo Civil

Diante do exposto, pode-se concluir que muito pouco consenso há sobre a natureza jurídica das condições da ação. Para alguns autores elas são uma categoria autônoma, intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito do processo (teoria do trinômio); e para outros, elas se confundem com o próprio mérito do processo (teoria do binômio). Mesmo dentro desses dois posicionamentos, percebemos várias divergências quanto ao conteúdo e função do instituto.

Conforme a posição que se adote, efeitos diversos serão gerados em aspectos importantes do processo como, por exemplo, a ocorrência de coisa julgada material e a admissibilidade de ação rescisória.

Para se perquirir a verdadeira natureza jurídica das condições da ação, contudo, é necessário, primeiramente, definir o que se entende por mérito no direito processual civil, ou seja, é preciso delimitar o objeto do processo.

O Código de Processo Civil, na Exposição de Motivos, explicita que a palavra lide será usada como sinônimo de mérito. Seria mérito, portanto, o "conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida". [108]

Este posicionamento reflete a grande influência que o pensamento de Carnelutti teve na doutrina pátria. O próprio Alfredo Buzaid[109], autor do Anteprojeto do Código de Processo Civil, reconhece-a.

Várias foram as críticas à opção realizada pelo Código, todas elas derivadas dos erros apontados pelos autores modernos à própria teoria carneluttiana. Primeiramente, há que se reconhecer que o conceito de lide é sociológico e não jurídico e, portanto, não pode ser transposto para os limites do processo. Nas palavras de Liebman, "o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido"[110].

O juiz não decide a lide, mas somente a parcela dela que foi trazida a juízo pelo autor, quando da demanda. Além disso, conforme ensina Cândido Dinamarco, "não está satisfatoriamente explicada a hipótese de revelia ou de reconhecimento do pedido (CPC, arts. 319 e 269, inc. II), em que não há contraposição de pedidos e se fica com a impressão de que o processo não teria objeto nesse caso. Dá-se o mesmo antes do momento para a contestação do réu e também no processo executivo, em que não se contrapõem demandas. 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 a 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 da ciência do processo".[111]

Por esses motivos, grande parte da doutrina tende a afastar o conceito de lide do de mérito.[112] A lide é um fenômeno sociológico que não se presta a compor o conteúdo do conceito de mérito. Resta, portanto, buscar um conteúdo satisfatório para tal instituto.

Segundo a doutrina mais moderna, mérito é a pretensão processual do autor. Para Cândido Dinamarco, "é a *pretensão* que consubstancia o mérito, de modo que *prover sobre este* significa estabelecer um preceito

108 Carnelutti, *in* Instituições do Processo Civil, v. I, p. 78

109 Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, Buzaid esclarece que "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 em conflito de ambos os litigantes".

110 Liebman, *in* O despacho saneador e o julgamento do mérito", p. 745.

111 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 254.

112 Para Cândido Dinamarco, "de minha parte, cada vez mais me convenço da inadequação da colocação da lide como pólo metodológico, na teoria do processo", *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 253-254.

concreto em relação à situação trazida de fora do processo. O ato jurisdicional cumpre o escopo social do processo, ao remover as incertezas representadas pelas pretensões insatisfeitas".[113]

O mérito, ou seja, o objeto do processo, é, assim, a pretensão do autor. Necessário, então, explicitar o que se entende por pretensão processual e por objeto do processo, pois se delimitando o conteúdo destes, encontra-se o conteúdo do próprio mérito.

Definir o objeto do processo, todavia, não é tarefa fácil. Assim que o direito processual passou a ser encarado como uma ciência autônoma, os estudiosos desse novo ramo começaram a perquirir qual seria o seu objeto de estudo e até hoje não existe consenso a respeito.

Antes, porém, de se adentrar a discussão sobre o objeto do processo, cabe desfazer um grande equívoco que parte da doutrina comete ao analisar o tema. Quando se fala em objeto de uma ciência, o que se deve ter em mente é o seu conteúdo. Muitos autores, todavia, confundem objeto do processo com seu objetivo, seu escopo.

Assim, não são poucas as obras que afirmam ser objeto do processo, por exemplo, a proposição chiovendiana de atuação da vontade concreta da lei ou, como Carnelutti, a justa composição da lide. Em que pese à relevância dessa discussão, ela não se refere ao objeto do processo, mas sim, ao escopo deste e da própria jurisdição. Está, portanto, afastada do propósito desta obra.

O que se pretende encontrar aqui é o conteúdo do processo, entendido este sim como seu objeto. "Por *objeto do processo* designa-se o conteúdo deste, posto diante do juiz através do ato de iniciativa. Ele é, afinal, a *res in judicium deducta*, da linguagem tradicional."[114]

Foram os alemães que mais se especializaram no estudo do objeto do processo. A bem da verdade, podem ser notadas na ciência processual moderna duas metodologias utilizadas para o estudo do processo: a dos italianos, focados no instituto da ação e a dos alemães, que escolheram como centro de suas pesquisas o objeto do processo.[115]

113 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 255.

114 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 238.

O primeiro livro escrito sobre o tema foi o de Karl Schwab, intitulado "O Objeto Litigioso no Processo Civil". Na obra, o ilustre processualista expõe de uma forma crítica os pensamentos de vários autores da sua época (Lent, Rosenberg, Nikisch, Stein-Jonas-Schönke, Schönke, Baumbach-Lauterbach e Bötticher) e, ao final, constrói sua teoria, concluindo que o objeto do processo seria o pedido (*Antrag*).

Para Schwab, o objeto do processo é a pretensão processual (*Anspruch*), consubstanciada no pedido. A pretensão processual (ZPO), todavia, distingue-se da pretensão do BGB (pretensão material). Esta é um conceito de direito material previsto pelo Código Civil alemão e aquela é instituto de direito processual, consistente na "petición de la resolución designada em la solicitud".[116]

A grande questão da doutrina alemã a respeito do objeto do processo gira em torno de saber se a pretensão processual é composta do pedido e da causa de pedir ou somente daquele. Pode-se verificar que a discussão permanece até hoje, não tendo sido ainda alcançado consenso quanto à matéria. Mas tende-se a entender que o objeto do processo é só o pedido.

Para Schwab, a causa de pedir (estado de coisas) tem a função de individualizar o pedido, mas nem por isso, compõe o objeto litigioso do processo.[117]

115 Segundo Cândido Dinamarco, "os autores alemães, aliás (mesmo os mais modernos), jamais se apegaram ao conceito de ação e a sua colocação metodológica ao centro do sistema, ou em pólo de destaque. Como exponho a seguir, o estudo de temas que os processualistas latinos colocam em torno da ação, num capítulo de primeira grandeza na teoria processual, os germânicos pulverizam em outros capítulos, sem conferir a ela esse poder magnético de polarização a que estamos habituados nós", *in* Fundamento do Processo Civil Moderno, p. 257.

116 Karl Schwab, *in* El Objeto Litigioso en el Proceso Civil, p. 251.

117 Segundo ensina José Rogério Cruz e Tucci, para Schwab "o pedido (*Antrag*) constitui o objeto litigioso, enquanto a *causa petendi* (reputada como *fato*

Os italianos pouco escreveram sobre o tema. Fazzalari foi um dos poucos a analisar a questão de forma aprofundada. Ele critica a tendência reducionista alemã do conceito de objeto do processo e considera tanto o pedido quanto a causa de pedir na sua delimitação. [118]

Para Fazzalari, o erro dos alemães consiste não só em não dar à *causa petendi* sua real relevância, mas também no fato de entender o objeto do processo como instituto completamente dissociado do direito material. "Assim, para fixar o conteúdo do objeto do processo, Fazzalari confessa preferir a orientação consolidada de há muito na doutrina peninsular, qual seja, a que propala uma coordenação entre situação substancial e processo".[119]

Como "situação substancial" deve-se entender a afirmação de lesão do direito subjetivo, causada pela inobservância de um dever substancial previsto pelo ordenamento jurídico. "O objeto do processo, portanto, identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in statu assertionis*, a que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo Direito Material".[120]

Para Fazzalari, a causa de pedir é o instituto responsável por trazer a situação substancial para o processo, pois é ela o elo existente entre este e o direito material. Grande é, destarte, a importância que o jurista italiano concede à *causa petendi* na delimitação do objeto do processo.

constitutivo), resta totalmente estranha à individuação daquele. É exclusivamente o pedido do autor que fixa o conteúdo e a extensão da lide, sendo que a *causa de pedir* (*Sachverhalt*) não ostenta relevância alguma, por não constituir um elemento componente da pretensão processual", *in* A *Causa Petendi* no processo Civil, p. 85.

118 No mesmo sentido, já decidiu o STJ: "*Honorários de advogado. Cobrança. Objeto do Processo. Determina-se a competência pelo objeto do processo, em termos de causa de pedir e pedido. Matéria de natureza cível, daí a competência do juiz estadual. Conflito conhecido e declarada a competência do suscitado*" (STJ, CC 22727/SC, 2ª Turma. Rel. Min. Nilson Naves, DJ 19/10/98, p. 00015).

119 José Rogério Cruz e Tucci, *in* A denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari, p. 274.

120 José Rogério Cruz e Tucci, *in* A denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari, p. 274.

A questão do objeto do processo não recebeu da doutrina pátria grande atenção, provavelmente pelo fato de que a doutrina processual brasileira é extremamente influenciada pelo pensamento italiano e, portanto, teve como foco metodológico o instituto da ação, não dispensando muitas reflexões em torno do tema ora tratado. São poucos, portanto, os autores nacionais que analisam a questão.

Dentre eles, Arruda Alvim entende que o objeto litigioso do processo é o mérito. Distingue o ilustre professor entre objeto do processo, que corresponde a todas as questões que são objeto do conhecimento do juiz (pressupostos processuais, condições da ação e mérito) e o objeto *litigioso* do processo, que seria o "*próprio objeto da decisão de mérito do juiz*, excluídas as questões preliminares e prejudiciais".[121]

Vários outros autores fazem a mesma distinção de Arruda Alvim[122], atribuindo nomes diversos para questões que são objeto do conhecimento e que abrangem todos os fatos e fundamentos jurídicos trazidos ao processo tanto pelo autor quanto pelo réu, desde os ligados à relação jurídica processual, aos relacionados ao mérito; e o próprio *meritum causae*, que é aquele sobre o qual recai a decisão do juiz na sentença.

Apesar da crítica feita por Fazzalari, parece mais correta a colocação do pedido como objeto do processo. Em que pese ao papel relevante que a causa de pedir desempenha para a identificação não só do próprio pedido, mas da demanda como um todo, o objeto de decisão

121 Arruda Alvim, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 249.

122 É esta a posição esposada por Milton Paulo de Carvalho, que entende que "O campo de intelecção do juiz compreende, assim, matéria *maior* do que o mérito. Este é o pedido do autor, ou pretensão processual na dupla direção já exposta. Distinguimos, então, do *objeto do processo*, que é toda a matéria, inclusive o mérito, submetida à apreciação do juiz para a simples cognição ou para decisão principal ou incidental, o *objeto litigioso do processo*, este consistente no *meritum causae*. Objeto do processo é o todo, objeto litigioso do processo, sua parte essencial, a *pretensão processual*, aquela em razão da qual se desenvolvem todas as atividades processuais, o ponto final para o qual tende a relação jurídica processual, dinâmica e progressiva, e sobre o qual vai incidir a coisa julgada", *in* O pedido no processo civil, p. 60-61.

do juiz é o pedido realizado pelo autor no ato da demanda. É sobre o pedido que o juiz se pronuncia, atuando a vontade concreta da lei. É somente a decisão sobre o pedido do autor que transita em julgado, produzindo efeitos para fora do processo.

O pedido consubstancia a pretensão processual, a "exigência" do autor na demanda de que o Estado lhe conceda a tutela a que afirma ter direito e, conseqüentemente, o bem da vida pleiteado.

Conforme ensina Cândido Dinamarco, a "obtenção de um conceito unitário de objeto do processo (...) é hoje perfeitamente factível; especialmente à luz dos postulados inerentes ao *processo civil de resultados*. Sempre, o sujeito que vai ao juiz com o pedido de um provimento jurisdicional tem em mira a obtenção de determinado resultado, que se expressa pela *tutela jurisdicional* postulada. O material sobre o qual o juiz e as partes desenvolverão suas atividades processuais é o pedido dessa tutela juridicional. Quando o processo terminar, sendo acolhida a pretensão, alguma coisa nova se implantará na vida dos litigantes – e essa inovação, visada pelo sujeito que viera a juízo demandar, é o resultado útil do processo. Daí a utilidade da tomada de consciência de que existe um eixo sistemático ligando o pedido ao *decisum*, entendendo-se que este nada mais é que uma resposta positiva ou negativa àquele. Os fundamentos do pedido, tanto quanto os da sentença, não passam de mero apoio lógico legitimador de um e de outra, mas o processo não é instaurado, nem se realiza com o objetivo de obter o pronunciamento do juiz sobre as questões de fato e de direito suscitadas no processo. O objeto das atividades de uns e de outro é, portanto, o *pedido*, por ser ele, como dito, o material que dá razão de ser ao próprio processo e em torno do qual girarão todas as atividades processuais.[123]

Portanto, numa análise superficial e não aprofundada (haja vista a quantidade de discussões que já se travaram quanto à matéria) (*supra*, cap. II), parece ser objeto do processo o pedido, assim entendido como a exigência do autor de que lhe seja dado determinado bem da vida.

123 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, 5ª ed., Tomo I, p. 275-6.

A causa de pedir não é o mérito em si, mas contém as chamadas questões de mérito, ou seja, questões que deverão ser decididas pelo juiz antes do julgamento do mérito e que constituem pressuposto lógico para tal julgamento. As questões de mérito são resolvidas pelo juiz na motivação da sentença, não integrando o seu dispositivo.

Novamente, Cândido Dinamarco entende que "o fato de uma questão (ou conjunto de questões) ter pertinência à relação material *in judicium deducta*, caracterizando-se como questão de mérito, não significa que ela própria (questão ou grupo de questões) *seja* o mérito (...). Basicamente, pode-se dizer que nos fundamentos da sentença vêm à tona as questões resultantes da controvérsia formada entre a *causa petendi* apresentada na demanda e a *causa excipiendi* que a resposta trouxe. Ali terão solução – ou seja, na segunda parte da sentença – as dúvidas surgidas e ainda não resolvidas ao longo do arco do procedimento. Depois, quando passa a parte dispositiva, o juiz já deixou para trás de si a solução de todas as questões e, então, só lhe falta concluir. O dispositivo é portanto uma *resposta* do órgão jurisdicional ao *pedido* formulado pelo autor. (...) Isso não é resolver *questão*, mas decidir a pretensão mesma (...)".[124]

A decisão do juiz sobre as questões de mérito não transita em julgado (salvo hipótese de eventual ação declaratória incidental) e elas poderão voltar a ser discutidas em futura demanda, com outro pedido ou entre partes diferentes.

Segundo o art. 469, do Código de Processo Civil, os motivos da decisão não fazem coisa julgada, "*ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença*". É sobre o pedido que o juiz deve se pronunciar e é só a decisão sobre o pedido que transita materialmente em julgado.

124 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 241-242.

É certo que para se opor a exceção de coisa julgada a uma demanda em andamento, é necessário verificar se seus elementos coincidem (partes, pedidos e causa de pedir) com os de outra demanda, já definitivamente decidida.

Para muitos, essa diferença de tratamento concedida para as duas questões é o que demonstraria que o pedido não pode ser considerado isoladamente como objeto do processo e a causa de pedir estaria também inserida neste instituto.

Não se deve, todavia, confundir um fenômeno com outro. O pedido desenvolve no processo pelo menos duas funções de relevância. Num primeiro aspecto, ele é o objeto do processo, o mérito, sobre o qual o juiz proferirá uma decisão (dispositivo) que transitará materialmente em julgado. A causa de pedir contém questões de mérito e muitas vezes prejudiciais à decisão dele. Mas a solução das questões de mérito realiza-se na fundamentação da sentença que não possui a qualidade de imutabilidade.

Por outro lado, o pedido também identifica a demanda. Entretanto, essa função ele desempenha ao lado de dois outros elementos, quais sejam, a causa de pedir e as partes.

A confusão se estabelece porque a figura da coisa julgada produz efeitos nos dois âmbitos, ou seja, primeiramente, ela torna os efeitos da decisão sobre o objeto do processo (pedido) imutáveis, impedindo que se rediscuta o que ficou decidido na sentença. Porém, num segundo momento, para se verificar se uma nova ação é idêntica a já decidida anteriormente, será necessário verificar se seus elementos são os mesmos e, para tanto, o pedido não poderá ser considerado isoladamente, mas sim em conjunto com os demais componentes da demanda. Mas, esse fato, por si, não pode levar à conclusão de que a causa de pedir integra o objeto do processo.

Não se venha argumentar que o art. 474 [125] do Código de Processo Civil alargaria os efeitos da coisa julgada, abrangendo a causa de

125 "Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".

pedir, pois, conforme bem ensina Cândido Dinamarco "A lei é expressa e clara, ao dizer que "não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença" (art. 469, inc. I, CPC). Os motivos da sentença apenas ficam a salvo de novas discussões, com referência à demanda já julgada (mesmas partes, causa e pedido). Tal é a *eficácia preclusiva da coisa julgada*".[126]

Conclui-se, portanto, que 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 sobre o mérito, portanto, é julgar o pedido do autor.

II. Condições da Ação e Mérito: Elementos da Demanda

O direito de ação é um direito abstrato, garantido a todos os indivíduos, de requisitar do Estado uma tutela jurisdicional a uma situação de crise, abrangendo, como se verá adiante (*infra*, cap. V, n. II), todas as cláusulas do devido processo constitucional.

Esse direito de ação abstrato, quando exercido, introduz à apreciação do juiz uma situação de fato, deixando, portanto, de ser um direito genérico e tornando-se "concreto".[127] A situação de fato entra para o processo no ato da demanda, por meio dos seus elementos.

Nesse sentido, deve ser entendida a chamada ação processual. Ela corresponde ao **direito ação exercido** em face de uma situação con-

126 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 259. Nesse sentido, já entendeu o STJ: *"Processual – Coisa Julgada – Alcance. Os efeitos da coisa julgada alcançam, somente, a pretensão e o objeto do processo onde este fenômeno ocorreu"* (STJ, RESP 51159/GO. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 06/03/95, p. 04320).

127 O termo concreto é utilizado como contraposição ao conceito de ação, como poder genérico. Não significa, de modo algum, a ação concreta (direito à sentença favorável), sustentada pelos concretistas.

creta. Ele é o veículo por meio do qual o autor, que afirma ter tido seu direito lesado ou ameaçado de lesão em uma determinada situação de fato, pede ao Estado uma tutela jurisdicional que faça com que cesse aquela específica lesão ou ameaça.

O autor traz a juízo a situação de direito material por meio da demanda. É a demanda que enquadra a situação substancial aos moldes da lei processual, de forma que ela possa vir a ser decidida pelo juiz, mediante a subsunção da lei ao caso concreto.

Cabe, desde logo, para que se evitem confusões conceituais, distinguir ação de demanda. Ação é o direito que tem todo cidadão de pleitear do Estado tutela jurisdicional que elimine uma crise jurídica que ele afirma existente. É, portanto, um poder genérico e abstrato. Demanda é o ato pelo qual se exerce o direito de ação no caso concreto.[128]

É a demanda, portanto, que traz concreção ao direito de ação efetivamente exercido.

Pela teoria da *tria eadem*,[129] a demanda individualiza-se por três elementos: as partes (elemento subjetivo), a causa de pedir e o pedido

128 Segundo Flávio Yarshell, "a distinção entre *ação* e *demanda* é um bom ponto de partida para o exame proposto: a primeira, como cediço, designa o direito ou poder de estimular o exercício da jurisdição e de invocar um provimento jurisdicional – seja ele de qualquer natureza, de mérito ou favorável ao autor; já a segunda corresponde ao *ato* que se pratica quando do exercício daquele direito ou poder, isto é, o ato inaugural do processo e do procedimento que nele se contém", *in* Tutela Jurisdicional, p. 58.

129 Muito já se discutiu sobre qual seria o melhor método para a identificação das demandas e, após séculos, continua prevalecendo a construção romanística da *tria eadem*, ainda que falha em algumas hipóteses. Segundo ensina José Rogério Cruz e Tucci, "Vale lembrar que duas teorias se tornaram clássicas: a) a da identidade da relação jurídica, revisitada por Savigny; e b) a da tríplice identidade – pessoas, causa de pedir e pedido –, ambas provenientes de fontes romanas, conservadas no Digesto. A despeito da primeira ter recebido acolhida, em princípio, somente entre os especialistas alemães, acabou sendo reconhecida a sua importância sobretudo para demonstrar a insuficiência da teoria dos *tria eadem* na solução de algumas hipóteses específicas", *in* A *Causa Petendi* no Processo Civil, p. 64. Conceitua Bedaque: "Elementos da ação consistem em dados da relação jurídica material utilizados pelo processo para individuar a ação proposta. Utilíssima a perfeita compreensão desses elementos, pois é a partir deles que são resolvidos vários dos problemas processuais, como a conexão, a continência, a litispendência e a coisa julgada. O critério para a determinação do objeto material do processo e identificação da demanda é fator fundamental para a solução de questões atinentes a tais institutos. Já no direito romano a causa de pedir, o pedido e as partes prestavam-se para a individuação da *eadem res*. Hoje, muito embora a teoria da tríplice identidade seja insuficiente para resolver todos os problemas decorrentes do confronto entre duas ou mais ações, não se pode negar a sua importância. Diante desses situações excepcionais, deve ser aceita como 'boa hipótese de trabalho'", *in* Direito e Processo, p. 85.

(elementos objetivos). É esse, aliás, o critério adotado pelo Código de Processo Civil que dispõe em seu art. 301, § 2º: "*Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*".

São os elementos da demanda, ou seja, suas partes, seu pedido e, principalmente, sua *causa petendi* que ligam o direito de ação a uma situação concreta deduzida pelo autor.[130]

Os elementos da demanda a individualizam, identificam-na.[131] Eles contêm não só mérito da demanda, mas também todas as ques-

130 Segundo Liebman, "Così ora sappiamo che nell'ambito stesso di quei tutti a cui si riferisci il primo comma dell'art. 24 vi sono coloro che non tanto possono proporre una situazione determinata e concreta mira ad ottenere un giudizio sulla domanda stessa per giudicarla fondata o non fondata e perciò per accordare ovvero per negare la tutela domandata. Questo diritto è appunto l'azione, la quale ha per garanzia costituzionale il generico potere di agire, ma per conto suo non è affatto generica, bensì fa riferimento ad una concreta fattispecie per affermata lesione di un diritto o interesse legitimo e si individua como vedremo con tre elementi ben precisi: i soggetti (attore e convenuto), la causa petendi (cioè il diritto o rapporto giuridico che viene posto a fondamento della demanda) e infine il petitum (cioè il concreto provedimento che viena domandato al giudice per la tutela del diritto leso o minacciato)", *in* Manuale di Diritto Processuale Civile, p. 142.

131 Enuncia Celso Neves que "Esses dados (elementos da ação) correspondem àquela que poderíamos denominar *ação exercida*, por contraposição à não ser exercida, ou seja: esta, a abstratamente considerada, aquela, a que se concretizou. Percebe-se que, do exercício do direito de ação resulta a chamada relação jurídica processual que, subjetiva e objetivamente se apodera dos elementos da *ação exercida*, permitindo-se, dessa maneira, definir a relação que há

tões de mérito. Busquemos, portanto, identificar brevemente o conteúdo de cada um desses elementos.

O conceito de parte possui várias acepções. Segundo a clássica visão de Chiovenda, parte é aquele que pede e aquele em face de quem se pede a atuação da vontade concreta da lei.

Modernamente, tem-se buscado um conceito de parte puramente processual, sem qualquer ligação com a relação jurídica de direito material, em função da própria autonomia do direito processual em relação ao direito substancial.

Para Cândido Dinamarco, o "conceito puramente processual de *parte* (v. *infra*, n. 35) é o único capaz de explicar sistematicamente a contraposição parte-terceiro, sem as distorções próprias das inconvenientes ligações com fenômenos de direito substancial ou com o objeto do processo. A clássica definição proposta por Giuseppe Chiovenda (*parte é aquele que pede, aquele em cujo nome se pede e aquele em face do qual se pede a atuação da vontade concreta da lei*) liga-se demasiadamente à demanda proposta e ao objeto do processo, pecando ainda pela ausência de associação ao princípio do contraditório. Repudiam-se também os conceitos impregnados de conteúdo jurídico-substancial, que de algum modo sempre conduzem a aproximar a figura da *parte processual*, ou parte no processo, à de *parte legítima*".[132]

Nesse sentido, partes poderiam ser conceituadas como as pessoas que participam do processo, sujeitas ao contraditório[133]. São os titulares das situações jurídicas processuais (deveres, sujeições, ônus e faculdades), que estarão submetidos ao que for decidido pelo juiz na sentença. Se aceito esse conceito amplo, passam a ser considerados parte não só autor e réu, mas também o assistente, o Ministério Público quando atua como *custus legis*, dentre outros.

entre ação e processo e a conseqüente identificação dos respectivos elementos. Talvez seja essa a razão pela qual, quando cuida de estabelecer os elementos da ação, passa a doutrina a enunciá-los em função do processo, não da ação que, pelo seu exercício, a eles deu azo", *in* Estrutura Fundamental do Processo Civil, p. 117-118.

132 Cândido Dinamarco, *in* Intervenção de Terceiros, p.17.

133 "Partes – São as pessoas que participam do contraditório perante o Estado-juiz. É aquele que, por si próprio ou através de representante, vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido feito (réu), de maneira que uma sua situação jurídica será objeto de apreciação judiciária. A qualidade de parte implica sujeição à autoridade do juiz e a titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual (v. *infra*, nn. 175 e 179)", Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *in* Teoria Geral do Processo, p. 260-261.

A *causa petendi* são os fundamentos de fato e de direito da pretensão do autor. É a partir dela que o autor afirma a existência de um direito, expõe os fatos que ocasionaram a lesão a este mesmo direito, concedendo embasamento a seu pedido[134].

No nosso ordenamento jurídico, a causa de pedir é composta pelos "fatos e fundamentos jurídicos do pedido" (art. 282, III, CPC). Aos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, à demonstração de que os fatos jurídicos afirmados pelo autor levam à conseqüência requisitada, a doutrina denominou *causa petendi* próxima.[135]

Os fatos alegados pelo autor compõem a chamada causa de pedir remota. Abrange os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos do réu que teriam violado este direito. Os primeiros denominam-se causa de pedir remota ativa; os segundos, causa de pedir remota passiva.

134 Para Mandrioli, que adota a teoria da substanciação "*causa petendi* è la ragione giuridica del domandare: e poichè questa non è altro che il diritto, il quale, per parte sua, è la risultante tra la volontà astratta di legge e determinati fatti che chiamamo costitutivi perchè costituiscono il diritto, ossia rendono concreta la volontà astratta di legge; e poichè, ancora il giudice è libero di applicare le norme che ritiene più idonee alla situazione do fatto, arriviamo alla conclusione che ciò è determinante agli effetti della *causa petendi* sono i fatti allegati", *in* Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi", p. 472-473.

135 "A causa de pedir próxima é o fundamento jurídico da demanda, o que não se confunde com fundamento legal, ou seja, o artigo, o texto de lei onde estaria previsto o direito do autor. Fundamento jurídico é a qualificação jurídica da pretensão do autor e a subsunção da lei material aos fatos alegados e provados pelo autor", J.R. Cruz e Tucci, *in* A *Causa Petendi* no Processo Civil.

Cumpre esclarecer que não haverá fato violador do direito do autor nos casos em que se busca uma tutela constitutiva necessária. Nessas hipóteses, a causa de pedir remota passiva decorre da necessidade da intervenção estatal para a modificação da situação jurídica do autor. [136]

Se, por último, busca-se uma tutela declaratória, não há propriamente uma violação ao direito do autor, mas sim um ato do réu que ponha em dúvida uma situação jurídica de titularidade deste.

A causa de pedir contém as já estudadas questões de mérito (*supra*, cap. IV, n. I), que são os antecedentes lógicos, os fundamentos que o juiz toma por base para reconhecer a existência ou não do direito material afirmado pelo autor, ou seja, a procedência ou não do mérito do processo.[137]

O pedido, por sua vez, é a conseqüência do raciocínio desenvolvido na petição inicial. Como já visto acima (*supra*, cap. IV, n. I), é ele que veicula a pretensão processual do autor a uma tutela jurisdicional do Estado, para a proteção ao seu afirmado direito lesado ou ameaçado de lesão e restabelecimento do *status quo* vigente anteriormente. Ele é mérito, o objeto do processo.

136 Nesse sentido, Rodrigo Cunha Lima Freire, "Nas ações onde se postula uma providência que não pode ser juridicamente obtida no terreno extraprocessual – ações constitutivas necessárias –, entretanto, a necessidade da jurisdição apresenta-se mais intensamente. De fato, nas ações constitutivas necessárias, quando se objetiva, por meio de uma sentença, um efeito constitutivo necessário, teremos o grau máximo de necessidade, visto que, sem a prestação jurisdicional (*sentença constitutiva necessária*), não existe qualquer possibilidade prática de se constituir ou desconstituir validamente uma determinada relação jurídica", *in* Condições da Ação: Enfoque sobre o interesse de Agir", p. 161.

137 Ainda Cândido Dinamarco: "questões de mérito não se confundem com o próprio mérito: são questões relativas a ele, da mesma forma como as dúvidas sobre a regularidade do processo se definem como questões processuais mas não se confundem com o processo em si mesmo. As questões que não hajam sido solucionadas antes, sê-lo-ão na sentença, porém todas as soluções assim dadas terão sede nos *motivos* e constituirão os *fundamentos* da conclusão que virá a seguir", *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 258-259.

Partes, causa de pedir e pedido são, portanto, os elementos identificadores da demanda. É da análise deles que se poderá aferir a existência de diversos fenômenos processuais. Assim, uma demanda terá sido alterada, se modificados quaisquer dos seus elementos identificadores. Da mesma forma, ocorrerá litispendência, se for proposta ação com as mesmas partes, pedido e causa de pedir de outra já existente.

Feita esta primeira exposição sobre o conceito e conteúdo dos elementos identificadores da demanda e o papel que eles desempenham no processo, passamos a examinar a relação existente entre eles e as condições da ação.

Se as condições da ação são matéria puramente processual, elas não podem ter ligação com a situação de direito material alegada pelo autor. Todavia, tal assertiva parece não corresponder à realidade das coisas. De fato, como se buscará comprovar adiante, as condições da ação são aferidas na própria relação de direito material. É possível identificar até mesmo em que elemento da demanda elas se encontram. Examinemos cada uma delas.

A possibilidade jurídica do pedido, como o próprio nome diz, refere-se ao pedido. É a ausência de vedação, expressa ou implícita no ordenamento jurídico, à pretensão deduzida pelo autor na sua petição inicial.

Caso exista esta vedação, o pedido do autor é considerado impossível. Isto significa que o ordenamento jurídico não concede tutela à sua pretensão. Em outros termos, na impossibilidade jurídica do pedido, a lei nega o direito do autor. Há a improcedência manifesta da sua pretensão.

Não há, portanto, como sustentar que uma sentença que declare impossível o pedido do autor, não analise a pretensão processual e, conseqüentemente, o mérito do processo. Pelo contrário, ela afasta esta pretensão, pois expressa ou implicitamente defesa pelo ordenamento jurídico. [138]

138 Tanto a noção de impossibilidade jurídica do pedido corresponde à improcedência da demanda que não raramente a jurisprudência confunde os dois conceitos, equiparando-os: "*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei*

Cumpre, ainda nesse tema, lembrar a posição de Cândido Dinamarco, para quem o correto é falar em impossibilidade jurídica da demanda. Muitas vezes, o ordenamento jurídico não nega tutela diretamente à pretensão do autor, mas a seus fundamentos ou a alguma das partes da relação jurídica processual.

Nesse caso, a lei não responde negativamente ao pedido, mas a um dos outros dois elementos da demanda. Haveria, nesses casos, impossibilidade jurídica da causa de pedir ou impossibilidade jurídica de alguma das partes figurarem no pólo processual.

Em todos os casos, porém, a conseqüência jurídica é a mesma. Sendo o próprio pedido ou qualquer outro elemento da demanda impossível perante o ordenamento, haverá o julgamento do mérito, no sentido de sua improcedência. Improcedência de natureza manifesta, tendo em vista a previsão legal de impossibilidade.

O interesse de agir, como já visto (*supra*, cap. III, n. I.2), está ligado intimamente à proibição da autotutela. Uma vez que o Estado retirou do indivíduo a possibilidade de satisfazer seus direitos com suas próprias forças, teve que pôr à disposição dele um sistema eficiente para a solução de litígios. Todavia, o indivíduo só poderá se utilizar desse sistema quando efetivamente necessitar, ou seja, somente quando realmente tiver interesse.

Complementar n. 75, de 20.05.93 (artigo 270 e seus pars. 1. e 2., bem como as expressões 'não alcançados pelo artigo anterior' constantes do 'caput' do artigo 271). – Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em conseqüência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que é a da sua possibilidade jurídica. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido" (STF, ADIMC 896/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/02/96, p. 00006).

Dentre os elementos da demanda, o interesse de agir encontra-se inserido na causa de pedir remota, mais especificamente, na causa de pedir remota passiva. É da alegação do ato do réu que violou o direito do autor, pôs em dúvida a sua existência ou da própria necessidade da intervenção do Estado para a alteração da situação jurídica (tutelas constitutivas necessárias), que surge o interesse processual[139], a necessidade do autor de buscar no Estado uma tutela que satisfaça a sua pretensão. [140]

O interesse de agir do autor, portanto, será buscado na causa de pedir que, como já exposto (*supra*, cap. IV, n. I), é composta de questões de mérito cujas soluções levarão ao julgamento do mérito propriamente dito. A inexistência de interesse de agir, nesse sentido, resolve de forma negativa ao autor uma questão de mérito, o que leva à improcedência da sua demanda.

139 Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a *causa petendi* remota "engloba, normalmente, o fato constitutivo do direito de autor associado ao fato violador desse direito, do qual se origina o *interesse processual* para o demandante. O fato constitutivo do direito do autor Zanzucchi denominou de *causa ativa*; o fato do réu contrário ao direito, de *causa passiva*", in A *Causa Petendi* no Processo Civil, p. 127. Apesar de sustentar que o interesse processual é categoria autônoma e processual, Rodrigo Cunha Lima Freire reconhece que o seu aspecto necessidade deve ser buscado na causa de pedir remota: "Por outras palavras, para se considerar necessária a jurisdição, não haverá o autor de comprovar, documentalmente, que possui o direito substancial afirmado, mas, conforme o caso concreto, poderá ser fundamental a presença de determinados documentos para que o juiz verifique a imprescindibilidade da jurisdição, consoante a causa de pedir remota descrita na inicial", *in* Condições da Ação: Enfoque sobre o Interesse de Agir, p. 152.

140 Para Fábio Gomes, "não menos inadequado considerar-se o interesse de agir também condição da ação. É claro que a investigação sobre a necessidade ou desnecessidade da tutela jurisdicional, invocada pelo autor para obter a satisfação do direito alegado, implica obrigatoriamente perquirir a respeito da ameaça ou da violação desse direito, ou seja, sobre ponto pertinente à relação substancial. O exemplo declinado por Pontes de Miranda resolve facilmente o problema: se determinado credor propuser uma ação de cobrança contra um devedor e esse alegar que o autor possui em seu poder importância suficiente para compensar o crédito, sem necessidade de fazê-lo judicialmente, restaria ausente o interesse processual. Ora, para que a ausência de interesse restasse provada, só o exame a relação jurídica substancial o permitiria", *in* Teoria Geral do Processo, p. 126.

Assim, caso depois da instrução da causa, o juiz conclua que não existia a crise de direito material afirmada pelo autor, ou seja, que o réu não se opunha a sua pretensão, há julgamento de mérito, pois inexistente a causa de pedir remota passiva.

Por fim, a legitimidade *ad causam* refere-se à pertinência subjetiva da demanda, ou seja, à correspondência entre as posições de autor e réu na relação jurídica processual e às de sujeito ativo e passivo na relação de direito material.

É a legitimidade que liga as partes à causa de pedir. O autor e o réu são as partes principais do processo. Todavia, só serão partes legítimas se forem os titulares da relação jurídica de direito material que fundamenta a pretensão do autor e compõem a causa de pedir.

Não havendo o nexo entre esses dois elementos da demanda, ou o autor não terá direito material alegado ou, se tiver tal direito, não será em face do réu. Conseqüentemente, haverá o julgamento do mérito da demanda, no sentido de sua improcedência. [141, 142]

141 "Se o autor afirma, na inicial, que quer prestação alimentícia de seu amigo de infância, que brigou com ele depois de vinte anos de amizade, faltar-lhe-ia legitimidade para a causa; mas diria também o juiz, Afirma Marinoni com acerto, que o autor não tem pretensão de direito material, e, por conseqüência, *ação material*, na lição de Pontes de Miranda – o que é problema de mérito. Trata-se de caso de improcedência *prima facie*, ou como diria Marinoni, improcedência macroscópica", Fredie Souza Didier, Júnior, *in* Um Réquiem às Condições da Ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto, p. 71-2.

142 Mesmo que se trate legitimação extraordinária, a presença da condição da ação será buscada na relação jurídica de direito material nos termos da noção de representatividade adequada. Segundo Bedaque, "tratando-se de legitimação extraordinária, não se pode prescindir da relação jurídica de direito material. Sustenta-se, com sólidos argumentos, a necessidade de haver nexo entre as relações jurídicas de titularidade do legitimado ordinário e do extraordinário. A legitimação extraordinária somente é admissível quando se tratar de mecanismos destinados 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", *in* Direito e Processo, p. 81.

Como visto, não há como negar que as condições da ação são questões de mérito. Elas são verificadas na relação jurídica de direito material que será introduzida no processo através de elementos da demanda.

Dentre esses elementos, relevante é o papel desempenhado pela *causa petendi*, que fundamenta a pretensão do autor (pedido) e fornece os contornos da situação fática deduzida[143], contendo as questões de mérito.

As condições da ação encontram-se inseridas na causa de pedir. Nesse sentido, já asseverou Moacyr Amaral Santos que "na exposição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, na *causa petendi*, do que decorre o *pedido*, deverão transparecer as condições da ação – a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação para agir, o interesse de agir". [144]

III. Natureza Jurídica das Condições da Ação: Questões de Mérito

Existem diversos posicionamentos referentes à natureza jurídica das condições da ação, todos com suporte em doutrina abalizada. Parece, todavia, ser mais coerente, apesar do positivado no Código de Processo Civil, reconhecer que as condições da ação são questões de mérito.[145]

Para que se verifique a presença de qualquer delas, o juiz deve se valer da relação jurídica de direito material[146]. A decisão pela ausência de qual-

143 Segundo Bedaque, "a causa de pedir é elemento essencial da ação, pois revela a conexão entre o provimento jurisdicional pleiteado pelo autor e a pretensão por ele formulada. O provimento será emitido em razão de uma situação jurídica material", *in* Direito e Processo, p. 85.

144 Moacyr Amaral Santos, *in* Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. II, p. 133.

145 Segundo Márcio Luiz Fogaça Vicari, "é evidente que o 'joeiramento prévio' que Liebman defendia em relação ao exame das condições da ação é já exame de mérito, e com ele se confunde", *in* Breves considerações sobre a ação, p. 89.

146 Apesar de sustentar a teoria assertista, afirma Bedaque que "os dados para a verificação das condições da ação são todos fornecidos pelo direito material. Examinar condições da ação significa voltar os olhos para a relação jurídica de direito material", *in* Direito e Processo, p. 74. Ainda, Bedaque: "Trata-se, portanto, de análise de questões de mérito, ainda que feitas no condicional, hipoteticamente. Isto é, o juiz examina os fatos constantes da petição inicial, ou segundo apresentados em ato de instrução superficial (nas ações possessórias,

quer das condições da ação levará sempre à apreciação do pedido feito pelo autor, sua pretensão processual que, segundo estudo acima realizado (*supra*, cap. IV, n. I) [147], é o objeto do processo, o mérito deste.

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

As condições da ação, porém, não são propriamente o mérito, o pedido do autor, mas questões de mérito[148]. São questões que precedem ao julgamento do mérito, que devem ser resolvidas pelo juiz antes da apreciação deste, mas que determinam o seu convencimento em um ou outro sentido. [149]

a audiência de justificação configura ato de instrução prévia, preliminar, que permite tão-somente a verificação da possibilidade jurídica, legitimidade e interesse), e conclui a respeito das condições", *in* Direito e Processo, p. 84.

147 Galeno Lacerda entende que "podemos definir mérito da ação processual como a propriedade de o pedido do autor conformar-se ou não com o direito e, em conseqüência, ser acolhido ou rejeitado. Assim, todo juízo sobre o pedido será sentença de mérito", *in* Despacho Saneador, p. 83.

148 Barbosa Moreira, ao estudar a fundamentação da sentença, define questões da seguinte forma: "esses motivos, razões ou fundamentos hão de resultar, necessariamente, do exame das *questões* – suscitadas pelas partes ou apreciadas *ex officio* – cujo desate constitua pressuposto lógico da solução do litígio: puras questões de direito, puras questões de fato que já envolvam aplicação do direito a fato ou fatos, mas situadas ainda no campo das *premissas*, e não no da conclusão (prejudiciais)", *in* Temas do Direito Processual, vol 1, p. 92. Conforme ensina Carnelutti: "Poichè la decisione sulla litte, o meglio la decisione sulla pretesa o sulla contestazione si ottiene risolvendo le questione (...), le questione risolute rittornano ragioni della decisione; pertanto i concetti di ragione e di questione sono strettamente correlativi: le ragione (della pretesa o della contestazione) diventano questioni (del processo) e queste si risolvono in ragioni (della decisione), *in* Sistema del Diritto Processuale Civile, v. I, p. 353.

149 Para Adroaldo Furtado Fabrício, "poder-se-ia usar em referência a elas (condições da ação), ainda que com certa temor à sua ambigüidade, a designação 'prejudicial de mérito', no sentido de que sua resolução não esgota as questões de mérito, mas pode tornar-se desnecessário o exame de outras delas, tal como ocorre com a prescrição, a decadência e, em geral, as denominadas 'exceções substanciais', *in* Extinção de Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 22.

Assim, ao constatar a ausência de uma condição da ação, o juiz deverá, obrigatoriamente, entender pela improcedência da demanda, uma vez que respondeu negativamente a uma questão de mérito condicionante ao acolhimento do pedido do autor. [150]

Se constatar a presença de todas as condições da ação o juiz deverá continuar no exame das demais questões de mérito subordinantes do julgamento da demanda no sentido de procedência.

As condições da ação não podem ser consideradas matéria processual, desvinculada do objeto do processo, simples preliminares ao exame do mérito. Elas constituem premissas lógicas para a solução do litígio, são questões de mérito.

Destarte, a sentença proferida no processo, que o extingue por ausência de uma das condições da ação, examina alguns dos fundamentos do pedido feito pelo autor na inicial e, em conseqüência, decide a respeito dele no sentido da improcedência. Aprecia, inegavelmente, o mérito da demanda.[151]

Ao contrário do disposto no art. 267, do CPC, ausência de qualquer das condições da ação não impede a apreciação do mérito da demanda. Há, outrossim, sentença de improcedência e a conseqüente extinção do processo com julgamento do mérito.

A categoria das condições da ação não configura um terceiro gênero de questões postas à apreciação do juiz antes da análise do mérito. Sua verificação já corresponde a uma análise deste. São dois, nesse sentido, os tipos de questões que o juiz deve apreciar num determinado processo: pressupostos processuais e mérito.

150 "A impossibilidade jurídica fulmina o pedido, objetivamente considerado, por falta de amparo legal. A ilegitimidade para a causa vicia também o pedido, por inaptidão do sujeito em relação ao objeto", Galeno Lacerda, *in* Despacho Saneador, p. 88.

151 "Quando o juiz declara inexistente uma das 'condições da ação', ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é, já, sentença de mérito", Ovídio Batista da Silva, *in* Curso de Processo Civil (processo de conhecimento), p. 90.

Não se adota, entretanto, a teoria do binômio, defendida pelos processualistas do Rio Grande do Sul, de sua forma pura.[152] Apesar de entendermos que as condições da ação são questões de mérito, propugnamos pela sua subsistência no ordenamento jurídico. Elas devem permanecer, pois, se entendidas como questões de mérito, desempenham uma função de suma importância para o processo, em prol do acesso à justiça de forma efetiva.

As condições da ação têm um caráter eminentemente instrumental, pois identificam situações em que a pretensão do autor se mostra manifestamente improcedente. Em virtude dessa improcedência manifesta do pedido do autor, legitima-se o conhecimento do juiz de ofício da ausência dessas condições e o conseqüente julgamento do mérito da demanda, com a solução definitiva do litígio e a pacificação social, fim último do direito processual.

As condições de ação desempenham função de extrema relevância na atual sistemática do processo civil brasileiro. Entendidas da forma aqui sustentada, elas seriam o conjunto de questões de mérito, que impede a continuação de um processo que se mostra, desde já, passível de julgamento, pois traz em seu bojo, pedido manifestamente improcedente.

Os termos condições da ação e carência de ação, nesse sentido, não são de forma alguma, os melhores indicativos do fenômeno a que ora se refere. Todavia, devido ao positivado pelo nosso ordenamento e à própria prática forense, continuarão a ser utilizados nesta obra,

152 Fábio Gomes, *in* Carência da Ação, p. 61. Por mais que concordemos com este autor no tocante à natureza jurídica das condições da ação, não há, todavia, como não refutar a sua afirmativa no sentido de que há um "comprometimento ideológico" da doutrina que defende a existência das condições da ação com um "sentimento conservador e autoritário" (*in* Teoria Geral do Processo, p. 122). Pelo contrário, mesmo na visão de Liebman, da qual esta autora discorda, as condições da ação foram desenvolvidas para desempenharem função de alta relevância na busca incessante do Estado pela efetividade da prestação jurisdicional e conseqüente ampliação do acesso à justiça, valores totalmente dissociados e conflitantes com o suposto "sentimento conservador e autoritário".

devendo ser encaradas, contudo, com o conteúdo acima explanado (*supra*, cap. IV, n. III).

IV. O Julgamento Antecipado do Mérito e o Posicionamento de Liebman

Foi Liebman o criador da teoria das condições da ação da maneira como ela hoje se encontra estruturada. Foi ele quem desenvolveu a idéia de condições da ação como um terceiro conjunto de questões a serem apreciadas pelo juiz no julgamento da demanda, não se confundindo com seu mérito.

Sustenta Liebman que entre as condições da ação "não se inclui a procedência da pretensão do autor, porque a ação não é o direito de ver acolhido e sim, mais simplesmente, de ver julgado o pedido formulado. Que ele seja acolhido ou rejeitado é assunto que cabe ao Juiz decidir como resultado de seu conhecimento da lide, e que se resolve de conformidade com o direito aplicável à espécie. Do ponto de vista processual, a ação é o direito ao julgamento do pedido, não a determinado resultado favorável do processo. Assim sendo, é lógico que as condições da ação, como requisitos que condicionam o conhecimento do mérito, não podem estar incluídas no mesmo".[153]

Liebman nega a natureza material das condições da ação e afirma que elas são instituto de direito processual. Sua inexistência impede que o juiz conheça o mérito da demanda. Ao reconhecer a ausência de uma das condições da ação, o juiz deverá extinguir o processo sem o julgamento do mérito por carência de ação, ou seja, pela ausência de direito de ação do autor.

Para ele, a existência das condições da ação poderia ser verificada durante todo o desenrolar do processo. A carência de ação, portanto, poderia ser reconhecida na sentença e, até mesmo, pelo tribunal, em sede de eventual recurso.

153 Liebman, *in* Despacho Saneador e Julgamento do Mérito, p. 751-752.

Mas um dos principais momentos em que o juiz deveria analisar a presença das condições da ação seria o do "despacho"[154] saneador. Seria nessa oportunidade que o juiz verificaria a viabilidade do processo e decidiria questões antecedentes ao mérito.

Nas palavras do Mestre, "a atividade do Juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Por outro lado, o princípio da economia processual aconselha que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio da *depuração*, do *saneamento* do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo". [155]

O "despacho" saneador teria a função de organizar o processo e resolver questões preliminares da demanda, sem que, contudo, fosse possível ao juiz, nessa etapa do procedimento, decidir qualquer questão relativa ao mérito do processo.

Liebman sempre foi um defensor ardoroso da oralidade no processo civil. Para ele, a oralidade é um dos cânones do direito processual, um princípio fundamental que não pode ser mitigado. Em conseqüência dessa premissa, Liebman entende que o juiz não pode emitir uma decisão de mérito sobre o processo sem a realização da audiência de instrução e julgamento, que permita seu contato com as partes

154 Em verdade, não se trata de um despacho de mero expediente, mas de uma decisão interlocutória, que desafia agravo de instrumento.

155 Liebman, *in* Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito, p. 737.

e com a prova do processo. Seria inconcebível, para ele, o julgamento antecipado do mérito.

Sua posição fica muito clara quando afirma que "suprimir a audiência é o mesmo que suprimir a oralidade, ainda mais no sistema construído pelo legislador brasileiro, em que a única audiência é a de instrução e julgamento, destinada ao conhecimento do mérito (...). Eliminar a audiência significa, pois, frustrar completamente as finalidades do legislador, não só porque impede a realização do debate oral, mas também porque tira às partes a única oportunidade que lhes concedeu a lei para dar suficiente desenvolvimento às respectivas razões e alegações (...). Não é exagero dizer que a realização da audiência é uma garantia essencial e imprescindível de um conhecimento suficiente da causa por parte do Juiz. As partes têm o direito a que ela se realize, em conformidade com as disposições da lei. A súbita decisão da lide, proferida em um momento em que o Juiz está apenas habilitado a sanear o processo, constituiria uma surpresa que poderia ser fonte de graves e irreparáveis conseqüências e deve por isso ser considerada como motivo de nulidade da sentença intempestivamente pronunciada". [156]

Verifica-se, portanto, que dentro da lógica do pensamento de Liebman é inconcebível um julgamento de mérito antes da realização da audiência. Todavia, para evitar a continuação de um processo que, desde o início da demanda, não possua condições de prosperar, por inexistência manifesta dos "requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada",[157] Liebman criou a categoria das condições da ação.

156 Liebman, *in* O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito, p. 742. Segundo Liebman, "a característica fundamental da reforma introduzida pelo Código de Processo Civil (1939) foi, como se sabe, a instituição do processo oral. A oralidade foi concebida como o principal instrumento para garantir por sua vez todos os outros intuitos visados pelo legislador, a concentração das atividades instrutórias na audiência, contato imediato do Juiz na apreciação das provas, a direção do processo nas mãos do órgão jurisdicional e, acima de tudo, a concepção do processo como instrumento público de administração da justiça", *in* Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito, p. 742.

157 Liebman, *in* Despacho Saneador e Julgamento do Mérito, p. 748.

Expostas as premissas, fica mais fácil entender por que, para Liebman, as condições da ação não poderiam constituir hipóteses de improcedência manifesta do pedido. Dentro da lógica da sua construção, calcada na oralidade e na obrigatoriedade da realização da audiência de instrução e julgamento, a extinção do processo por ausência de uma das condições da ação, não poderia configurar julgamento do mérito.[158]

Portanto, por uma questão não somente principiológica, mas também pela própria coerência, as condições da ação, no pensamento de Liebman, têm que ser concebidas como categoria autônoma, de natureza processual, que impede o julgamento do mérito, pois sua ausência pode ser reconhecida desde o início do processo, no próprio despacho saneador e antes mesmo da realização da audiência de instrução e julgamento.

158 Galeno Lacerda, que entende que o julgamento das condições da ação possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam* é um julgamento de mérito, percebe a impossibilidade de se reconhecer a natureza material da sentença de carência dentro do pensamento de Liebman. Segundo o autor, "Liebman nega peremptoriamente a possibilidade de decidir-se sobre o mérito no saneador: 'De modo algum e em nenhum caso pode o juiz, ao proferir o despacho saneador, decidir também o mérito; não porque a natureza do despacho impeça tal decisão, mas porque a lide não pode ser julgada sem a prévia realização da audiência'. Como, porém, ele inclui no objeto do despacho o conhecimento das condições da ação, a conclusão é que recusa a essas condições a qualidade de matéria de mérito. E assim procedendo, assume posição indefensável. Ouçamo-lo: 'As condições da ação são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada'. E que significa julgar a lide? 'Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida'. E lide? 'Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a *lide*, ou seja, o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz'. Que concluir da análise da primeira definição, em confronto com as restantes? Se 'as condições da ação são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada', segue-se que, não os possuindo, não será julgada. Senão o for, o pedido do autor não será decidido (pois 'julgar a lide é decidir o pedido'), e, portanto, não se resolverá o conflito de interesses. Daí decorre que, não resolvido o conflito, ou a lide, não haverá coisa julgada material. Em conseqüência, se o juiz repele por impossibilidade jurídica (condição da ação) uma ação de cobrança de dívida de jogo, ou de divórcio a vínculo, não julga a lide e, portanto, não resolve o pedido; a decisão não será de mérito, inexiste coisa julgada material!", *in* Despacho Saneador, p. 80-81.

Mas essa, contudo, não é a lógica do nosso Código de Processo Civil de 1973 que, apesar da advertência de Liebman, optou por introduzir no nosso ordenamento a possibilidade do julgamento do mérito na fase de saneamento (art. 330, CPC).[159]

Não é incompatível com a lógica do nosso sistema jurídico o reconhecimento de que o julgamento que entenda pela ausência de uma das condições da ação seja de mérito, pois o legislador de 1973 optou por permitir o julgamento antecipado do mérito em hipóteses excepcionais, mesmo antes da audiência de instrução e julgamento.

É bem verdade que o art. 267, VI, do Código de Processo Civil dispõe que a ausência de uma das condições da ação extingue o processo sem o julgamento do mérito. Essa questão será enfrentada adiante nesta obra (*infra*, cap. IV, n. V). Por ora, o que se pretende salientar é a inexistência de incompatibilidade do entendimento aqui sustentado com os princípios adotados pelo nosso modelo processual. A oralidade no moderno direito processual brasileiro é uma exceção (procedimento sumário e juizado especial cível), uma vez que predomina o procedimento escrito[160].

Se proferida "liminarmente", portanto, a sentença de carência de ação configura um julgamento antecipado do mérito.

159 "Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer a revelia (art. 319)".

160 De fato, no atual processo civil, é mitigada a aplicação dos elementos característicos do processo oral. As decisões interlocutórias são em regra recorríveis, a identidade física do juiz é ocasional e não obrigatória e a concentração dos atos judiciais encontra-se prejudicada em virtude do acúmulo de processos nos órgãos jurisdicionais.

Em alguns casos, inclusive, fica difícil distinguir os casos de impossibilidade jurídica do pedido da hipótese de julgamento antecipado do mérito prevista no art. 330, I, qual seja, quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

De fato, se o próprio autor afirma, v.g., na petição inicial que sua pretensão se fundamenta em dívida de jogo, haverá ausência da referida condição da ação. Todavia, como o próprio demandante reconhece a proveniência de sua dívida, o magistrado não precisará produzir nenhuma outra prova, pois a improcedência de seu pedido é manifesta, legitimando o julgamento antecipado do mérito.

Não há, pois, por que não reconhecer a natureza material das condições que, como já visto acima (*supra*, cap. IV, n. III), não se distinguem ontologicamente das questões de mérito, pois são buscadas na própria relação jurídica de direito material.

Nunca é demais salientar que a possibilidade de reconhecimento liminar de ausência de uma condição da ação, como todo julgamento antecipado do mérito da demanda, só poderá ocorrer quando não houver dúvidas por parte do magistrado a respeito da improcedência do pedido do autor. Se a situação não se mostra clara, deve ele deixar que a relação jurídica processual se desenvolva e que as partes produzam as provas necessárias a formar seu conhecimento de maneira mais precisa. O princípio da ampla defesa, garantido constitucionalmente, deve sempre ser priorizado nessas situações.

Só a ausência manifesta de condições da ação leva, portanto, ao julgamento do antecipado do mérito da demanda, no início do processo e antes da audiência de instrução e julgamento.

Entretanto, como se verá adiante (*infra*, cap. V. n. VI), o reconhecimento da improcedência manifesta do pedido por ausência de condições da ação pode ocorrer a qualquer tempo, no decorrer do iter procedimental, ou seja, no início do processo e antes mesmo da citação; no despacho saneador; no momento da prolação da sentença; ou até mesmo no julgamento de eventual recurso.

Se ocorrer uma das duas primeiras hipóteses, o julgamento será antecipado, mas nem por isso deixará de ser de mérito. O fato de esse reconhecimento decorrer de uma análise superficial não prejudica o entendimento ora sustentado, como será exposto no decorrer da obra (*infra*, cap. V. n. V).

V. Os art. 267, VI e 301, X, do Código de Processo Civil

Não se pode negar que o art. 267, do Código de Processo Civil dispõe de forma peremptória que as hipóteses por ele previstas (dentre elas, a ausência de condições da ação), extinguem o processo sem o julgamento do mérito.

O CPC, como já exposto (*supra*, cap. II, n. III.2.1), adotou a teoria de Liebman, entendendo que as condições da ação são uma terceira categoria de questões que precedem a apreciação do mérito da demanda.

Todavia, apesar do texto legal, o intérprete não pode se furtar a buscar o verdadeiro conteúdo dos institutos fundamentais da sua ciência. Assim, independentemente do previsto em lei, não há como negar que as condições da ação, ontologicamente, não diferem das questões de mérito.

O ordenamento jurídico não é capaz de alterar a natureza jurídica de um instituto. Há de se reconhecer que o CPC, ao inserir as condições dentre as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267) e ao eleger a carência de ação como preliminar ao mérito, a ser alegada pelo réu, em sede de contestação (art. 301), cometeu erros. Distinguiu realidades que, na essência, são a mesma.

Os estudiosos do direito, todavia, não podem aceitar estes equívocos e se absterem de questionar a escolha realizada pelo legislador. Devem buscar o real conteúdo dos seus institutos, ainda que ele não corresponda ao positivado.

Ora, grande parte da doutrina reconhece que apesar de estar incluída dentre as hipóteses de indeferimento da petição inicial (art. 267, I, cc. art. 295, IV, CPC), a prescrição e a decadência, na verdade, extinguem o processo com o julgamento do mérito, havendo o ordenamento processual cometido um erro.[161] Vários autores apontam o equívoco cometido pelo legislador ao afirmar que o denunciado, ao entrar no processo, assume posição de litisconsorte do denunciante, na ação originária. Por que também não reconhecer que o art. 267, VI e o art. 301, X, CPC, pecaram por não corresponderem à realidade das coisas?

"Aliás, é milenar a concepção segundo a qual a nomenclatura ou expressões usadas devem ceder passo à essência e à realidade evidentes (*Nihil interest de nomine, cum de corpore constat*). Já proclamou o nosso Pretório Excelso que 'a lei não pode transformar o quadrado em redondo" (RTJ 45/564)'.[162, 163]

161 Barbosa Moreira, ao estudar a extinção do processo segundo o previsto pelo art. 329, do CPC, sustenta que "A remissão do art. 329 ao art. 267, no que concerne ao inciso I deste, há de entender-se no sentido de que o juiz extinguirá o feito, no momento de que se cogita, se verificar a existência de falha ou irregularidade que justificaria, caso percebida de imediato, o indeferimento da inicial, consoante o art. 295. É inevitável certa superposição, porque várias das hipóteses do art. 295 se acham mencionadas, em disposições específicas, noutros incisos do art. 267: basta confrontar, *v.g.*, o inciso VI, relativo às 'condições da ação', com os textos do art. 295, *caput*, ns. II e III, e parágrafo único, nº III. Isso para não falar da possibilidade, já recordada, de indeferir-se a inicial com fundamento em prescrição ou decadência (isto é, por motivo *de mérito*), o que faria oportuna, quando menos, uma ressalva no próprio art. 267, nº I. A técnica do Código, na matéria, fica longe do grau desejável de apuro; os diversos textos precisam ser forçados aqui e ali para se ajustarem uns aos outros – e algumas articulações rangem de modo inquietante...", *in* Temas de Direito Processual: quinta série, p. 87. Também Adroaldo Furtado Fabrício: o "grave, porém, é ter entrado aí (art. 295, CPC) a proclamação judicial da decadência ou prescrição (inc. IV do *caput*), que o mesmo Código afirma, em perfeito acerto, ser tema de mérito (art. 269, IV). Não temos dúvida em afirmar que esta disposição legal há de prevalecer sobre a conjugação legal daquelas outras, por mais afinada com a boa doutrina e com o sistema da própria codificação. Aí se identifica, pois, pelo menos um caso em que o indeferimento liminar, ao contrário do afirmado no art. 267, envolve o mérito", *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 11.

162 Fábio Gomes, *in* Carência de Ação, p. 63.

163 O mesmo Fábio Gomes, ao sustentar a insubsistência das condições da ação, preleciona que "nosso Código de Processo Civil, entretanto, acabou por emprestar respaldo legal a essas condições (art. 267, VI), bem como à carência da ação (art. 301, X). E isso fez que um dos mais ilustres processualistas gaúchos se rendesse ao direito legislado, embora declinando sua convicção em sentido contrário. Não pactuamos com esta submissão, com efeito, pois estamos frente a uma realidade que enseja um exame conforme ela própria, e não consoante outra criada pela lei; e esta não tem força para mudar uma realidade evidente", *in* Carência de Ação, p. 61. Para Adroaldo Furtado Fabrício, "A opção do Código pela 'teoria eclética' de Liebman relativamente à natureza do direito de ação não impede que se continue a discutir-se se o exame judicial das 'condições da ação' envolve ou não o *meritum causae*", *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 26.

Instrumentalidade do Processo

I. A Instrumentalidade do Processo

Passada a primeira fase de desenvolvimento do direito processual e a sua busca incessante por reconhecimento como ciência autônoma, iniciou-se, a partir da segunda metade do século passado, um novo movimento doutrinário, que procurou repensar toda a ciência processual.

Como já não havia mais que se afirmar a autonomia do processo em face do direito material, uma vez que esta questão já estava pacificada, os processualistas passaram a buscar menos a técnica apurada e mais a efetividade do processo. Em outros termos, reconheceu-se que, embora autônomo, o direito processual se relacionava com o direito substancial, pois era o *meio* através do qual o Estado garantia a integridade do seu ordenamento jurídico e a pacificação das relações sociais.

Conforme ensina Cândido Dinamarco, "fundada a ciência, definido o seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de *maturidade* mais do que satisfatório no direito processual (...) chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo".[164, 165]

164 Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 20-21.

165 Bem sintetiza Kazuo Watanabe: "Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizaram a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, 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 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 estudo 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 meramente nominal ou formal", *in* Da Cognição no Processo Civil, p. 16.

O processo é hoje encarado como o instrumento utilizado pelo Estado para a concretização dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico substancial e conseqüente realização de justiça. Qualquer estudo relacionado a ele deve ter uma perspectiva teleológica e não um fim em si mesmo.

A visão instrumental do processo liga-se à própria legitimidade do exercício do poder estatal, pois, a partir do momento em que o Estado tomou para si a tutela dos direitos dos seus cidadãos, reduzindo ao mínimo as hipóteses de autotutela, ele passou a arcar com a responsabilidade de garantir de maneira efetiva a realização destes direitos.

Essa efetividade, porém, não pode se limitar a uma previsão formal de existência de mecanismos judiciários para a defesa de direitos, mas deve corresponder a uma garantia substancial que busque eliminar óbices ao acesso à justiça e ampliar o alcance da tutela jurisdicional a direitos não amparados.[166]

Conforme ensina Cândido Dinamarco: "Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem

166 "O processo é, sem dúvida alguma, um instrumento de tutela efetiva dos direitos. E essa instrumentalidade, como já ficou acentuado (v. Cap. 1, *supra*), deve ser substancial, no sentido de preordenação do processo à missão de oferecer a todos os meios necessários ao amparo efetivo e pleno dos direitos e interesses contra qualquer forma de violação ou ameaça de ofensa, ou denegação de justiça", Kazuo Watanabe, *in* Da Cognição no Processo Civil, p. 66.

do Poder Judiciário, legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade estendida a diversas entidades representativas); e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame do mérito dos atos administrativos, superando a idéia fascista da *discricionariedade* e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usada como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional. Nessa e em outras medidas voltadas à *universalização do processo e da jurisdição* reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça".[167]

Para o processualista moderno, a instrumentalidade[168] deve ser, acima de tudo, efetiva. O processo deve ser capaz de conceder aos cidadãos todos os meios adequados para a realização de seus direitos. Nesse contexto, insere-se a cláusula do devido processo legal, com todas as garantias a ele inerentes e que, se realmente aplicada, será o suporte das partes para a consecução do acesso à ordem jurídica justa.

Diante do exposto, justifica-se o estudo dos institutos processuais sob esta nova ótica, ou seja, as figuras fundamentais de processo civil devem ser revisitadas não para a busca de um tecnicismo puro e despido de finalidade, mas, principalmente, para que se alcance sua natureza instrumental, para a adaptação de seu conteúdo ao novo momento metodológico do direito processual, enfim, para que estes institutos possam efetivamente auxiliar o processo na consecução de seus escopos.[169]

A instrumentalidade do processo constitui, portanto, o novo método de estudo da moderna ciência processual e a análise de qualquer instituto seu tem que ser realizada por esse ângulo.

167 Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 304.

168 "A *instrumentalidade do processo* é vista pelo *aspecto negativo e pelo positivo*. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (v. nn. 34 e 35; v. ainda n. 1); o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia de instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção de resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da "efetividade do processo" e conduz à assertiva de que "o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais" (v. nn. 34 e 36)", Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 319.

II. O Direito de Ação na Perspectiva Instrumental

Após a já estudada evolução pela qual passou o conceito de ação (*supra*, cap. II), parece hoje não mais restar dúvidas a respeito da sua autonomia e do seu caráter abstrato.

Para a maioria dos autores modernos, a discussão a respeito da natureza jurídica da ação está superada.[170] Toda as questões suscitadas em torno do caráter concreto ou abstrato da ação tiveram sua importância quando da formação da ciência processual, mas, uma vez ultrapassada a primeira fase de estruturação e fixação de conceitos básicos, a problemática perdeu relevância.

169 Segundo Bedaque: "O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária 'identidade ideológica entre processo e direito substancial', permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos. Nessa concepção axiológica do processo, como instrumento de garantias de direitos, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça. Os princípios gerais de direito processual sofrem nítida influência do 'clima' institucional e político do país", *in* Direito e Processo, p. 19.

170 Para Bedaque, "As grandes questões envolvendo as várias teorias sobre a natureza da ação constituem preocupação já superada. A moderna ciência processual não se ocupa delas, pois se entende que tais construções doutrinárias cumpriram bem seu papel, contribuindo para a evolução dos institutos processuais. Necessário seja o tema tratado em conformidade com a visão atual da ciência processual, com ênfase para a preocupação fundamental do processualista hoje, qual seja, a efetividade do processo. O grande desafio do operador do processo está centrado no problema maior da efetividade e na necessidade de se desenvolverem mecanismos aptos a alcançar esse objetivo", *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 61.

Hoje em dia, sobressai a natureza instrumental da ação [171]. Realmente, discussões filosóficas a respeito do conceito de ação perdem sentido a partir do momento em que não trazem muitas conseqüências práticas, não influindo no dia-a-dia forense, não ampliando o acesso à justiça ou a efetividade do processo, maiores preocupações dos processualistas modernos.

Importante, portanto, revisitar o instituto do direito de ação, tendo em vista não mais discussões acadêmicas quanto à sua natureza abstrata ou concreta, mas sob uma perspectiva instrumental.

Bedaque é um dos que propugna por esse estudo. Para ele, a "revisão conceitual do fenômeno da *ação* mostra-se adequada à realidade da ciência processual. Não parece mais conveniente continuarmos nos grandes debates sobre a natureza da ação. Devemos extrair dessa garantia constitucional significado útil para o destinatário, cujo objetivo é obter a satisfação do suposto direito violado. Têm valor meramente histórico, portanto, as considerações a respeito da natureza abstrata ou concreta da ação, de seu caráter condicionado ou incondicionado (...). Mas o interesse no exame desse instituto ainda persiste se mudarmos o ângulo de visão, para examiná-lo à luz de sua contribuição para a efetividade do processo".[172]

A maneira de se estudar o conceito de ação, hodiernamente, leva em consideração principalmente a sua dimensão constitucional.[173]

171 Segundo Cândido Dinamarco, "é a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da **via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos**, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução" (destaque nosso), *in* Instrumentalidade do Processo, p. 23.

172 Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 62.

173 O estudo do processo tendo como método a Constituição é o defendido pela doutrina instrumental: "Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual* constitucional e que consiste na condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito, significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira que a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade)", Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 24-25.

A Constituição Federal insere o acesso à justiça como garantia[174] fundamental do indivíduo, no seu art. 5º, inc. XXXV ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito"). Esse dispositivo garante simultaneamente o direito de ação e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Trata-se de um direito da personalidade, ou seja, um direito inerente ao ser humano, que integra o seu patrimônio jurídico.

O direito de ação, atualmente, não mais é encarado simplesmente como direito de ingresso ao Poder Judiciário. Ele abrange, também e principalmente, a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, o direito a todos os meios de defesa e proteção do direito material afirmado pelo autor.[175]

174 Comoglio define o conceito de garantia nos seguintes termos: "In generale, si intende per 'garanzia' ogni strumento o presidio tecnico-giuridico, il quale sia in grado di far convertire un diritto puramente 'riconosciuto', o 'attribuito' in astratto dalle norme, in un diritto *effettivamente* 'protetto' in concreto, e quindi suscetibile di piena 'attuazione' o 'reintegrazione' ogni qual volta risulti violato", *in* Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a Confronto), Repro 90, p. 100.

175 "In senso stretto, *azione* è (non soltanto la possibilità, ma) l'accesso effettivo alle corti ed ai tribunali, ossia il potere dell'attore di promuovere il procedimento civile, proponendo una domanda giudiziale nei confronti di chi debba essere citato o convenuto dinanzi al giudice. In senso più lato, *azione* è anche, per chi proponga la domanda, il diritto di essere 'ascoltato' dal giudice ed il potere di agire nel corso del giudizio, allegando i fatti rilevanti, producendo o facendo assumere le prove, trattando e discutendo la causa, affinchè il giudice

Não basta que o nosso sistema jurídico garanta o livre acesso aos órgãos jurisdicionais. É necessário, ainda, que o ordenamento preveja instrumentos hábeis a conceder ao autor todos os meios necessários para que ele realize de forma efetiva suas posições processuais e prove suas alegações. Além disso, o sistema deve conceder a quem realmente demonstre estar amparado pelo direito substancial tutela jurisdicional eficaz a esse direito.

O direito de ação, modernamente, está estritamente vinculado à noção de devido processo constitucional. Assim, ele abarca em seu conteúdo todas as garantias que compõem o chamado *modelo processual brasileiro*[176], dentre elas, contraditório, ampla defesa, igualdade das partes, publicidade, motivação e proibição de provas ilícitas.

Todavia, não basta a mera previsão em abstrato de tais garantias. Elas devem ter aplicação concreta no processo. Para que realmente se conceda ao autor direito de ação, com o conteúdo que esta obra visa conferir a este instituto, é imprescindível que todas as garantias que compõem o devido processo constitucional sejam substanciais e não puramente formais.[177]

possa pronunziarsi sul merito di quella domanda, dichiarandola fondata oppure no", Comoglio *in* Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a Confronto), Repro 90, p. 113

176 Para Bedaque, "o legislador constitucional determina os princípios e as garantias essenciais ao método utilizado pela jurisdição para a solução de controvérsias, instituindo o *modelo processual brasileiro*. O direito de ação nada mais é do que o direito ao modelo processual estabelecido na Constituição da República. Acesso à justiça, ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do *devido processo constitucional*. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *équo, correto e giusto*", *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 67.

177 "Anzitutto, sono *garanzie* in senso formale o statico quei profili strutturali che *rafforzano dall'esterno* – ad es., com la *rigidità* delle norme costituzionali o con l'adozione delle c.d. *riserve di legge* – la stabilità e l'opponibilità dei principi o dei

É o juiz quem deve zelar, no caso concreto, pela observância das garantias constitucionais do modelo processual brasileiro, fiscalizando o desenrolar da atividade processual das partes e assumindo uma postura ativa em relação ao processo.

Já é pacífico na doutrina processual atual que o juiz imparcial e distante das partes não equivale ao juiz neutro e desinteressado na boa prestação da atividade jurisdicional. Não mais se admite o juiz passivo e inerte no desenvolvimento da relação jurídica processual. Outrossim, ele é o principal responsável pela fiscalização da atividade das partes e do cumprimento de todas as garantias processuais que, como salientado, configuram prescrições substancias e não meramente retóricas. [178]

Pode-se concluir, portanto, que o direito de ação constitucional é abstrato, independente da efetiva existência do direito material afirmado, mas está longe de ser completamente destituído de conteúdo.

Hoje em dia, sobressai a importância e a instrumentalidade do direito de ação, primeiramente, enxergado como "cobertura geral"[179]

diritti garantiti, nei confronti di qualsiasi potere ordinário dello Stato, nonchè la loro tendenziale immodificabilità nel tempo. Sono, invece, *garanzie* in senso *attuativo e dinâmico* quegli *strumenti giurisdizionali* che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale – per assicurare condizioni *effettive* di godimento a qualsiasi diritto 'attribuito' o 'riconosciuto' da quelle norme fondamentali. Ma è chiaro che la prima accezione si rivela piuttosto 'debole', privilegiando la mera 'costituzionalizzazione' estrinseca, senza particolare ambizione di revisione innovativa, di taluni principi e diritti già consacrati nella legislazione ordinaria; mentre la seconda è fortemente innovativa e 'concretizzatrice', mirando a conferire ai valori 'costituzionalizzati' un significato del tutto autonomo e coerente con il nuovo contesto normativo, sì da realizzarne l'*effettività*, in piena indipendenza dalle fonti preesistenti da cui esse formalmente provengano", Comoglio *in* Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a Confronto), Repro 90, p. 100-101.

178 "A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da '*postura instrumentalista* que envolve a ciência processual'. Essa postura contribui, sem dúvida, para a 'eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos'. Contribui, enfim, para a 'efetividade do processo'", Bedaque, *in* Poderes Instrutórios do Juiz, p. 110.

179 Segundo Flávio Yarshell, "não há como 'descrever' a *ação* que – para empregar o que foi examinado em tópicos precedentes – é essencialmente *conceitual* e

do sistema de direitos previstos no ordenamento jurídico, ou seja, como garantia de que toda pretensão será apreciada pelo Poder Judiciário. Num segundo momento, a ação deve corresponder a uma cobertura efetiva que garanta o desenvolvimento regular do processo; com as partes em situação de igualdade; com direito de informação e reação (contraditório) a todos os atos realizados; com a presença de um juiz participativo e imparcial; e com a observância do procedimento previsto previamente pela lei, que tem por intuito garantir a ampla defesa, a publicidade, e a própria legitimidade do processo.

O direito de ação, visto sob uma perspectiva macroscópica, acaba por configurar um direito também do réu, pois a observância de todos os preceitos constitucionais referentes ao processo não diz respeito somente ao autor, mas atinge da mesma forma o réu. Assim, o modelo processual brasileiro não prevê o processo justo somente para o autor. O réu também está abrangido pelas garantias processuais e tem direito de exigir o seu cumprimento.

O direito de ação, entendido como direito ao devido processo constitucional acaba representando uma garantia bilateral, relativa aos dois pólos parciais da relação jurídica processual.

Do exposto, conclui-se que o direito de ação é um direito do indivíduo contra o Estado, e que constitui o direito de obter dele "mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la. Não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra. Ou seja, o direito de ação e o direito de defesa constituem aspectos inerentes à garantia de acesso à justiça, o que significa que todos têm

funciona como 'cobertura geral' do sistema, apta a conduzir ao controle de alegações de lesão (ou ameaça) de direitos", *in* Tutela Jurisdicional, p. 59.

direito à via constitucional de solução de litígios, livres de qualquer óbice que possa comprometer a eficácia do resultado pretendido por aquele cujos interesses estejam amparados no plano substancial. Mas quem não obtém a tutela jurisdicional, porque não consegue demonstrar a existência de proteção jurídica ao interesse deduzido, também tem direito a esse instrumento, com todas as garantias a ele inerentes. Esse é o significado da expressão 'acesso à ordem jurídica justa', que pretende representar o escopo máximo da atividade jurisdicional e de seu instrumento".[180]

III. Condições da Ação: Importância da Rediscussão

Na esteira da nova perspectiva instrumental do direito processual, é forçoso repensar além do conteúdo e finalidade do direito de ação, o papel que resta ao instituto das condições da ação no ordenamento jurídico vigente.[181]

De fato, vem-se generalizando entre os processualistas modernos o método da revisitação dos institutos processuais já consagrados, na tentativa de se encontrar exegeses que melhor se compatibilizem com a visão publicista do processo e que gerem resultados mais efetivos na aplicação da norma processual.[182]

180 Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e Tutelas de Urgência, p. 70.

181 "No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as 'ondas' renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e se adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir", Cândido Dinamarco, in A instrumentalidade do Processo, p. 33.

182 "Tal é o efeito da *revisitação* que aos poucos vai sendo feita aos institutos processuais tradicionais e à sua técnica, na busca de soluções novas para velhos problemas. As *ondas renovatórias* caracterizadoras das novas tendências do direito processual só se mostram concretas e úteis na medida em que os ideais de *ampliação da tutela jurisdicional* se traduzem em técnicas capazes de melhorar os resultados apresentados aos *consumidores* do serviço, que são os membros da população", *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 227.

Segundo ensina Bedaque, "a partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, se valorizou demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos. Em nenhum momento pode o processualista esquecer de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele".[183, 184]

A revisitação das condições da ação é o objeto principal desta obra. Tal discussão é importante porque assim como toda a ciência processual, o conteúdo das condições da ação evoluiu e sofreu mutações com o passar dos anos e com a adoção do método teleológico no estudo do direito processual.

A partir do momento em que a ciência processual se afasta de sua fase autonomista voltada somente para o aperfeiçoamento interno de seus conceitos e sistemática e assume um conteúdo axiológico, final e, principalmente, instrumental, a técnica por si mesma, deixa de ter relevância e só se justifica quando eficaz para a consecução de algum dos escopos do processo.

As discussões abstratas sobre a matéria foram deixadas para trás, pois destituídas de conteúdo pragmático, representando o estudo do processo como fim em si, o que é inaceitável perante o pensamento atual.

183 Bedaque, *in* Direito e Processo, p. 13.

184 Ainda Bedaque: "Parece imprescindível, pois, um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso 'revisitar' os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista", *in* Direito e Processo, p. 15.

Nesse sentido, a moderna ciência processual vem retirando das condições da ação o papel de relevância que elas possuíam quando da elaboração da teoria da ação, no auge da fase conceitual. Assim, todo o papel que as condições da ação desempenhavam dentro da teoria de Liebman e que as tornou pressuposto da existência do próprio direito de ação, vem perdendo importância.

Modernamente, inclusive, é tendência generalizada entre os processualistas que acatam a teoria de Liebman afastar a classificação das questões preliminares em pressupostos processuais e condições da ação e agrupar todas elas na categoria batizada de pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional.[185] Tal postura evidencia a opção pelo abandono da precisão conceitual, que em alguns casos traz mais dúvidas que respostas, em nome de uma maior efetividade do processo.

185 Segundo Cândido Dinamarco, "É muito cara à doutrina brasileira a indicação de três ordens de pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional, a saber: as *condições da ação*, os *pressupostos processuais* e os *pressupostos de regularidade* do procedimento e dos atos que o compõem. Não é tão importante fazer essa separação, todavia. Da perspectiva de quem examina o processo para verificar se o provimento deve ser emitido ou não pode sê-lo, basta enunciar linearmente todos os requisitos dos quais tal emissão depende, sem a preocupação de agrupá-los em categorias. Todos eles situam-se em um só patamar operacional, sendo objeto de um dos dois juízos a serem feitos pelo juiz no processo: antes de se decidir sobre o teor do provimento de mérito a ser emitido, ele decide se o proferirá ou não. Todos os pressupostos de admissibilidade do mérito situam-se no patamar das *preliminares*, que antecede e condiciona o do julgamento do mérito", *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. II, p. 616-617. No mesmo sentido, Joel Dias Figueira Júnior: "Assim, deixando o interessado de obter a proteção jurisdicional por defeito ou ausência de algum dos requisitos integrantes dos pressupostos processuais e das condições da ação, frustra-se o objetivo maior do Estado-Juiz, que é a pacificação social por intermédio da solução dos conflitos de interesses qualificados, através da prolação de uma sentença de mérito. Por isso se diz que os pressupostos processuais e as condições da ação reúnem-se na categoria de *requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito*", *in* A Metodologia no Exame do Trinômio Processual: Pressupostos Processuais, Condições da Ação e Mérito da Causa, Repro, p. 336.

Entretanto, além da necessidade de adequação do conteúdo das condições da ação à perspectiva instrumental, o que por si só já justificaria a revisitação do tema, um outro motivo, de também alta relevância, impõe uma rediscussão da matéria, qual seja, a grande quantidade de dúvidas e desentendimentos que giram em torno da matéria, que existirão enquanto persistir uma visão meramente formal do instituto.

Como visto, são vários os posicionamentos no que se refere à natureza jurídica das condições da ação, o que gera uma série de questões e, conseqüentemente, inúmeros reflexos práticos, que serão abordados adiante nesta obra (*infra*, cap. VI). As dúvidas acabam por prejudicar não só o escopo jurídico da jurisdição, ou seja, a aplicação da vontade concreta da lei, mas também os escopos político e social do processo, de forma que a comprometer a pacificação social justa[186].

Nesse sentido, não mais se justifica a discussão pura e simples sobre o conceito de ação ou sobre reconhecimento das condições da ação como categoria autônoma ou não. Somente um estudo de conteúdo teleológico, que traga resultados práticos relevantes, é legítimo quanto à matéria.

O que se busca, portanto, é menos preciosismo na elaboração de conceitos e mais eficiência na consecução de resultados. É sob esta ótica que serão re-estudadas as condições da ação, ou seja, a partir de uma perspectiva instrumental, que acabe por diminuir o grande número de dúvidas sobre o tema e, conseqüentemente, venha a produzir resultados mais eficazes na solução dos litígios trazidos a juízo e na pacificação social.

186 Ensina Cândido Dinamarco que "a jurisdição não tem *um escopo*, mas escopos (*plural*); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)", *in* Instrumentalidade do Processo, p. 317.

IV. Condições da Ação como Técnica Processual

É dentro da perspectiva instrumental que deve ser buscada a verdadeira natureza jurídica das condições da ação. A simples perquirição formal do conteúdo desse instituto, desvinculada de qualquer compromisso teleológico, não mais se legitima, diante da visão publicista do processo.

O instituto das condições da ação deve ser revisitado na tentativa de se encontrar soluções aos óbices atuais do processo e consecução de seus escopos. Nesse sentido, elas podem ser utilizadas como técnica processual.

Como ensina Cândido Dinamarco, técnica processual é "a *predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais*. Essa é, intencionalmente, uma conceituação teleológica da técnica, não valendo a pena a busca de uma definição puramente 'técnica' da técnica, ou seja, definição só introspectiva, cega para os propósitos do sistema". [187, 188]

É na busca por atingir os escopos de sua ciência que o processualista invoca instrumentos que sirvam para aperfeiçoamento quantitativo e qualitativo da atividade jurisdicional. O legislador, nesse intuito, cria **técnicas processuais** que auxiliem os operadores do direito a alcançar uma tutela jurisdicional eficaz e efetiva na solução dos conflitos de direito material trazidos a juízo. [189]

187 Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 226

188 "Tem-se por técnica a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a seres atuados. Nesse contexto bipolar, acontece então que se todo instrumento, como tal, destina-se a ajudar o homem a obter determinados resultados, por outro lado exige do homem a sua manipulação segundo normas adequadas, sob pena de inutilidade ou distorção: 'não há instrumento, por simples que seja, que por sua vez não requeira algo de quem pretende utilizá-lo para a consecução de seus próprios objetivos'. Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 224-225.

189 "Deve haver compatibilização entre a técnica processual e o escopo no processo. O processualista moderno está comprometido com resultados. Não

As condições da ação podem ser utilizadas como técnica processual a partir do momento em que impedem a continuação de um processo que se mostra manifestamente improcedente, dando aplicação ao princípio da economia processual.

Há casos, eleitos pelo legislador, em que a pretensão do autor se mostra, no transcorrer do processo, inviável. Essa situação torna o processo passível de julgamento imediato, no sentido de sua improcedência.

Os casos escolhidos pelo legislador e que tornam esse julgamento precoce possível são aqueles em que há vedação legal ao pedido do autor; em que o direito afirmado não pertence ao autor ou pertence a ele, mas não perante o réu; ou em que não há necessidade da tutela jurisdicional. Em outros termos, quando não estão presentes quaisquer das condições da ação.

Mais especificamente, as condições da ação constituem técnica processual sob dois aspectos. Primeiramente, quando reconhecidas no início da relação jurídica de direito processual, configuram verdadeira tutela diferenciada. Além disso, por serem cognoscíveis de ofício pelo juiz, podem ser inseridas na categoria de objeções.

Esses dois aspectos serão estudados a seguir de maneira mais aprofundada.

V. Tutela Diferenciada: as Condições da Ação e a Cognição

O direito processual moderno tem como principal preocupação a busca da efetividade do processo. Hodiernamente, a doutrina sustenta que o processo civil deve ser estudado não mais como um processo civil do autor, mas sim como processo civil de resultados, que se propõe a tutelar pessoas e não direitos. [190, 191]

Nesse sentido, somente se legitima o processo que realmente conceda à parte que tem razão tutela jurisdicional útil e eficaz.

Um dos maiores óbices à tutela jurisdicional efetiva é o tempo do processo. Para que o juiz possa tomar contato de forma aprofundada com os fatos e fundamentos jurídicos que baseiam o pedido do autor e formar seu convencimento, é necessário tempo. Já é do senso comum a idéia de que o processo, principalmente o processo de conhecimento, é demorado.

Como sustenta Bedaque, "ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório".[192]

O que o processualista busca é alcançar alternativas para minimizar o dano decorrente do tempo do processo, o chamado dano marginal. Uma das alternativas encontradas para a solução desse problema é a criação de tutelas diferenciadas[193].

mais se aceitam a indiferença e a neutralidade quanto aos objetivos", Bedaque, *in* Direito e Processo, p. 19. Ainda Bedaque: "O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior seja a efetividade", *in* Direito e Processo, p. 58.

190 "A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como *instrumentalista*. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados (...). A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência", Bedaque, *in* Direito e Processo, p. 14-15.

191 "A tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do *processo civil de resultados* não é uma tutela a *direitos*, mas a *pessoas*. Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista moderno centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos *direitos* como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda ou proteção", Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo II, p. 825.

192 Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 19.

193 "Para eliminar a inefetividade do âmbito do processo têm-se buscado técnicas, algumas redescobertas nas origens do desenvolvimento da doutrina

O termo tutela diferenciada é equívoco e possui uma série de definições deferentes. Pela própria denominação, todavia, já se pode concluir que se trata de alternativa ao procedimento ordinário.

Há quem entenda que tutela diferenciada é aquela que possui procedimento especializado em função de peculiaridades do direito material. Seriam os procedimentos especiais do Livro IV do Código de Processo Civil.

Existem, ainda, os que entendem que o critério para a caracterização da diferenciação da tutela é a sumarização do conhecimento[194, 195]. É essa a idéia de tutela diferenciada que nos interessa.

Segundo ensina Kazuo Watanabe, a cognição pode ser analisada sob dois aspectos: o horizontal e o vertical.

No aspecto horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada. Será plena, se todos os elementos objetivos do processo forem su-

processual civil, tendentes à eliminação do chamado dano marginal do processo, na feliz expressão cunhada por Italo Andolina", Rogério Aguiar Munhoz Soares, *in* Tutela Jurisdicional Diferenciada, p. 69.

194 Para Rogério Aguiar Munhoz Soares, "Por tutela jurisdicional diferenciada entendem-se tanto as tutelas que podem ser realizadas mediante cognição sumária, porque aptas desde logo a realizar o direito afirmado pelo litigante (referimo-nos às tutelas executivas e mandamental), quanto qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao processo comum (...). Para nós o parâmetro (quanto às tutelas sumárias) é a possibilidade de atuação imediata mediante cognição sumária, e esta tem-se mostrado a alternativa mais eficaz em face do processo de conhecimentos", *in* Tutela Jurisdicional Diferenciada, p. 141.

195 Segundo Proto Pisani: "L'equivoco di fondo che a mio avviso si annida dietro ad uno uso indiscriminato della espressione t.g.d. (tutela jurisdicional diferenciada) è il seguente: *uma cosa* è la t.g.d., ove con tale termine si intenda la predisposizione di più procedimenti a cognizione piena ed esauriente taluni dei quali modellati sulla particolarità di singole categorie di situazioni sostanziali controverse; *altra cosa* è la t.g.d., ove con tale termine si intenda la predisposizione di forme tipiche di tutela *sommaria* (cautelare o sommaria *tout court*)", *in* Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata, p. 538

jeitos à apreciação jurisdicional. Será limitada, *a contrario sensu*, se somente uma parcela dessas questões for posta à frente do juiz para julgamento.

Verticalmente falando, a cognição poderá ser exauriente, se o juiz conhece das questões que lhe foram submetidas de maneira aprofundada; ou sumária, se a análise dessas questões se dá de forma superficial.[196] É no âmbito da cognição sumária que se insere o estudo das tutelas diferenciadas.

São tutelas diferenciadas as tutelas concedidas às partes, fruto de uma cognição sumária, nas hipóteses em que a cognição exauriente, por algum motivo, é dispensada.

As situações da vida apresentadas pelo autor ao juiz são extremamente diferentes. A maioria delas exige que o juiz conheça o processo de forma exauriente e plena. Mas existem outras que demandam cognição sumária ou limitada. O direito, na busca da efetividade do processo, deve procurar encontrar a tutela adequada a melhor resolver as diversas situações substanciais que eventualmente possam surgir.

A técnica da adoção de tutelas diferenciadas, mediante cognição sumária é adequada para a solução de certos casos, geralmente decorrentes ou da existência de uma situação de urgência que impeça a cognição plena ou da própria aplicação do princípio da economia

196 Segundo Kazuo Watanabe, "Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade). No *plano horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito; para alguns: *binômio*, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressupostos dos supostos processuais). Nesse ponto, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial) segundo a extensão permitida. No *plano vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta)", *in* Da Cognição no Processo Civil, p. 83.

processual.[197, 198] Mas são sempre hipóteses que buscam maximizar o resultado do processo.[199]

Grande parte dos provimentos sumários é de provimentos urgentes, ou seja, tem por finalidade afastar o *periculum in mora* decorrente de uma determinada situação concreta. São, portanto, essencialmente provisórios e não têm aptidão para se tornarem definitivos, sendo sempre substituídos por uma decisão final, essa sim, fruto de uma cognição exauriente.

197 Nas palavras de Rogério Aguiar Munhoz Soares, "Nem todo direito requer ampla defesa e contraditório: o direito pode ser evidente (liquidez e certeza) ou apenas verossímil, e o processo deve ser construído em função dessas *diferenças*. Tais desenvolvimentos, desde que abraçados com convicção, aproximarão o exercício da jurisdição de resultados direcionados à efetividade da prestação concedida em face das pretensões apresentadas, adaptando-se na medida do possível o processo às necessidades da realização do direito material, para especializá-lo, ao invés de ordinarizá-lo, como atualmente se verifica, em face do predomínio da estrutura processual (e mental) do 'processo de conhecimento'", *in* Tutela Jurisdicional Diferenciada, p. 73.

198 Para Proto Pisani, a adoção de tutelas sumárias é uma alternativa para as deficiências da tutela de cognição plena. "Lasciando al politologo (o al futurologo) la definizione delle caratteristiche e delle possibili evoluzioni nel nostro Stato e della nostra società, credo che nessuno Stato e nessuna società potranno mai fare a meno del ricorso alla tecnica dela tutela sommaria (accanto a quella del processo c. d. ordinário a cognizione piena ed esauriente) è compito specifico del proceduristа, quindi, accanto allo studio dei modi attraverso cui poter assicurare um migliore funzionamento del processo c. d. ordinário a cognizione piena ed esauriente, l'adoperarsi per tentare di individuare i limiti entro cui forme tipiche di tutela sommaria debbano o possano essere intridotte nel nostro ordinamento senza compromettere la parità sostanziale delle parti nel processo, e di prospettare le diverse soluzioni possibili in un discorso che raccordi continuamente diritto sostanziale (singole specie di diritti sostanziali, strutturalmente e contenutisticamente considerati) e processo", *in* Appunti sulla Giustizia Civile, p. 215.

199 "Também com o objetivo de evitar o dano marginal causado pelo processo, existe a possibilidade de sumarização da atividade cognitiva, tornando admissível a tutela jurisdicional mediante conhecimento não exauriente (...). A preocupação com a efetividade do processo tem levado os processualistas a imaginar mecanismos destinados a superar os óbices a que esse objetivo seja alcançado. Dentre as técnicas possíveis, a sumarização da cognição vem angariando a simpatia da moderna ciência processual, principalmente se consideradas a natureza e as especificidades de determinadas relações substanciais. Há casos em que não se justifica a cognição plena e exauriente dos fatos constitutivos do direito material afirmado, pois os escopos de atuação da regra e de pacificação podem ser alcançados com menos atividade e com menos esforço", Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 20.

Mas existem exceções a essa regra. Em alguns casos, a sumariedade da cognição do magistrado não decorre da urgência, mas simplesmente do fato de que a cognição plena e exauriente é dispensável em face da situação jurídica substancial apresentada. Essas exceções visam a atender, principalmente, ao princípio da economia processual.[200]

Bedaque classifica as tutelas decorrentes de cognição sumária em cautelares e não cautelares. Assim "embora todas as tutelas sumárias tenham o objetivo de evitar o dano causado pelo processo, o resultado obtido com essa técnica de cognição não exauriente revela a existência de duas categorias distintas, cada uma com eficácia própria perante o sistema. A primeira representada pela tutela sumária não cautelar, cujo escopo é, mediante cognição não exauriente, eliminar a crise verificada no plano material, recompondo o ordenamento jurídico e satisfazendo definitivamente o titular do direito. Sua eficácia no plano material é semelhante àquela da tutela ordinária. Ambas são aptas a resolver a crise do direito substancial. A outra modalidade de tutela urgente, de natureza cautelar, destina-se não a proporcionar soluções definitivas no plano material. Sua função no sistema processual é eminentemente assecuratória, pois apenas conserva situações para possibilitar ao titular do direito sua satisfação, ou antecipa efeitos com o objetivo de conferir utilidade prática ao resultado final do processo".[201]

Se o tempo é um dos grandes inimigos da efetividade processual, o ordenamento prevê algumas hipóteses restritas em que, para

200 "Também há provimentos sumários ditados não pela urgência, mas pela economia de juízo. Estes também são idôneos a ditar a disciplina definitiva do direito controvertido, com aptidão para se tornarem imutáveis. Têm em comum com a cautelar apenas a sumariedade, afastando-se dela, todavia, quer quanto à função, visto que ausente o caráter de urgência para assegurar a efetividade do processo, quer quanto à estrutura, pois não são dotados de provisoriedade, nem de instrumentalidade", Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 235.

201 Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 226-227.

minimizar o dano marginal do processo, será dispensada a instrução e mitigados os princípios do contraditório e da ampla defesa. São hipóteses de tutelas sumárias não cautelares, em que, face à clareza da relação jurídica apresentada, a cognição sumária é mais do que suficiente para a solução definitiva do processo.

É clássica a constatação de que no processo há uma luta constante e natural entre os valores segurança e celeridade. O legislador, nos casos acima citados, tendo em vista a "evidência" da existência ou inexistência do direito material veiculado na pretensão do autor, ou seja, sem abrir mão da segurança, opta por privilegiar a celeridade e afastar o dano decorrente do tempo do processo desde logo.[202, 203]

202 Cândido Dinamarco defende a flexibilização da busca pela certeza, em face do escopo social do processo de pacificação social: "Além das naturais limitações do sistema, que são inevitáveis, sente-se também que inúmeros pontos e mediante variadas formas a ordem jurídica deliberadamente se afasta ainda mais do requisito da certeza. São soluções inseridas na técnica processual, sempre com vistas à antecipação dos resultados da jurisdição (...). Em todos os casos, revela-se a preocupação, ainda que pouco conscientizada, pelo escopo social de pacificação, mediante a busca da remoção tão pronta quanto possível dos possíveis óbices à desejada paz social. Nesse contexto pouco importa que a fidelidade ao direito objetivo substancial saia às vezes arranhada, desde que, como se disse, a justiça se faça com menos delongas. E o fato é que, consciente ou inconscientemente, o legislador, ao transigir na busca da verdade, favorece a simplificação do processo e evita os *formalismos*: sabe-se que os procedimentos estabelecidos em lei visam a viabilizar e garantir a adequada busca da verdade, mediante a participação de seus sujeitos, mas não se pode perder de vista, por outro lado, que a obsessão pela verdade constitui cobertura à *burocracia* e alimenta os formalismos que se querem evitar", *in* A Instrumentalidade do Processo, pág. 243. A busca pela tutela adequada a cada situação de direito material apresentada ao magistrado é, aliás, o grande desafio do processualista moderno. "Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há por que se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis à sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação de instrumentos ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade", Donaldo Armelin, *in* Tutela Jurisdicional Diferenciada, p. 45.

203 Já houve quem defendesse até mesmo que "Hoje, o valor 'celeridade' é mais solicitado pelo jurisdicionado que o valor 'certeza' (...)", Rogério Aguiar Munhoz Soares, *in* Tutela Jurisdicional Diferenciada, p. 142.

Ensina Cândido Dinamarco, aliás, que "à boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas (celeridade e ponderação), para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora".[204]

O que justifica a adoção de um provimento definitivo fruto de uma cognição sumária é a "evidência" da existência ou inexistência do direito material alegado pelo autor.[205]

Uma situação expressamente prevista na lei e que se enquadra na hipótese ora tratada é o art. 330, II, CPC, que prevê o julgamento antecipado do mérito em face da revelia do réu. Nesse caso, a "evidência" da existência do direito do autor decorre da ausência de defesa do réu que faz presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor na sua petição inicial. Permite o ordenamento jurídico, assim, um julgamento definitivo, com cognição não exauriente. [206]

204 Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 232.

205 Proto Pisani arrola as hipóteses que, ao seu ver, admitiriam a adoção de tutelas sumárias não cautelares. Segundo ele, "il ricorso alla tutella sommaria (ora esclusivamente) non cautelare, risponda alla funzione di evitare il costo del processo a cognizione piena ed esauriente in assenza di una constestazione effetiva, oppure alla funzione di evitare l'abuso di diritto di difesa da parte del convenuto che abbia torto, oppure ancora alla funzione di assicurare l'effettività di tutela giurisdizionale a tutte quelle situazioni di vantaggio, a tutti quei diritti, che, avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, subirebbero per definizione un pregiudizio irreparabile (cioè non suscetibile di essere riparato adeguatamente nella forma dell'equivalente monetário) ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione durante tutto il tempo necessário per lo svolgimento di un processo a cognizione piena ed esauriente", *in* Sulla Tutela Giurisdizionale Differenzziata, p. 573.

206 Cândido Dinamarco ressalta o caráter instrumental desse dispositivo do CPC, que potencializa o escopo social da jurisdição da pacificação social: "A contumácia das partes pode levar desde a simples paralisação do processo até à sua extinção sem o julgamento do mérito (*absolutio ab instantia*) e à antecipação desse julgamento, com aceitação dos pontos de fato colocados pelo autor. O efeito da revelia, associado à antecipação do julgamento, constitui um dos pontos de mais significativa inovação introduzidos na legislação processual

Segundo Bedaque, a tutela sumária não cautelar "se apresenta como solução viável para aquelas hipóteses em que o direito de defesa não é exercido ou é utilizado de forma abusiva. Aqui, a tutela sumária visa a evitar o desgaste desnecessário representado pelo desenvolvimento do processo de cognição plena, ou a punir aquele que indevidamente se vale do processo para retardar a satisfação do direito. Verificada uma das situações acima descritas, pode o legislador autorizar a sentença de mérito de forma antecipada, poupando tempo e gastos inúteis, possibilitando a entrega imediata da prestação jurisdicional definitiva. Não é só com a antecipação, mas principalmente com a estabilidade do julgado, que a tutela sumária acaba por conferir maior efetividade ao sistema".[207, 208]

Ora, se para a proteção do autor há a previsão de uma tutela diferenciada para os casos em que o réu não se defenda ou abuse do direi-

civil pelo Código vigente, onde o escopo jurídico de atuação da lei passa a plano secundário e mais se atende à preocupação de pacificar, tratando o litígio segundo o grau de conflituosidade revelado pelo comportamento dos sujeitos (o réu que não contesta comporta-se de modo menos conflitante que aquele que resiste com empenho)", *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 166.

207 Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumária e de Urgência, p. 241.

208 Outra possibilidade de tutela diferenciada decorrente da inércia do réu pode vir a ser inserida no nosso ordenamento jurídico nos termos do Projeto de Lei do Senado nº 186/05 de Estabilização da Tutela Antecipada. Prevê o texto do Projeto: Art. 273-A. "A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo". Art. 273-B. "Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código". § 1º "Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias: a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito; b) ao autor, em caso da antecipação parcial, propor demanda, que vise à satisfação integral da pretensão". § 2º "Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida". Art. 273-C. "Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito". Parágrafo único. "Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida". Art. 273-D. "Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões".

to de defesa, o ordenamento jurídico também prevê a existência de uma tutela diferenciada para o réu, nos casos em que a acusação do autor se mostre, *ab initio*, sem condições de prosperar, ou seja, nos casos em que haja abuso do direito de ação por parte do autor.

O réu, assim como o autor, possui direito à tutela jurisdicional. Ambas as partes do processo pleiteiam um pronunciamento do juiz. A tutela requisitada pelo autor varia de acordo com a situação de direito material que ele pretende seja satisfeita no processo. A tutela que o réu deseja, todavia, é sempre a mesma: tutela declaratória, negativa, na maioria dos casos e positiva, nos casos de propositura de ação declaratória negativa pelo autor.

Conforme sustenta Cândido Dinamarco, "assentado que a tutela jurisdicional plena será outorgada sempre àquele dos litigantes que tiver razão segundo os ditames do direito substancial, segue-se que a tutela ministrada ao réu no caso de improcedência da demanda do autor consiste em aliviá-lo da pretensão deste. A sentença de improcedência da demanda do autor tem sempre o mesmo teor de uma sentença que julgasse procedente ação meramente declaratória movida por ele, réu. Como é notório, a sentença que rejeita a demanda do autor, negando-lhe a tutela pretendida, tem sempre natureza declaratória e declara sempre algo a favor do réu: ou a existência de relação jurídica que o autor pedira que fosse declarada inexistente (na improcedência da ação declaratória negativa), ou a inexistência de qualquer direito ou relação jurídica entre as partes (na improcedência de todas as demais ações)".[209, 210]

209/210 Cândido Dinamarco, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo II, p. 828. Em outra oportunidade, salientou, ainda, o Mestre: "Tem-se hoje a consciência de que *a tutela jurisdicional* é destinada àquela das partes que tiver razão no processo e na medida em que o tiver, devendo o processo ser suficiente para oferecer proteção ao autor ou ao réu, na medida do direito de cada um ou mesmo da inexistência de qualquer vínculo jurídico-material envolvendo os litigantes. Constitui apego às premissas do *processo civil do autor* esse zeloso empenho pela satisfação de quem tomou a iniciativa de demandar em juízo, à custa da postergação do interesse do réu – sem sequer saber-se ainda se

O réu que tem razão, portanto, tem direito à tutela jurisdicional. Essa tutela, assim como qualquer outra tutela estatal, tem que ser efetiva. É inquestionável que o réu sofre um prejuízo com o processo, que ele também suporta o dano marginal deste. Somente o estado de sujeito passivo de uma relação jurídica de direito processual traz reflexos negativos à vida de uma pessoa. Não é justo em relação ao réu, nem econômico, em relação ao Estado, o desenvolvimento de um processo que contenha pretensão manifestamente improcedente.

Assim, em observância do princípio constitucionalmente garantido da igualdade, o ordenamento concede também ao réu, dentro de algumas hipóteses previstas em lei, em que é evidente a inexistência do direito afirmado pelo autor, tutela jurisdicional diferenciada, fruto de cognição sumária, que dirime de forma definitiva, o litígio posto à apreciação do Estado.

A tutela diferenciada do réu é a sentença de carência de ação, quando proferida no início do processo, ou seja, sem que o juiz tenha apreciado a existência de qualquer das condições da ação, de forma aprofundada, com cognição exauriente. Essa sentença evita que o réu

aquele realmente tem o direito que sustenta ou se a sua pretensão é desamparada pelo direito", *in* Intervenção de Terceiros, p. 190. Também Bedaque: "O provimento cognitivo que rejeita a pretensão do autor confere tutela jurisdicional ao réu, pois elimina definitivamente a possibilidade de discussão a respeito daquele direito considerado inexistente (...). A sentença de improcedência reconhece que o autor não tem direito à tutela jurisdicional, pois não possui interesse juridicamente protegido pelo ordenamento. Tal provimento, todavia, confere tutela ao réu, na medida em que lhe assegura o direito à integridade de sua esfera jurídica. Embora não tenha ele direito subjetivo, tem interesse à não-ofensa à sua esfera jurídica, interesse passível de proteção por meio de tutela jurisdicional", *in* Direito e Processo, p. 29.

No mesmo sentido, Flávio Yarshell: "Desde logo, parece não haver dúvida de que a locução *tutela jurisdicional* se presta a designar o *resultado* da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do *vencedor*. Nessa medida, é inegável que a locução *tutela jurisdicional* designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor *de quem tem razão* (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento", *in* Tutela Jurisdicional, p. 28.

se submeta a um processo, que se mostra evidentemente improcedente. Ela evita que o tempo do processo traga prejuízo ao réu injustificadamente processado.

Essa característica da sentença de carência de ação é evidenciada pela teoria assertista. Em verdade, a técnica da cognição sumária é a pedra de toque dessa teoria.

Seriam condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* quando verificados *in statu assertionis*, ou seja, por meio de uma cognição sumária dos elementos trazidos pelo autor na sua petição inicial.[211]

Flávio Yarshell bem sintetiza esse posicionamento: "Como se sabe, a aferição das chamadas *condições da ação* é feita essencialmente com base no direito material, em que são colhidas a existência (ou inexistência) de vedação apriorística à providência pleiteada pelo demandante (possibilidade jurídica), a titularidade da relação jurídica material (legitimidade) e a necessidade e adequação da tutela, relativamente à situação narrada pelo demandante (interesse). Essa teorização, conforme se tem destacado, é inspirada por razões de economia processual e se explica pela circunstância de que o exercício do direito de ação é conexo a uma situação concreta afirmada pelo demandante, ordinariamente à luz do direito material. Com efeito, a aferição das chamadas 'condições da ação' nada mais é do

211 A diferença entre condições da ação e mérito, para esses autores, diz respeito apenas ao grau de cognição exercido pelo juiz. A maioria deles reconhece que as condições da ação são aferidas na relação jurídica de direito material, mas correspondem a somente alguns pontos dessa relação jurídica, analisados superficialmente (cognição limitada e sumária). A análise do mérito, por sua vez, esgota a relação jurídica de direito material em toda sua extensão e realiza-se de maneira aprofundada (cognição plena e exauriente). Segundo Bedaque: "Ademais, o exame das condições da ação distingue-se do mérito em substância. Enquanto no primeiro o juiz se limita a verificar determinados elementos apenas da relação material (possibilidade jurídica, legitimidade e interesse), no segundo aprofunda-se ele na análise de toda a relação, naquilo que interessar para o objeto do processo e a tutela representada pela sentença", *in* Direito e Processo, p. 75.

que um exame, apriorístico e superficial, da própria relação material ou de dados relevantes colhidos no plano substancial. Trata-se de um juízo formulado com base em cognição não exauriente da controvérsia que, desde logo, pode antecipar o insucesso do pleito deduzido pelo demandante".[212]

Já expusemos nossa posição quanto ao tema da natureza jurídica das condições da ação, no sentido de que elas são questões de mérito (*supra*, cap. IV, n. III). Contudo, apesar dessa discordância, há de se reconhecer que a teoria assertista busca conferir às condições da ação um caráter eminentemente instrumental e potencializa a efetividade do processo. Todavia, por tratar a sentença de carência de ação como sentença terminativa e, portanto inapta a formar coisa julgada material, o pensamento assertista, conforme se verá adiante (*infra*, cap. VI, n. I), tem a sua construção prejudicada.[213]

De qualquer forma, o que vale ressaltar por ora é o caráter instrumental que a teoria assertista confere às condições da ação. Esses autores reconhecem que a possibilidade da prolação de sentença de carência da ação é uma técnica processual que visa a potencializar a efetividade do processo e a dar aplicabilidade ao princípio da economia processual, evitando a continuidade de processos fadados ao fracasso.

Segundo Kazuo Watanabe, "são razões de *economia* processual que determinam a criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis ao julgamento da causa. As 'condições da ação' nada mais

212 Flávio Yarshell, *in* Tutela Jurisdicional, p. 102-103.

213 "A 'atuação de princípios de técnica processual' se dá de forma enviesada, pois ao 'condicionar' o exercício do direito de ação a aspectos alienentes ao direito material, não o faz de forma a tornar tais decisões definitivas e imutáveis (coisa julgada material), possibilitando que se discuta em outros processos a mesma questão – quantas vezes quiserem, pois não implica perempção. Que economia é essa? Que forma mais troncha de se evitar 'decisões ineficazes e rescindíveis, com o manifesto prejuízo para todos', não?" Fredie Souza Didier Júnior, *in* Um Réquiem às Condições da Ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto, p. 71.

constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo". [214]

Não se pode negar a utilidade desse entendimento, que utiliza as condições da ação como técnica processual.

Todavia, o que se busca nesta obra é ir um pouco além. Ou seja, as condições da ação são técnica processual por dois motivos. Como se verá a seguir (*infra*, cap. V, n. VI), constituem objeções substanciais e são passíveis de cognição de ofício pelo juiz. Além disso, conforme exposto neste capítulo, a sentença de carência de ação, quando proferida no início do processo, configura verdadeira tutela diferenciada concedida ao réu, pois permite um julgamento definitivo do processo, em decorrência de uma cognição sumária, tendo em vista a manifesta improcedência da pretensão do veiculada pelo autor na sua demanda.

A verificação da ausência de uma das condições da ação logo no limiar do processo permite conceder ao réu que tem razão uma tutela útil e eficaz, que afasta desde já o dano marginal causado pelo processo e evita a desnecessária utilização de toda a máquina judiciária estatal na instrução de um processo que já se encontra em condições de julgamento.

VI. Condições da Ação: Objeções Substanciais

Como visto, as condições da ação têm seu caráter instrumental realçado quando se verifica que o reconhecimento da ausência de qualquer delas, no início do processo, impede a continuação de uma demanda com pedido manifestamente improcedente.

Entretanto, o caráter instrumental desse instituto não se esgota nesse aspecto, porque o reconhecimento da ausência das condições da ação pode ocorrer não só no início no processo, mas também durante o desenrolar do procedimento.

214 Kazuo Watanabe, *in* Da Cognição no Processo Civil, p. 69.

O juiz pode, assim que se der conta da inexistência do direito do autor por não "preenchimento" das condições da ação, extinguir o processo, de ofício, independentemente de alegação por parte do réu.

O art. 267, § 3º do Código de Processo Civil dispõe que o "juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, na matéria constante dos ns. IV, V e VI (condições da ação); todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

Sustentam os processualistas modernos que as condições da ação seriam objeções. O conceito de objeção é encontrado por contraposição ao conceito de exceção. Segundo Calmon de Passos, "uma primeira característica distintiva é a de que a exceção não pode ser considerada, de ofício, pelo juiz; enquanto se tratando de objeção, deve o magistrado, de ofício, apreciá-la. Destarte, exige-se para a exceção a oponibilidade do réu; dispensa a objeção a provocação das partes. Por força disso, a exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exercita com vistas a elidir as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor; a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado".[215, 216]

As condições da ação, portanto, são objeções. A ausência das cada uma delas pode ser reconhecida pelo juiz independentemente de alegação pelo réu, seja na primeira instância ou em instâncias superiores.[217, 218]

215 Calmon de Passos, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 341.

216 "(...) fala-se em *objeção*, para indicar a defesa que pode ser conhecida de-ofício (p. ex., incompetência absoluta, coisa julgada e pagamento) e em *exceção em sentido estrito*, para indicar a defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte (incompetência relativa, suspeição, vícios de vontade – v. CPC, art. 128, parte final). No tocante à primeira, o réu tem o ônus relativo de alegá-la; quanto à segunda, o ônus é absoluto", Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *in* Teoria Geral do Processo, p. 273.

217 Já decidiu o STJ: *"Processo Civil. Locação. Retomada para uso próprio. Prova da propriedade. Sentença reformada. Carência reconhecida de ofício no âmbito da apelação. Instrumentalidade do processo. Carência de ação. Apreciação de ofício em qualquer grau. Recurso conhecido e provido parcialmente (...). Como expressamente mencionado até em lei (CPC, art. 267, par-3), o tribunal pode, e deve, reconhecer de ofício a carência de ação, quando ausentes uma ou mais das condições da ação"* (STJ, RESP 5258/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25/02/91, p. 01472). Ainda o STJ: *"(...) Se o juiz entender ausente, no caso submetido a sua apresentação, a pertinência subjetiva da lide quanto à autoridade indicada como coatora, deverá julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, por inocorrência de uma das condições da ação (CPC, art. 267, VI), que constitui matéria de direito passível de cognição de ofício pelo magistrado (CPC, art. 301, parágrafo 4.). Precedente"* (STJ, RMS 21362/DF, 1a Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/06/92, p. 10104).

218 Para as Cortes Superiores, todavia, a decisão sobre as condições da ação só poderá ocorrer se houver o prequestionamento. A decisão de ofício, portanto, ocorrerá somente nas Cortes ordinárias. Nesse sentido, decidiu o STF: *"(...) 4. Condições da ação (mandado de segurança): declaração de ofício em qualquer grau de jurisdição ordinária. A inexistência originária ou o desaparecimento das condições da ação por fato superveniente podem ser declaradas de ofício em qualquer grau de jurisdição ordinária, incluída do recurso ordinário constitucional em mandado de segurança"* (STF, RMS 21106/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/04/98, p. 00005).

No sentido contrário: *"Processual Civil. Recurso Especial. Efeito Translativo. Conhecimento de ofício de questões de ordem pública (CPC. arts. 267, §3º, e 301, § 4º). Possibilidade, nos casos em que o não enfrentamento dessas questões conduz a um julgamento sem nenhuma relação de pertinência com a demanda proposta. 1. Em virtude de sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF, Art. 257 do RISTJ). 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição de ação ou pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim,*

As objeções são as chamadas questões de ordem pública, estabelecidas em prol do interesse público e que, devido à sua relevância para o próprio direito, poderão ser conhecidas independentemente de alegação das partes.

A distinção entre exceção e objeção, para Calmon de Passos[219], está em que certos fatos, ainda que não alegados pelo réu e não reconhecidos na sentença não geram uma sentença injusta; outros fatos, porém, se não reconhecidos pelo juiz na sentença criam uma injustiça. É justamente com vistas a evitar a sentença injusta que se legitima o conhecimento de ofício de tais fatos. Os primeiros fatos constituem as exceções; os segundos, as objeções.

Para Cândido Dinamarco, o que caracteriza a eleição das condições da ação como objeções é a própria natureza pública do processo, que não permite que ocorram ações que desviem suas diretrizes. Segundo o autor, "a ausência de preclusividade também concorre para a manutenção de situações jurídico-processuais cuja eliminação contraria a ordem pública (ex.: as condições da ação permanecem sujeitas à verificação pelos órgãos judiciários enquanto perdurar o processo, podendo ser proclamada a carência da ação a qualquer tempo)". [220]

Não é conveniente ao Estado, nem compatível com a idéia de efetividade do processo, a continuação de uma relação jurídica de direito processual que já se encontra em condições de julgamento, por conter pretensão manifestamente improcedente. Daí decorre o caráter de objeção das condições da ação, que permite sua análise de ofício, pelo órgão *ad quem*, caso haja recurso.

atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa. 5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental" (STJ, Resp 609144/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24/05/2004, p. 00197).

219 Calmon de Passos, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 341.

220 Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, nota 28, p. 57.

A maior parte da doutrina reconhece que as condições da ação são objeções. Todavia, entendem os autores que elas configuram objeções processuais, na medida em que não reconhecem a sua natureza de questões de mérito.

Reconhecido esse conteúdo, as condições da ação seriam verdadeiras objeções substanciais. Assim como o pagamento e a decadência, as condições da ação são questões de mérito que podem ser apreciadas de ofício pelo juiz, devido à sua importância para a solução da demanda de maneira eficaz e justa, ou seja, dando, "quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir".[221]

Novamente fica patente o caráter instrumental das condições da ação. Reconhecendo que o autor manifestamente não possui o direito material que sustenta sua pretensão, o juiz, de qualquer grau de jurisdição, poderá reconhecer a improcedência da demanda e extinguir o processo com o julgamento do mérito, de forma definitiva[222].

Todavia, se o réu, deliberadamente, postergar a duração do processo, não argüindo a inexistência de uma condição da ação, responderá pelas despesas decorrentes do retardamento do julgamento da demanda. A parte final do § 3º do art. 267, à semelhança do art. 22[223], do Código de Processo Civil, visa coibir a litigância de má-fé do réu que dilata dolosamente a duração do processo.

221 Chiovenda, *in* Instituições de Direito Processual Civil, v. I, p. 67.

222 Como já salientado anteriormente, essa espécie de julgamento somente será viável quando o juiz se convencer da inexistência da qualquer das condições da ação. Se houver ainda considerável dúvida a respeito, o juiz deverá prosseguir na instrução da causa, em nome do princípio do contraditório e da ampla defesa.

223 "Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito de haver do vencido honorários advocatícios".

VII. Conclusão Parcial

Na atualidade, o direito de ação deixou de ser o centro das preocupações dos processualistas, posição que passou a pertencer à jurisdição.[224]

Isso não significa que o direito de ação tenha deixado de ter importância dentro da teoria geral do processo. Ele simplesmente deixou de ser foco metodológico do estudo da ciência processual.

O estudo do direito de ação, hodiernamente, é realizado por um enfoque constitucional. O direito de ação constitucional, ao contrário do sustentado por vários doutrinadores, não é despido de conteúdo instrumental. Ele corresponde ao direito ao modelo processual brasileiro e em seu bojo estão incluídos o devido processo constitucional e as garantias a ele inerentes. Além disso, o direito de ação traz consigo a própria idéia de acesso à justiça e busca da eliminação de óbices à atividade jurisdicional do Estado.

Errôneo, portanto, o argumento de que o direito de ação constitucional, por não estar ligado a uma situação jurídica de direito material, não possui papel significativo na teoria processual, pois despido de conteúdo teleológico. Pelo contrário, os elementos inseridos no atual conceito de direito de ação o tornam imprescindível para a boa prestação jurisdicional pelo Estado.

224 "A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconização da visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado *Estado social*: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor. Ver e tratar o processo, disciplinã-lo e aplicar concretamente seus preceitos a partir dessas premissas, permite endereçá-las a objetivos em razão dos quais têm vida o próprio ordenamento processual e os seus institutos. A ordem processual, como sistema aberto, ou 'dependente', integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídica do país, através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição)", Cândido Dinamarco, *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 81-82.

Por outro lado, não se pode afastar o argumento da teoria de Liebman de que deve haver um mecanismo que impeça a realização de atividades desnecessárias dentro do processo, quando o pedido do autor se mostra inviável. Para esse controle, foi desenvolvida a técnica processual que se utiliza das condições da ação.

Não se trata de mera questão terminológica. O fato de se entender as condições da ação como categoria autônoma, processual, anterior ao exame do mérito, traz conseqüências importantíssimas e completamente opostas àquelas que se chega quando se estudam as condições da ação como questões de mérito utilizadas como técnica processual.

Ao se entender as condições da ação como categoria puramente processual, nega-se a própria essência do instituto que é sempre buscado na relação jurídica de direito material. Além disso, a sentença de carência de ação constitui, por decorrência lógica, sentença terminativa que não aprecia a pretensão do autor e não pacifica definitivamente as relações sociais.

Por outro lado, a conclusão de que as condições da ação são questões de mérito é mais benéfica em dois aspectos. Primeiramente, corresponde à verdadeira natureza jurídica da categoria, ou seja, questões buscadas na relação jurídica de direito material. Em segundo lugar, transforma a sentença de carência em sentença de mérito, que aprecia a pretensão do autor, resolvendo o litígio e trazendo a pacificação social.

De fato, a ausência de qualquer das condições da ação possibilita sempre o exame do mérito e somente nestes termos o instituto possui conteúdo instrumental, pois traz solução definitiva à crise de direito material veiculada na demanda.

Não se nega, destarte, o papel que as condições da ação desempenham impedindo o desperdício de atividade jurisdicional pelo Estado. Todavia, estas não são categoria processual, desvinculada da relação jurídica de direito material, mas verdadeiras questões de mérito. Elas não condicionam a existência ou o exercício do direito de ação, mas podem ser utilizadas como técnica processual que busca elementos da relação jurídica de direito material, previamente especificados pelo legislador e que, se inexistentes, levam à improcedência da pretensão do autor.

A cognição que o juiz realiza quando verifica a presença ou não de alguma das condições da ação é primeiramente, uma cognição limitada, pois somente se refere a alguns aspectos da relação jurídica de direito material (possibilidade jurídica da demanda, legitimidade *ad causam* e interesse de agir).[225]

Além de limitada, a cognição pode, em alguns casos, ser sumária (tutela diferenciada), quando, pela leitura da petição inicial já se conclui pela ausência manifesta de qualquer uma das condições da ação. Nesta hipótese, haverá o julgamento antecipado do mérito que, como já sustentado (*supra*, cap.IV, n. IV), não afronta os princípios gerais do nosso processo civil, que não prima, em seu atual estágio, pela oralidade.

Além disso, a possibilidade de extinção do processo com julgamento do mérito, logo no início da demanda, somente realça o caráter instrumental das condições da ação, que impedem, desde o início

225 "Evidentemente, não se está a defender que as chamadas condições da ação sejam o próprio e todo o mérito. O exame delas, é claro, não esgota necessariamente o *meritum causae*, mas é com certeza *um passo que se dá dentro do mérito*. Poder-se-ia usar em referência a elas, ainda que com certo temor à sua ambigüidade, a designação 'prejudicial de mérito', no sentido de que sua resolução não esgota as questões de mérito, mas pode tornar-se desnecessário o exame de outras delas, tal como ocorre com a prescrição, a decadência e, em geral, as denominadas 'exceções substanciais'", Adroaldo Furtado Fabrício, *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, p. 22.

da relação jurídica processual, a continuação de um processo com pedido manifestamente improcedente.

Por último, as condições da ação constituem objeções substanciais, passíveis de cognição de ofício por parte do magistrado, pois erigidas à categoria de questões de ordem pública.

Reflexos da Nova Perspectiva

I. Condições da Ação e Coisa Julgada

Um primeiro aspecto que seria alterado pelo novo enfoque dado às condições da ação diz respeito à coisa julgada.

A decisão final prolatada pelo juiz e não mais sujeita a recurso transita em julgado formalmente. Não pode mais ser alterada dentro do mesmo processo (efeitos endo-processuais), por ausência de meios destinados a essa finalidade.

A coisa julgada formal é um pressuposto da coisa julgada material, qualidade dos efeitos da sentença que os torna imutáveis. A coisa julgada material, porém, é qualidade atribuída somente aos efeitos da sentença de mérito, pois somente ela produz efeitos extraprocessuais que não poderão mais ser discutidos entre as partes.

As sentenças que não julgam o mérito, portanto, não fazem coisa julgada material, ou seja, não projetam efeitos extraprocessuais imutáveis. Fazem somente coisa julgada formal, quando da decisão proferida pelo juiz, não couber mais nenhum recurso.[226]

Só pode ser dotada de imutabilidade a decisão que aprecia o pedido feito pelo autor. Se o autor não alcança um pronunciamento do Estado que resolva a situação de direito material submetida a juízo, como, p. ex., falta de algum pressuposto processual, não há motivo para tornar essa decisão imutável.

226 Ensinam Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco: "A coisa julgada formal é pressuposto da *coisa julgada material*. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual *sentença*, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente precluso, a coisa julgada material torna imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo. É a *imutabilidade* da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica (...). Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material. Não têm essa autoridade (embora se tornem imutáveis pela preclusão), as sentenças que não representam a solução do conflito de interesses deduzido em juízo", *in* Teoria Geral do Processo, p. 307-308.

A sentença que extingue o processo por verificar a ausência de alguma das condições da ação, como já demonstrado acima (*supra*, cap. IV, n. II-III), examina a pretensão do autor em sua demanda e entende pela sua improcedência. É uma sentença de mérito, que produz efeitos para fora do processo, efeitos esses que deveriam ser acobertados pela qualidade da imutabilidade. Em outros termos, a sentença de carência de ação, pela sua própria natureza, deveria transitar materialmente em julgado.[227, 228]

Em conseqüência do trânsito em julgado da sentença, a demanda não poderia ser re-proposta. Nenhum outro juiz poderia conhecer da situação de direito material já decidida de forma definitiva.

Este não é, entretanto, o entendimento propugnado pela maioria da doutrina e pelos nossos tribunais. Seguindo o disposto pelo art. 267, VI, do Código de Processo Civil, que dispõe que a sentença de carência da ação extingue o processo sem o julgamento do mérito,

227 Zanzucchi sintetiza seu entendimento a respeito da seguinte forma: "Intese in tal guisa le 'condizioni dell'azione', è da soggiungere che: esse si desumono e sono regolate non dalla legge processuale, ma dalla legge sostanziale; che esse, per regola, non è necessario esistano al momento della domanda giudiziale, ma basta che esistano al momento del provvedimento a cui la domanda tende; che di regola il giudice pronuncia d'ufficio intorno alla loro esistenza; e, per far ciò, esamina quella che prende nome di 'questione di merito' (*'merita causae'*, *la c.d. 'res in iudicium deducta'*: cfr. ad. es. art. 114 C.P.C.); che, ove rilevi che le 'condizione dell'azione' nel caso concreto diffettano, respinge la domanda perchè 'infondata' (o 'non proponibile') con una pronuncia, che assolve in merito il convenuto (*'absolutio ad actione'*); e che è suscettiva di quell'effetto particolare, che si chiama 'cosa giudicata sostanziale'", *in* Diritto Processuale Civile, p. 68.

228 Quanto à formação da coisa julgada material, no tocante à ilegitimidade *ad causam*, ensina Galeno Lacerda que "A ação é o pedido de um sujeito dirigido ao Estado, para que se lhe reconheça um bem em relação a outro sujeito. Todo juízo de valor sobre esse pedido fará coisa julgada material, nos limites subjetivos em que a lide se configurou. Se o autor ou réu forem partes ilegítimas para a causa, a *res* será julgada *relativamente* e *eles*. É o quanto basta para que a sentença *naquela ação*, entre *aquelas partes*, transite materialmente em julgado. O conflito entre autor e réu, como se retratou no pedido, estará resolvido, haverá decisão de mérito", *in* Despacho Saneador, p. 89.

entendem os intérpretes que esta decisão não transita materialmente em julgado. Nada impediria, portanto, que a parte re-propusesse a mesma demanda. [229]

É esse também o sentido que se extrai de uma interpretação literal do art. 268, do mesmo CPC, que prevê que, fora das hipóteses de perempção, litispendência e coisa julgada, "*a extinção do processo não obsta 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 do advogado*".

Esse entendimento, todavia, esvazia todo o conteúdo instrumental das condições da ação (encaradas como técnica processual), além de gerar conseqüências teratológicas em alguns casos, como o da ação rescisória, conforme será demonstrado adiante (*infra*, cap. VI, n. II).

Não há qualquer utilidade no provimento de carência de ação se se reconhece ao autor o direito de re-propor indefinidamente a demanda, ou seja, se não se reconhece que a decisão fica acobertada pelo manto da coisa julgada material. Pelo contrário, é dada a esse autor a oportunidade de pedir inúmeras vezes a mesma tutela jurisdicional já negada pelo juiz com relação à situação jurídica material apresentada.

Esse panorama não somente se mostra contrário às premissas processuais modernas que buscam a efetividade do processo, mas atentam contra o bom senso.

Há de se mencionar a posição de Cândido Dinamarco. Apesar de defender a teoria de Liebman, ou seja, sustentar que as condições da ação constituem categoria autônoma, que devem ser apreciadas pelo

229 É o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, para quem "o julgamento de questões preliminares não faz coisa julgada material, enquanto o julgamento do mérito se reveste desta eficácia. Assim, a extinção do processo sem a apreciação do mérito, seja por ausência de pressuposto processual, seja por falta de condição da ação, não impede que a parte volte a juízo para tentar novamente obter julgamento sobre a mesma lide e a mesma pretensão antes proposta à apreciação judicial (CPC, art. 268)", *in* Pressupostos Processuais e Condições da Ação Cautelar, p. 17.

juiz antes do exame do mérito da demanda, o Ilustre Professor entende que o julgamento sobre as condições da ação faz coisa julgada material.

Nas palavras do autor, "é preciso que a decisão a respeito (das condições da ação) se projete também para fora do processo, como sucede com as de mérito, tendo eficácia que não se restrinja às finalidades do processo instaurado e adquirindo imutabilidade. A solução inversa conduziria ao incômodo inconveniente de permitir infinitas reiterações de pedidos em juízo, quando o demandante já tivesse sido julgado carecedor da ação; em cada novo processo poderia debater, provar, argumentar, tentando a sorte até que algum juiz houvesse por admissível o julgamento do mérito". [230]

O reconhecimento de que a sentença que extingue o processo por falta de condição da ação faz coisa julgada material é, sem dúvida, mais compatível com a perspectiva instrumental do processo. Ele impediria a reiteração da demanda pelo autor indefinidamente e resolveria definitivamente a situação jurídica posta à apreciação do Judiciário.

Se uma pretensão ventilada pelo autor em juízo é rejeitada pelo juiz porque é manifestamente improcedente, ou, como se queira, não "preenche" as condições da ação, é muito mais adequado aos princípios processuais, principalmente, o da economia processual, que a sentença que reconheça este fato transite em julgado, tornando-se imutável. Do contrário, a sentença de carência, passível de infinitas re-proposituras, representaria um grande desperdício da máquina estatal. [231]

230 Cândido Dinamarco, *in* Execução Civil, p. 454. Bedaque, defensor da teoria assertista, apesar de questionar o acertamento da concessão de foros de coisa julgada material a uma decisão fruto de uma cognição sumária, reconhece que "nada obsta a que, sem afrontar o sistema, a extinção do processo nestas circunstâncias (por carência de ação) caracterize sentença de mérito e, portanto, possa tornar-se imutável", *in* Direito e Processo, p. 84.

231 Já defendeu Adroaldo Furtado Fabrício, ao analisar a teoria assertista, que "responder o juiz ao autor que ele não tem o direito invocado porque, mesmo em tese, sua pretensão não encontra amparo no sistema jurídico, quaisquer que sejam os fatos é a mais radical de todas as formas possíveis de negar-lhe razão. É uma negativa mais terminante e desenganadora de que, *e.g.* a fundada

Se se reconhece que o julgamento de inexistência de uma das condições da ação é de mérito (como realmente o é), mais coerente se mostra a defesa de que esse julgamento seria acobertado pelo manto da coisa julgada. Muito mais claro, ainda, o caráter instrumental desse instituto, pois essa decisão, mesmo realizada no início do processo, impede a sua continuação por improcedência.

De fato, a sentença de carência de ação transita em julgado como qualquer outra sentença de mérito e decide definitivamente a demanda, pacificando as relações sociais [232]. É justamente o caráter substancial das condições da ação que legitima a concessão de foros de imutabilidade a essa decisão. [233]

na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados. E, no entanto, a crer-se na letra da lei, a *res iudicata* não cobriria aquele julgado, e as portas da Justiça continuariam franqueadas à reiteração indefinida do mesmo pedido", *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, Repro 58, p. 23.

232 Cândido Dinamarco enfatiza o papel que a coisa julgada material desenvolve na consecução dos escopos sociais do processo: "Também a autoridade da coisa julgada guarda relação com o escopo social magno do processo, uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não conseguida a 'imunização' das decisões judiciais. Sabe-se até que a litispendência é extremamente aflitiva e sucede que as pessoas se tomam de inusitada e obsessiva angústia pela espera do resultado final do processo, após instaurado. O advento da definitividade aplaca as incertezas e elimina o estado anti-social de insatisfação. Não se desconsidera que essa autoridade da *res judicata*, 'imunizando' a decisão de mérito, mantém relação funcional com mais de um escopo do processo, ou seja, não somente com o de pacificação mas ainda (pelo menos) com o jurídico de atuação da vontade concreta da lei. Mas lá é que ela se sente com mais peso e relevância. Além disso, quando se pensa nas chamadas 'sentenças injustas', que são aquelas que por algum motivo conduzem a resultados não indicados no ordenamento jurídico substancial, tem-se a eliminação definitiva do conflito, com total 'imunização' do decidido contra novas investidas, apesar de em nada terem contribuído para a atuação da lei", *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 167.

233 "Além da adoção de uma categoria equívoca, falha o legislador ao regrar a produção de coisa julgada material das sentenças que declaram a chamada carência de ação, pois finge não se analisar a relação jurídica de direito material quando se reconhece a carência de ação", Fredie Souza Didier Júnior, *in* Um Réquiem às Condições da Ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto, p. 67-8.

O fenômeno da coisa julgada é uma exigência da jurisdição.[234] De pouca adiantaria o Estado resolver um litígio posto à sua apreciação, se essa solução pudesse ser alterada a qualquer tempo. A coisa julgada existe em prol da segurança jurídica, valor tido em alta estima pelo legislador que o inseriu dentre o rol de direitos e garantias fundamentais.[235]

Nas palavras de Barbosa Moreira, a "coisa julgada – nunca será demais repeti-lo – é instituto de finalidade essencialmente *prática*: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o *resultado final* do processo".[236]

A coisa julgada é, portanto, um instrumento de que se utiliza a jurisdição para conceder estabilidade à suas decisões. A definitividade é, aliás, geralmente apontada pela doutrina como característica da jurisdição, que distingue os atos jurisdicionais dos atos dos demais Poderes do Estado.[237]

234 Para Bedaque, "As situações da vida que conduzem à necessidade de uma tutela serão regradas pelo órgão jurisdicional, mediante a emissão de um provimento. Sentença de mérito é sentença que julga a pretensão posta pelo autor na inicial (ou pelo réu na reconvenção). Se esse ato produz efeitos para fora do processo, sobre a relação material, a solução dada precisa estabilizar-se sob pena de não conduzir à eliminação do litígio, frustrando-se por completo os escopos da função jurisdicional. A legitimidade da coisa julgada situa-se nas premissas dos próprios objetivos do sistema processual, que não seriam atingidos caso os provimentos judiciais não ficassem imunes a ataques futuros", *in* Direito e Processo, p. 93.

235 "XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, CF)"

236 Barbosa Moreira, *in* Temas de Direito Processual, v. I, p. 83.

237 "Outra característica dos atos jurisdicionais é que **só** *eles são suscetíveis de se tornar imutáveis*, não podendo ser revistos ou modificados. A constituição brasileira, como a da generalidade dos países, estabelece que 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada' (art. 5°, inc. XXXVI). Coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem re-propor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente àquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que

Além de ser um atributo de ordem prática, a coisa julgada é, ainda, uma escolha política. Assim, em alguns casos, tendo em vista a proteção de interesses de alta relevância, o legislador atenua a disciplina da coisa julgada. Um bom exemplo dessa técnica é o regramento da coisa julgada com relação aos chamados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nas hipóteses em que o processo girar em torno desses interesses haverá a coisa julgada *sucundum eventum litis*, ou seja, a sentença prolatada pelo juiz somente adquirirá a qualidade de imutabilidade, atingindo todos os envolvidos na demanda (*erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo da natureza do interesse), se tiver determinado conteúdo previsto pela lei.

A regra também é que as sentenças proferidas em razão de uma cognição sumária não transitem materialmente em julgado. A cognição sumária, regra geral, não contém um juízo de certeza, mas mero juízo de probabilidade, motivo pelo qual as decisões que dela são fruto também não devem ser definitivas.

A maioria dos provimentos decorrentes de uma cognição sumária é provisória e não possui capacidade de se tornar definitivos. Em outros termos, se finais, os provimentos jurisdicionais concedidos em virtude de uma cognição sumária não transitam materialmente em julgado e, conseqüentemente, não produzem efeitos imutáveis para fora do processo.

Mas há exceções a essa regra. Há casos em que a cognição sumária é suficiente para que se decida um processo de forma imutável. Esses

contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado (v. *infra*, n. 198). No Estado de Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os atos administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário", Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *in* Teoria Geral do Processo, p. 130.

casos geralmente dão aplicação ao princípio da economia processual e configuram tutela diferenciada.[238] Como representam exceções, essas hipóteses devem estar expressamente previstas pela lei. É o caso, *v. g.*, da possibilidade de julgamento antecipado da demanda por revelia (art. 330, II, CPC), bem como do reconhecimento da ocorrência de prescrição ou decadência logo no início do processo.[239, 240]

Ao estudar o tema, concluiu Bedaque que "também há provimentos sumários ditados não pela urgência, mas pela economia do juízo. Estes também são idôneos a ditar a disciplina definitiva de direito controvertido, com aptidão de se tornar imutáveis. Têm em comum com a cautelar apenas a sumariedade, afastando-se dela, todavia, quer quanto à função, visto que ausente o caráter de urgência para assegurar a efetividade do processo, quer quanto à estrutura, pois não são dotados de provisoriedade, nem de instrumentalidade (...). Muitas vezes o legislador prevê, por uma questão de economia processual, a possibilidade de a situação substancial ser definida mediante processo de cognição sumária. Nesses casos, o provimento jurisdicional pode se

238 Segundo Humberto Theodoro Júnior: "O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma Justiça *barata e rápida*, do que se extrai a regra básica de que 'deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo emprego de atividade processual' (Echandia)", *in* Curso de Direito Processual Civil, v. 1, p.27.

239 Ensina Bedaque que "Existem provimentos dessa natureza (frutos de uma cognição sumária) que acabam representando a solução definitiva do conflito de interesses, quer porque as partes se conformaram com o resultado e não provocaram a atividade cognitiva plena, quer porque o julgamento, embora sumária a cognição, adquire a qualidade de coisa julgada. Têm eficácia idêntica à produzida pela tutela de cognição plena", *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e Tutelas de Urgência, p. 112.

240 "Quando a inviabilidade jurídica é manifesta, é caso de improcedência *prima facie*, com extinção do processo *com* julgamento do mérito, à semelhança do que ocorre quando verificadas a prescrição ou a decadência, as quais, não obstante se configurem como exemplos de inépcia da inicial (que é causa de extinção do processo sem o julgamento do mérito), geram extinção do processo com o julgamento do mérito, produzindo coisa julgada material", Fredie Souza Didier Júnior, *in* Um Réquiem às Condições da Ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto, p. 76.

tornar imutável. Trata-se, aqui, de tutela sumária não cautelar, cujo objetivo não é assegurar a efetividade de outro provimento jurisdicional, mas de resolver a controvérsia, possivelmente de forma definitiva".[241]

A lei pode, portanto, conferir a imutabilidade da coisa julgada a sentenças fruto de uma cognição sumária, se entender que se trata de hipótese em que a cognição plena poderá ser dispensada sem prejuízo aos escopos processuais. É a efetividade do processo que deve sempre prevalecer na escolha do legislador pelo procedimento mais adequado a cada situação[242].

A renúncia à cognição exauriente e a adoção da cognição sumária como pressuposto para uma decisão definitiva, em alguns procedimentos, é utilizada como técnica processual, ou seja, como meio para que a atividade jurisdicional atinja suas finalidades de forma mais eficaz.

No caso já citado, do julgamento antecipado por revelia, o legislador afastou expressamente a cognição exauriente e criou a possibilidade de um julgamento definitivo decorrente de cognição sumária. Esse procedimento busca uma solução mais rápida e efetiva aos casos em que, por ausência de defesa do réu, serão presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Nessas hipóteses, desnecessária uma atividade cognitiva mais aprofundada por parte do juiz para a solução

241 Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e Tutelas de Urgência", p. 235.

242 "A regra é que a tutela definitiva seja proferida após cognição plena dos fatos inerentes ao direito afirmado. Essa atividade exauriente pode não corresponder, todavia, às exigências e peculiaridades da situação substancial posta em juízo. Embora a cognição plena seja importante valor a ser preservado, visto que possibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório, não pode sobrepor-se ao interesse maior do sistema na efetividade do processo. Eventual conflito entre esses dois valores deve ser resolvido, sem dúvida, em favor daquele que representa a própria razão de ser da atividade jurisdicional. Pode-se afirmar, aliás, que a cognição exauriente constitui mecanismo destinado a alcançar os escopos do processo. Mas é meio, não fim. Deve ser examinado, pois, como instrumento de realização dos objetivos da função jurisdicional", Bedaque, *in* Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e Tutelas de Urgência", p. 236.

do litígio. O legislador contenta-se com a cognição por ele realizada até o momento do saneamento.

Já foi demonstrado acima (*supra*, cap.V, n. V) que a ausência de uma das condições da ação, quando reconhecida no início da demanda, configura tutela diferenciada que impede a continuação de um processo que se mostra, desde já, passível de solução. Essa tutela diferenciada é fruto de uma cognição sumária.

Os efeitos decorrentes desta tutela, por sua vez, deveriam adquirir foros de imutabilidade, não só pela sua natureza substancial, como também por uma questão de coerência com a perspectiva instrumental que guia a ciência processual moderna e busca a efetividade da atividade jurisdicional.

Além disso, toda a efetividade da tutela diferenciada fica comprometida se se entende que o reconhecimento de ausência de uma condição da ação não transita materialmente em julgado porque, nesse caso, o autor pode, em tese, re-propor a mesma demanda infinitamente e esse procedimento, senão passível de gerar injustiças e contradições (o autor proporia a demanda inúmeras vezes até encontrar um juiz que a aceitasse), é extremamente inefetivo.[243]

Por todos os motivos acima expostos, é forçoso reconhecer o trânsito em julgado material à sentença de carência ainda que proferida como fruto de uma cognição sumária.

243 Para Adroaldo Furtado Fabrício, "o que há de grave com o art. 267, VI, é a inferência necessária que dele se extrai, se tomado à letra e mais ainda quando conjugado com o art. 268, de não fazer a sentença aí referida coisa julgada material. A aceitar-se que assim seja, o mesmo autor poderia voltar a propor contra o mesmo réu idêntica ação, com pedido e causa de pedir igualmente invariáveis, quantas vezes lhe aprouvesse, desde que pagos os encargos sucumbenciais do processo anterior. E, quantas vezes o determinasse o capricho do demandante, teria o juiz que repetir-lhe que seu pedido é ininquadrável nas molduras do direito objetivo vigente, ou que uma das partes é ilegítima *ad causam* – até que a insistência cansasse o próprio autor, ou, o que seria pior, algum juiz menos avisado ou mais 'aberto' acabasse por acolher a postulação", *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, p. 23.

Cândido Dinamarco reconhece essa possibilidade ao afirmar que "são em tese capazes de obter a autoridade da coisa julgada material as *sentenças* sobre condições da ação (tanto no processo de conhecimento, quanto no executivo). Mas nem todas as decisões a respeito são assim. Se liminarmente o juiz declara carecedor de ação o exeqüente, ou se o faz em embargos, não há dúvida de que poderá vir em seguida a *res judicata* (...). Porém, se ao despachar a petição inicial executiva ela aprecia a questão das condições da ação e dá andamento ao feito, nem por isso a matéria se considera preclusa, porque nessa oportunidade o juiz só julga da aparência, não dispondo de dilação instrutória para formar seu convencimento. Se for manifesta a carência de ação, declará-lo-á então para todos os efeitos, mas se não ocorrer essa situação de evidência, cumpre-lhe receber a inicial, deixando para eventuais embargos a discussão mais aprofundada da matéria".[244]

Percebe-se que, para Cândido Dinamarco, há a possibilidade de existência de coisa julgada material, mesmo nas decisões liminares do juiz. Para tanto, basta que o juiz decida definitivamente sobre as condições da ação, ou seja, basta que haja sentença. Se, todavia, o juiz proferiu mera decisão interlocutória e permitiu que a demanda continuasse, não há preclusão *pro judicato*, podendo a presença ou não das condições da ação ser verificada novamente pelo magistrado no final do processo.

Já foi exposto (supra, cap. II, n. III.2) que a sentença de carência de ação não foi eleita pelo ordenamento vigente como uma hipótese de sentença que transita materialmente em julgado. Todavia, esse fato, como já demonstrado, não se deve ao grau de cognição, mas sim à adoção pelo nosso ordenamento jurídico da teoria de Liebman, que entende que o julgamento de carência não é julgamento de mérito, ou seja, não aprecia a pretensão do autor e não produz efeitos para fora do processo aptos a se tornarem imutáveis.

244 Cândido Dinamarco, *in* Execução Civil, p. 455.

Não é esse, entretanto, o entendimento aqui sustentado. As condições da ação, como questões de mérito que são, conduzem a um julgamento da pretensão do autor e geram efeitos extraprocessuais.

É esse, sem dúvida, o entendimento mais eficaz e coerente. A sentença de carência, ainda que "liminar", aprecia a pretensão do autor e julga o mérito do processo. Produz efeitos extraprocessuais que, em nome da segurança jurídica e da própria efetividade do processo, tornam-se imutáveis, não permitindo rediscussão.

Essa orientação não atenta contra a sistemática do Código de Processo Civil, pois o nosso sistema processual permite que o julgamento decorrente de uma atividade cognitiva sumária do juiz se torne definitivo e imutável. Essa possibilidade existe nos casos em que a economia processual e a evidência da existência ou inexistência do direito afirmado pelo autor dispensem a cognição exauriente, ou seja, nos casos em que haja a previsão de tutela diferenciada (não cautelar) como técnica processual mais eficaz na busca dos escopos processuais.

A utilização da tutela de carência de ação como tutela diferenciada, destinada a dar maior efetividade ao provimento jurisdicional, por economia processual, é alternativa reconhecida pela própria lei.

É o próprio legislador que reconhece a possibilidade da prolação da sentença de carência de ação no início do procedimento, dispensada a necessidade de uma cognição aprofundada da relação jurídica de direito material em que se buscam a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir.

A efetividade da tutela, porém, somente se alcança quando se reconhece a imutabilidade da decisão. Caso contrário, todo o intuito do legislador se perde. Se se possibilita ao autor a re-propositura da demanda, a utilidade do provimento se esvazia.

Forçoso, portanto, reconhecer que a sentença de carência de ação, independentemente do momento em que é proferida e do grau de cognição realizada, transita materialmente em julgado.

Esse entendimento é o que melhor se coaduna com a razão de ser da coisa julgada e com finalidade do instituto das condições da ação.

Somente ele traz a segurança jurídica às relações sociais, pois decide definitivamente a pretensão do autor e impede infinitas re-proposituras da mesma demanda (razão de ser da coisa julgada).

Além disso, essa conclusão é a única que permite que as condições da ação realizem de forma efetiva seu propósito, qual seja, impeçam a continuidade de um processo que já se mostre apto a uma decisão de mérito, por improcedência manifesta.

II. O Problema da Ação Rescisória (art. 268, CPC)

Um outro aspecto problemático das condições da ação, que não se mostra adequado às premissas metodológicas atuais e que teria solução diante da perspectiva adotada nesta obra, decorre da redação do artigo 268 do Código vigente e da interpretação que a maioria da doutrina e a jurisprudência vêm dando a ela.

Conforme já visto (*supra*, cap. VI, n. I), o artigo 268 do CPC dispõe que a sentença que extingue o processo sem o julgamento do mérito, exceto na hipótese de perempção, litispendência e coisa julgada, poderá ser re-proposta pelo autor.

Esse dispositivo do Código segue a regra geral de que sentenças que não apreciam a pretensão do autor não fazem coisa julgada material, mas somente coisa julgada formal.

A sentença de carência de ação, segundo a teoria de Liebman, adotada pelo legislador de 1973, inserir-se-ia nesta categoria de sentença terminativa e admitiria infinitas re-proposituras.

Conforme demonstrado acima (*supra*, cap. VI, n.I), esta solução está totalmente desvinculada da idéia de efetividade do processo por meio da resolução de litígios, pois permitir que o autor re-proponha a mesma demanda já julgada e extinta, é um imenso desperdício da máquina judiciária estatal.

Na tentativa de contornar a incoerência da sistemática vigente, a jurisprudência, juntamente com alguns doutrinadores, ao interpretarem o art. 268[245], do Código de Processo Civil, vêm exigindo que, para a re-propositura de um processo extinto por carência de ação, o autor saneie o vício do processo anterior, ou seja, "preencha" a condição da ação faltante.

Por ilustração, cabe transcrever o acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Ação Civil Pública. Demanda anterior julgada extinta sem conhecimento do mérito, por ausência de interesse processual. Reprodução integral da mesma ação anterior. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 268 do CPC. É inadmissível, no caso, a re-propositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem o julgamento do mérito. Recurso especial não conhecido" (STJ, RESP 191934/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 04/12/2000, p. 00072).

No mesmo sentido, sustenta Nelson Nery Júnior que "como a ausência de condições da ação enseja sentença processual, essa sentença não é acobertada pela autoridade da coisa julgada. Pode haver, por-

245 Para Fábio Gomes, quando o art. 268 dispõe que o autor pode intentar de novo a demanda, refere-se não à demanda extinta, mas àquela que deveria ter sido proposta. Em suas palavras, "para a maioria dos que seguem a doutrina de Liebman e consideram a ação como um direito a um provimento sobre o mérito, uma vez extinto o processo por ausência de uma das condições da ação poderá o autor *intentá-la de novo*; neste sentido é expresso nosso Código em seu art. 268 (...). Tomemos por exemplo um caso em que o Juiz extinguiu o processo julgando o autor de uma ação de despejo parte ilegítima por não ser o locador do prédio. Estaria o Código autorizando, em seu art. 268, o mesmo autor a propor novamente a mesma ação? Obviamente não! Parece evidente haver o legislador se referido *àquela* ação de despejo que não foi proposta. Assim sendo, a impropriedade é dupla. Primeira: toma o autor por parte ilegítima para uma ação que sequer foi proposta; conseqüentemente a ação que será *novamente* proposta não se identificará com aquela para a qual o autor foi julgado parte ilegítima, pois que os sujeitos de ambos são diversos. Ora, é evidente que o mérito da segunda ação não foi julgado ainda na hipótese aqui tratada, pois o contrário implicaria admitir que a demanda descrita na petição inicial pudesse contar com o *mérito* da lide de outrem", *in* Teoria Geral do Processo, p. 128.

tanto, a re-propositura da ação anteriormente objeto de extinção por carência, **desde que, contudo, seja implementada a condição faltante**" (destaque nosso). [246, 247]

Não há dúvida de que este posicionamento melhor se coaduna com a perspectiva instrumental do processo. Porém, a solução dada pela doutrina e jurisprudência ao problema da carência da ação está longe de ser a mais técnica. Ora, se se sustenta que a extinção do processo se deu sem o julgamento do mérito, que houve somente coisa julgada formal, não há como se impedir que o autor intente novamente a mesma demanda. O que a coisa julgada formal representa é a preclusão máxima do processo, por não haver sido interposto o recurso cabível ou por estarem esgotadas todas as vias recursais previstas em lei e não tem força para impedir a re-propositura da demanda, ainda que idêntica a anterior.

Ao sustentar que, para propor novamente a demanda extinta por ausência de uma condição da ação, o autor deve supri-la, os estudiosos estão reconhecendo o que foi sustentado acima (*supra*, cap. VI, n.I): que a sentença que extingue o processo por carência de ação faz coisa julgada material!

Como já visto (*supra*, cap. IV, n. II), as condições da ação são buscadas na relação jurídica de direito material. Elas se inserem, na maioria das vezes, em um dos elementos da demanda, a causa de pedir. Se há o saneamento no vício que acarretou a extinção do processo pela não existência de uma condição da ação, haverá sempre uma alteração na relação jurídica material trazida a juízo para a apreciação do magistrado. Haverá sempre, portanto, a alteração de um dos elementos da demanda.

246 Nelson Nery Júnior, *in* Condições da Ação, p. 38.

247 Para Theotônio Negrão, "nem sempre (o autor poderá intentar nova ação). No caso do n. VI do art. 267, se a extinção do processo se fundar em impossibilidade jurídica do pedido, poderá ser proposta nova ação, porém não a mesma", *in* Código de Processo Civil Anotado, p. 265.

Se algum dos seus elementos se altera, não se trata da mesma demanda, mas sim, de uma nova. Se se exige, para a re-propositura da ação extinta por carência de ação, que se altere algum de seus elementos, que se introduzam fatos novos, está-se reconhecendo o trânsito em julgado material da sentença que decide pela ausência de alguma condição da ação. Fatos novos, sujeitos novos, alteram a composição da demanda, transformando-a em uma demanda nova.

A interpretação atual do art. 268, do Código de Processo Civil, de fato, não permite a re-propositura da demanda extinta por carência de ação, mas sim exige a propositura de uma nova demanda. Se não é possível a re-propositura, não há que se falar em coisa julgada formal. Estamos diante da coisa julgada material. Esta sim, impede a re-propositura da demanda, pois produz efeitos extraprocessuais. Se há coisa julgada material, a relação jurídica material apreciada não poderá ser novamente conhecida pelo juiz. Somente uma nova relação jurídica, que se traduza em elementos da demanda diversos (outras partes, outro pedido ou outra causa de pedir) é que poderá ser objeto de decisão pelo Poder Judiciário. [248]

É esse um dos reflexos mais relevantes que a discussão a respeito das condições da ação traz. Poder-se-ia concluir que, pelo fato da jurisprudência, na prática, reconhecer a existência da coisa julgada material na sentença de "carência", ao exigir o "preenchimento" da condição da ação faltante para a re-propositura da demanda, a discussão restaria esvaziada.

248 Ainda Adroaldo Furtado Fabrício: "Seria erro grosseiro pensar-se que alguma ulterior alteração dos dados de fato, ou possível superveniência de *ius novum* pudessem dirimir o ilogismo (da possibilidade de re-propositura infinita da mesma demanda): ocorrendo qualquer dessas modificações, a ação já não é a mesma; a *causa petendi* da outra ação seria diversa. A quebra da 'tríplice identidade' autorizaria a re-propositura do mesmo pedido, exatamente do mesmo modo que a justificaria em qualquer outro caso, de inquestionada e pacífica improcedência. A coisa julgada, não é demais lembrar de novo, subordina-se ela própria a uma cláusula *rebus sic stantibus*", *in* Extinção do Processo e Mérito da Causa, p. 23.

Dois argumentos, entretanto, se opõem a esta conclusão. Primeiramente, o direito processual, atualmente alçado como ciência, não pode se contentar com soluções "praxistas" que distorçam a realidade das coisas, ou sejam, que "tornem o quadrado redondo". Se a sentença de carência de ação e seus efeitos, de fato, possuem a qualidade da imutabilidade, isto deve ser reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência[249] e questionado, para que se verifique o acertamento ou

249 Algumas decisões inovadoras do Superior Tribunal de Justiça vêm reconhecendo a natureza material das condições da ação e concluindo que a sentença de carência faz coisa julgada material: *"Processo civil. Ação civil pública. Extinção do processo por ausência de condição da ação. Trânsito em julgado. Renovação do pedido. Ação idêntica. Inviabilidade. Art. 268, CPC. Exegese. Doutrina. Precedentes. Recurso desacolhido. I – A extinção do processo por descabimento da ação civil pública, na espécie, por falta de condição de ação, obsta a que o autor intente de novo a ação. II – Segundo boa doutrina, se o autor se limita a re-propor ação da qual fora julgado carente estará ofendendo a coisa julgada, dado que, consoante comanda o art. 471, CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas"* (STJ, 4a Turma, Resp 103584/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13/08/2001, p. 00159).

Trata-se de processo previamente extinto por ausência de interesse de agir que é re-proposto sem qualquer alteração da petição inicial. Interessante transcrever parte da motivação do acórdão citado e que possibilita a conclusão de que a jurisprudência começa a aceitar e aplicar o entendimento de que a sentença de carência de ação é uma sentença de mérito: *"Em voto-vista, registrou o Ministro César Asfor Rocha: '(...) Ressalvo, entretanto, que se afigura admissível o ajuizamento de nova ação, nos termos do art. 267 do Código de Processo Civil, desde que haja a devida correção da deficiência anteriormente verificada, o que conduz a que a segunda ação seja apenas semelhante à anterior, podendo estampar as mesmas partes, pedido ou causa de pedir. Não poderá, todavia, ser idêntica à anteriormente ajuizada, ou seja, com igualdade concomitante de partes, pedido e causa de pedir, sob pena de flagrante litispendência, caso não extinto o primeiro processo, ou de ofensa à coisa materialmente julgada, se já extinto aquele, como já ocorreu na espécie. Desta feita, entendo que se a sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo, sem o julgamento de mérito, pela falta de uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade passiva para a causa, faz trânsito em julgado material, se a parte deixar transcorrer em branco o prazo para a interposição do recurso cabível. Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso'. De parecer trazido aos autos, da lavra do Prof. Humberto Theodoro Júnior, por sua pertinência e oportunidade, em tema de raro enfoque, transcrevo: '9. Efeitos da extinção do processo por falta de condição da ação. É comum afirmar-se que a extinção do processo por falta de condição de ação (CPC, art. 267, nº VI) não faz coisa julgada, porque a lei prevê que, em tal caso, não há óbice 'a que o autor intente de novo a ação' (CPC, art. 268)'. Acontece que o art. 268 engloba todas as hipóteses de extinção do processo sem o julgamento do mérito e diante da variedade das previsões do art. 267, haverá o intérprete de analisar, caso a caso, para aferir em que situação e em que termos poderá se dar o novo ajuizamento da ação frustrada. No tocante à desistência ou abandono do processo, por exemplo, não há embaraço algum a que no novo processo se repita exatamente a ação anterior, mantendo-se a mesmeidade do pedido, de causa de pedir e de partes. Já quando se tratar de pressuposto processual ou de condição de ação, o autor somente será admitido em juízo, para re-propor a demanda, se superar o direito registrado no processo extinto. Vale dizer: o novo processo terá de se formar com a comprovação do suprimento do pressuposto faltante, ou com o atendimento da condição ausente no primeiro feito. Exemplo: a extinção primeira se deu porque a parte não se fizera representar por advogado legalmente habilitado ou porque não apresentou a indispensável anuência do cônjuge. É claro que a renovação da causa somente será viável com a produção do instrumento de mandato ad judicia ou com a exibição da vênia conjugal. A situação será, ainda, mais evidente, quando se tratar das condições de legitimidade ad causam e de possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI), já que ao tratar delas a sentença extintiva terá penetrado, embora vestibularmente, no terreno do mérito. Na verdade, o juiz somente pode se pronunciar sobre qualquer das condições da ação fazendo alguma espécie de análise sobre o direito material subjetivo invocado pela parte para pretender a tutela jurisdicional (...). A legitimidade de parte, por sua vez, somente pode ser apurada mediante investigação da relação de direito material controvertida, pelo que recusar a legitimidade ao litigante para demandar a satisfação de determinado direito subjetivo equivale a negar-lhe a respectiva titularidade. Não há, então, maior e mais substancial diversidade de efeitos entre o julgamento que qualifica o autor como carecedor da ação e aquele que decreta a improcedência do seu pedido (...). E, como síntese, aduziu o conceituado jurista mineiro: 'A extinção de um processo por falta de condição de ação, atinge, em parte, o mérito da causa, implicando rejeição da pretensão material formulada pelo autor contra o réu, nos termos em que foi posta a inicial. Nos limites do pronunciamento extintivo do processo, a sentença de carência deve ser tida como trânsita em julgado'".

não desta prática. O que não se pode fazer é "fingir" que a interpretação dada pelos nossos tribunais ao art. 268, do CPC, não configura coisa julgada material.

Além disso, e principalmente, a adoção dessa prática gera conseqüências teratológicas quando voltamos atenção para o instituto da ação rescisória.

Essa ação impugnatória permite que, em alguns casos que representam vícios graves e, preenchidos alguns requisitos determinados pela lei, seja afastada a coisa julgada.

A ação rescisória desconstitui a sentença, afastando a coisa julgada. É uma exceção, uma "válvula de escape", prevista para situações de

alta gravidade, em que em nome do valor justiça, afasta-se o valor segurança jurídica. [250]

De acordo com o art. 485 do Código de Processo Civil, somente a sentença de mérito pode ser rescindida, se enquadrada em uma das hipóteses previstas pelos seus incisos e não trânsita em julgado há mais de dois anos.

As sentenças que decretam a carência de ação, de acordo com a teoria de Liebman adotada pelo CPC, portanto, não podem ser objeto de ação rescisória, uma vez que elas extinguiriam o processo sem o julgamento do mérito. Não são sentenças de mérito.

Ao mesmo tempo, em decorrência da interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência ao art. 268, do CPC, a demanda extinta por ausência de uma condição da ação não pode ser reiterada sem a implementação da condição faltante.

A sentença de carência de ação, nesse sentido, fica sem qualquer "válvula de escape". O autor que teve sua demanda extinta por esse motivo não pode, nem re-propor a mesma ação, nem se utilizar da via impugnatória da ação rescisória.

250 Segundo Cândido Dinamarco, "A rescisão de sentenças e acórdãos de mérito passados em julgado significa infringência à própria coisa julgada material, que tem seu enorme valor político e sistemático na vida dos direitos e para a liberdade das pessoas e integridade de seu patrimônio. Tanto quanto a ação, também a coisa julgada conta com garantia em nível constitucional – e justamente pela utilidade social que desempenha. Daí a *excepcionalidade da ação rescisória*, na medida em que é instituída como fator de equilíbrio entre as exigências de segurança das decisões judiciais e de sua aderência aos desígnios do direito substancial do caso concreto. O que a sentença trânsita em julgado tiver feito mal, a ação rescisória emendará quando o vício for daqueles excepcionalmente graves que a lei enumera. Pois os casos indicados nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil revelam o juízo do legislador acerca desses vícios excepcionais, que justificam a quebra da coisa julgada material apesar do valor que ela tem. Fora dos casos ali indicados, é *juridicamente impossível* eventual demanda de rescisão porque se trata de situações em que, independentemente das peculiaridades concretas ou mesmo do modo como a sentença ou acórdão haja julgado a causa, a couraça da coisa julgada é mantida invulnerável pelo legislador", *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I, p. 350.

Estamos diante de uma situação paradoxal: a sentença "terminativa", que, para a teoria de Liebman, não aprecia o mérito da demanda, é mais definitiva que a própria sentença de mérito. Haveria, no caso, uma coisa julgada tão forte que não estaria sujeita a alteração em nenhuma hipótese, uma coisa julgada "suprema".

Para afastar em parte essa situação absurda, a jurisprudência criou a figura das "falsas carências". Em certos casos, o órgão julgador da ação rescisória entende que houve erro terminológico na sentença que, embora tenha julgado o autor carecedor da ação, na verdade adentrou o mérito da demanda. Cabível, portanto, a ação rescisória. [251]

Seria bem mais efetivo aos escopos processuais, todavia, ao invés de realizar verdadeiros "malabarismos" com os conceitos jurídicos, para que eles encaixem no entendimento dominante, reconhecer que a sentença de carência de ação é uma sentença de mérito, que faz coisa julgada material e pode ser impugnada por via de ação rescisória, desde que se enquadre em alguma das hipóteses do art. 485, do CPC.

Esse entendimento dirime uma série de dúvidas e confusões quanto à matéria, que acabam por prejudicar a efetividade do processo. Se, a princípio, sustentar-se que a sentença que extingue o processo por ausência de uma condição da ação é sentença de mérito, parece prejudicar o autor, pois permite que uma decisão, eventualmente fruto de uma cognição sumária, faça coisa julgada material, decidindo definitivamente a lide; percebe-se, afinal, que essa posição protege o autor,

251 *"Ação Rescisória. Sentença de Mérito. Precedente da Corte. 1. Precedente da Corte admite, em tese, a rescisória, 'nada obstante tenha-se dado pela carência de ação, quando julgamento foi de mérito' (...)"* (STJ, RESP 127956/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 22/06/98, p. 00073). Também o STJ: *"Processo Civil. Apreciação do mérito. Inocorrência da afirmada carência. Recurso provido para ensejar o processamento da Rescisória. 1. Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa. 2. A circunstância do julgado ter proclamado a carência da ação é irrelevante para o cabimento da rescisória (CPC, art. 485) se na realidade houve pronúncia de mérito"* (STJ, RESP 1678/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 09/04/1990, p. 02744).

uma vez que, na realidade, a interpretação dada ao art. 268, CPC pela doutrina e pela jurisprudência já reconhece essa qualidade à sentença de carência de ação, sem, contudo, garantir ao autor a possibilidade de utilização do meio de impugnação da ação rescisória.

É uma orientação que, apesar de se afastar da construção dominante e até mesmo, positivada, resolve a questão de uma forma mais coerente. E, hoje em dia, diante da perspectiva metodológica do processo publicista e instrumental, que, antes de tudo, busca o resultado, não há dúvida de que a coerência do sistema, que possa evitar confusões práticas, é um valor de grande peso.

III. Duplo Grau: Anulação ou Reforma?

Um outro aspecto que serviu para evidenciar a natureza jurídica das condições da ação foi a introdução do § 3º, ao art. 515, do CPC, realizada pela Lei 10.352/01.

Como se sabe, a regra no nosso ordenamento jurídico é de que, superada a fase de admissibilidade, a decisão sobre um recurso pode ser pelo seu provimento ou não. No primeiro caso, pode a nova decisão reformar a decisão anterior (*error in iudicando*) ou se limitar a anulá-la (*error in procedendo*).

Tanto nos casos de não provimento, como nos casos de provimento por *error in iudicando*, haverá a substituição da decisão recorrida pela decisão proferida no recurso, nos termos do art. 512, CPC.

Entretanto, se houver provimento do recurso, reconhecendo *error in procedendo*, duas situações podem ocorrer, de acordo com o que estabelece o novo art. 515, § 3º, do CPC: (i) se a demanda versar somente sobre questão de direito ou estiver em condições de imediato julgamento, o Tribunal julgará o mérito, substituindo a decisão de primeiro grau; (ii) caso não preenchidos estes requisitos, a decisão recorrida será anulada e os autos do processo retornarão à instância inferior para novo julgamento.

De acordo com teoria de Liebman, as condições da ação são matéria preliminar, de natureza processual e a decisão sobre elas não analisa o mérito da demanda.

O erro cometido por um juiz em uma sentença que declara a carência da ação é, portanto, *error in procedendo*, pois, para o entendimento tradicional, não houve a apreciação da pretensão do autor, não havendo que se falar em erro de julgamento.

Nesse sentido, quando o tribunal, em grau de recurso, apreciar uma sentença de carência e entender que foram "preenchidas" as condições da ação, deve analisar o processo segundo o previsto pelo art. 515, § 3º, do CPC e verificar se será o caso de julgamento da demanda ou simples anulação da decisão proferida pela instância inferior, o que torna necessária a remessa dos autos para novo julgamento.

Fácil perceber, porém, que a nova sistemática veio corrigir distorções do antigo procedimento que determinava que a cassação era obrigatória em qualquer caso de sentença terminativa.[252] No antigo sistema, havia casos em que a sentença de carência de ação, proferida após audiência de instrução e julgamento, com cognição exauriente, vinha a ser cassada pelo tribunal (ou até mesmo pelo STJ ou STF), com conseqüente encaminhamento do processo ao juiz de grau inferior para novo julgamento, anos depois da propositura da demanda.

O antigo sistema ia totalmente contra a perspectiva instrumental moderna, pois permitia que um processo já instruído e maduro para julgamento retornasse às origens e demorasse ainda muito tempo para chegar a uma solução final e definitiva.

O novo sistema corrige as distorções do sitema anterior e dá maior celeridade ao processo, valor altamente protegido pelo legislador

252 Ensinava a doutrina àquela época: "Quando se dá provimento ao recurso para *anular* a decisão impugnada por *error in procedendo*, o julgamento proferido pelo órgão *ad quem* não coincide, no objeto, com o do órgão *a quo*, nem, por conseguinte, o *substitui*: limita-se a cassá-lo, para que posteriormente se profira, no grau inferior, *nova* decisão". Barbosa Moreira, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, p. 266.

na atual perspectiva instrumental do direito processual.[253] Alguns autores entendem, entretanto, que a nova regra viola o princípio do duplo grau de jurisdição.

Bedaque entende que com a introdução do § 3º ao art. 515, do CPC "o legislador acabou por restringir o princípio do duplo grau de jurisdição, pois, configurada a hipótese legal, o mérito será analisado apenas em sede de apelação, suprimindo-se a instância inferior".[254]

Todavia, se as condições da ação passarem a ser entendidas como questões de mérito, como ora se propugna, desnecessária se torna a previsão legal, pois a reforma da sentença de carência naturalmente levaria a um novo julgamento do caso. Ou seja, se se reconhece que a sentença de carência de ação julga o mérito do processo, o erro cometido pelo juiz *a quo*, ao decretá-la, configura *error in iudicando*. O tribunal, nesse sentido, ao dar provimento ao recurso, não anula a decisão, mas sim a reforma.

Um outro aspecto positivo deste entendimento seria o de que, como a sentença de carência é sentença de mérito, a reforma da decisão inferior pelo tribunal não implicaria nenhum atentado ao princípio do duplo grau de jurisdição, pois se reconhece que a pretensão do autor já foi apreciada pelo juiz *a quo*.

253 "Pretendeu o legislador conferir maior celeridade ao processo, possibilitando o imediato exame do mérito pelo tribunal, nos casos em que a volta ao 1º grau dar-se-ia tão-somente para julgamento, porque desnecessária qualquer atividade destinada à produção de prova" Bedaque, *in* Apelação: Questões sobre Admissibilidade e Efeitos, p. 11.

254 Bedaque, *in* Apelação: Questões sobre Admissibilidade e Efeitos, p. 11. Segundo Ada Pellegrini Grinover, "o princípio do duplo grau não significa apenas a garantia de revisão da decisão do primeiro grau (*reexame em segundo grau*). Também compreende a proibição para o tribunal de, com seu julgamento, impedir o pronunciamento do juiz de primeiro grau (garantia do *exame em primeiro grau*): é o caso, por exemplo, da ocorrência, em primeiro grau, da extinção do processo sem o julgamento do mérito, quando o tribunal, ao reformar a decisão, prosseguisse no julgamento, decidindo o mérito que o juiz não apreciou", *in* Um Enfoque Constitucional da Teoria Geral dos Recursos, Revista Jurídica 198, p. 41.

A jurisprudência, na sistemática anterior, buscava soluções práticas para resolver as distorções conceituais já analisadas. Para os casos em que o processo já se encontrasse maduro para julgamento, os tribunais reconheciam a existência das já supracitadas sentenças de "falsa carência" (*supra*, cap. VI, n. III), e acabavam por julgar o mérito do processo.

Nesse sentido é a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"Processo Civil. Extensão do Efeito Devolutivo da Apelação. Duplo Grau de Jurisdição. Ilegitimidade Passiva Afastada pelo Acórdão. Exame do Mérito. Impossibilidade. Arts. 267 e 515, CPC. Recurso Provido. I - Consoante já proclamou esta Corte, "para verificar se houve exame do mérito, há que pesquisar se a pretensão formulada foi decidida", desimportando que a sentença, por equívoco, haja dado pela carência da ação. Nessa hipótese, fica autorizado o tribunal, quando do julgamento da apelação, a apreciar todas as questões concernentes à lide, a saber, ao mérito (...).* (STJ, Resp 296926/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02/04/2001, p. 00305).[255]

Conforme já sustentado acima (*supra*, cap. VI, n. II), todavia, a melhor técnica não é a de distorcer os institutos, seja através de entendimento jurisprudencial, seja através de alteração legislativa, atribuindo-lhes efeitos que não lhes são próprios, na busca de soluções para as suas

255 Ainda o STJ: *"Apelação – Exame de Mérito. O exame de mérito, em segundo grau, condiciona-se a que o haja sido em primeiro. Para verificar se o foi, há que se pesquisar se decidida a pretensão formulada na inicial. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença, equivocadamente, haja afirmado que o autor era carecedor de ação. Legitimação para a causa – Mérito. Afirmando o autor ser titular da relação jurídica, nela fundando seu pedido, a sentença que o negue, recusando, em conseqüência, sua pretensão, terá decidido a lide, julgado o mérito. Nada importa se considere que outro o credor. Releva para o processo unicamente a lide nele deduzida. Superada a questão em segundo grau, devem os juízes do recurso prosseguir no exame da causa, pois não se trata de sentença simplesmente terminativa"* (STJ, RESP 44920/MA, 3a Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 15/08/94, p. 20335).

"Arrendamento mercantil. Impossibilidade jurídica do pedido. Inépcia da inicial. Julgamento de carência alterado para improcedência. 1. É possível, feita a pesquisa da pretensão para saber se foi efetivamente, desafiada, desconsiderar o julgamento de carência, podendo o Tribunal decidir as questões pertinentes ao mérito (...)" (STJ, RESP 194863/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17/05/99, p. 00203).

falhas. A melhor saída, sem dúvida, é encontrar a sua verdadeira natureza jurídica e conceder os efeitos a ela correspondentes.

Em outros termos, melhor do que buscar exceções à regra de que a sentença terminativa deve ser anulada e encaminhada ao juiz *a quo* para novo julgamento, é reconhecer que a sentença de carência de ação não é sentença terminativa, mas sim, como já exaustivamente comprovado, sentença de improcedência e conseqüentemente, sujeita à eventual reforma pelo tribunal *ad quem*, como qualquer outra sentença de mérito.[256]

A única ressalva a ser feita à nova sistemática proposta ocorre nos casos em que a sentença de carência seja proferida no início do processo, antes da instrução probatória, ou seja, quando configurar tutela diferenciada. Em tais hipóteses, eventual provimento do recurso terá como conseqüência o envio do processo para o juízo *a quo*, não porque se trate de sentença terminativa, mas por uma questão prática: como o processo ainda não foi instruído, não há elementos de convicção ao juiz e, portanto, não há como proceder ao julgamento das demais questões de mérito.

De fato, é esse o tratamento dado pela jurisprudência às outras hipóteses que importam julgamento liminar do mérito desfavorável ao autor, previstas pelo ordenamento jurídico.

O grande exemplo são as sentenças que decretam a prescrição e a decadência. Nesses casos, se a sentença for proferida após instrução do processo, o tribunal, ao dar provimento ao recurso, deve julgar as

256 Fábio Gomes endossa esse posicionamento. Para ele, na "hipótese de o Juiz julgar inadequadamente extinto o processo por *carência de ação*, cometeria o denominado *error in procedendo*, caso entendêssemos não houvesse sido analisado o mérito (...). Para nós, entretanto, que consideramos as condições da ação questões pertinentes ao mérito, o correto é que o Tribunal conheça, desde logo, os demais pontos, ainda que a sentença não os tenha julgado por inteiro, como, aliás, expressamente prevê o § 1o do art. 515, CPC. A correta visualização do problema poderá trazer, assim, vantagens sob qualquer ângulo pelo qual seja analisado", *in* Teoria Geral do Processo, p. 128.

demais questões de mérito não apreciadas pelo órgão *a quo*, substituindo a decisão por ele proferida.

Se a sentença, ao contrário, for prolatada liminarmente, não haverá possibilidade do tribunal reformar a decisão de mérito, por falta de elementos de convicção. Conseqüentemente, o processo será enviado ao grau inferior para regular instrução.

No tocante à prescrição, já decidiu o STJ:"(...) Afastada a prescrição, se o processo carece, ainda, de instrução, os autos devem retornar ao juízo de primeiro grau, para que examine a pretensão" (STJ, RESP 12217/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 24/08/1992, p. 12978). [257]

A ausência de uma condição da ação gera a improcedência da demanda. A reforma de uma sentença de carência de ação representa, destarte, reconhecimento pelo tribunal de *error in iudicando* e implica reforma da decisão.

Tal reforma, por uma questão prática, pressupõe que a sentença tenha sido proferida após a instrução probatória do processo. Caso a decisão equivocada tenha sido fruto de cognição sumária e faltem elementos de convicção para o julgamento das demais questões de mérito, o processo será enviado para o órgão inferior para regular produção de prova.

Esse é, sem dúvida, o melhor procedimento: reconhece a verdadeira natureza jurídica das condições da ação; impede a ocorrência de

257 No mesmo sentido: "*Processual Civil. Prescrição acolhida em primeiro grau após completa instrução probatória. Apelação provida afastando a prescrição e logo julgando procedente o pedido inicial. Possibilidade. Artigo 515/CPC. O efeito devolutivo da apelação não se restringe às questões resolvidas na sentença, compreende também as que poderiam ter sido decididas, seja porque suscitadas pelas partes, seja porque conhecíveis de ofício (§2°, do art. 515/CPC). Se o juízo de primeiro grau acolhe a argüição de prescrição após concluída a instrução do processo, pode o Tribunal, estando a lide em condições de ser apreciada, afastar a prescrição e prosseguir no exame dos demais pontos postos em debate, julgando procedente ou improcedente a ação. Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido*" (STJ RESP 141595/PR, 4a Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 08/05/00, p. 00095).

distorções conceituais; torna desnecessária a inserção de dispositivos legais prevendo efeitos naturais do instituto; e, principalmente, potencializa o seu caráter instrumental, dando aplicação ao princípio da economia processual e possibilitando maior efetividade ao processo.

Conclusão

I. Conclusão

A construção realizada nesta obra pretendeu repensar o instituto das condições da ação, sob uma nova perspectiva, que salienta o seu caráter instrumental, buscando, para tanto, com base nos inúmeros estudos realizados sobre o tema, construir uma sistemática que, em tese, eliminasse algumas das distorções pragmáticas que a teoria, da maneira como hoje se encontra estruturada e aplicada, suscita, trazendo maior efetividade ao processo. [258]

Diante de todo o exposto, podemos chegar às seguintes conclusões:

1. O instituto das condições da ação vem sofrendo muitas críticas nos últimos tempos, sendo necessária a realização de um estudo específico que o insira na nova perspectiva metodológica do processo instrumental.

2. Qualquer estudo sobre as condições da ação deve ser realizado conjuntamente com uma análise do próprio instituto da ação, pois as duas figuras seguiram passos simultâneos durante toda a evolução da ciência processual.

3. Até meados do século XIX, o direito processual não existia como ciência e o direito de ação era encarado como mero apêndice do direito subjetivo do indivíduo. O direito de ação era o próprio direito subjetivo em estado de guerra.

258 Ensina Cândido Dinamarco que, "hoje, todo o estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social (...). A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fatores de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou nas generalizações legislativas", *in* A Instrumentalidade do Processo, p. 153-5.

4. A partir da polêmica entre Windscheid e Muther e da publicação do livro de Von Bülow, o direito processual passou a dar os primeiros passos como ciência autônoma, independente do direito material. A partir daí começaram a se desenvolver as teorias da ação.

5. Para a teoria da ação concreta de Wach, o direito de ação é o direito a uma sentença favorável. É um direito público, exercitado tanto contra o Estado quanto contra o réu.

6. Derivada da teoria de Wach é a teoria do direito potestativo de Chiovenda, endossada por Calamandrei. Segundo esses doutrinadores, o direito de ação é um direito potestativo do autor contra o réu de ver atuada a vontade concreta da lei. O autor exerce seu direito de ação por mera declaração, sem possibilidade de resistência pelo réu. Mas o direito de ação continua sendo o direito a uma sentença de mérito favorável ao autor.

7. A teoria concreta foi a primeira a analisar a categoria das condições da ação. Seriam elas requisitos para que o autor tivesse direito ao provimento de mérito favorável.

8. A teoria concreta, porém, não soube resolver a maior crítica a ela formulada, qual seja, a inexistência de uma explicação satisfatória para o fenômeno que ocorre quando a demanda é julgada improcedente. Por esse motivo, encontra-se superada.

9. O alemão Degenkolb e o húngaro Plósz foram os primeiros a formular as premissas básicas do direito abstrato de ação. Assim entendido, o direito de ação é um direito autônomo e abstrato, ou seja, não condicionado à existência da efetiva lesão do direito material do autor.

10. A teoria abstrata da ação, todavia, subdividiu-se em três outras teorias de grande vulto: a teoria abstrata pura, a teoria de Liebman e a teoria assertista.

11. A teoria abstrata pura, também chamada de teoria do binômio, entende que o direito de ação é genérico e incondicionado. Segundo esses autores, não há diferença entre o direito de ação constitucionalmente previsto e o seu exercício no caso concreto. Inexistente, por-

tanto, a categoria das condições da ação. São duas as ordens de questões que o magistrado deve apreciar no julgamento de uma demanda: os pressupostos processuais e o mérito.

12. Para a teoria criada por Liebman, também chamada de teoria do trinômio, o direito de ação existe em dois estágios diferentes. Primeiramente, há o direito de ação constitucionalmente previsto ou direito de demandar, que é concedido a todos os cidadãos de maneira geral e incondicionada. Todavia, esse direito de ação totalmente genérico e despido de conteúdo não se legitima por si. Nasce, nesse ponto, o direito processual de ação, que corresponde ao direito de ação exercido em face de uma situação concreta. O direito processual de ação, entretanto, ao contrário, do direito de ação constitucional, sujeita-se a algumas condições para a sua existência, as chamadas condições da ação.

13. As condições da ação para Liebman são uma categoria de questões preliminares, anteriores ao mérito e que condicionam o seu exame. Elas figuram numa posição intermediária dentre as questões objeto de conhecimento pelo juiz. Situam-se entre os pressupostos processuais (relativos à relação jurídica de direito processual) e o mérito do processo.

14. A teoria assertista entende que são condições da ação as questões examinadas pelo juiz, tendo em vista somente o afirmado pelo autor na sua petição inicial, *in statu assertionis*, em decorrência de uma cognição sumária. Caso ocorra o aprofundamento do conhecimento do juiz quanto à matéria (cognição exauriente), com a verificação da verdadeira existência ou não das condições da ação no caso concreto, haverá sentença de mérito.

15. A maioria da doutrina brasileira, baseada no fato de o Código de Processo Civil de 1973 ter positivado a teoria de Liebman, acaba por endossá-la. Mas existem doutrinadores de peso que sustentam a teoria do binômio e a teoria assertista.

16. As condições da ação são três: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*. A possibilidade jurídica do pedido, ou da demanda, como preferem alguns, é a ausência de

vedação expressa ou implícita da lei ao pedido, causa de pedir ou partes da demanda.

17. O interesse de agir refere-se à utilidade que o provimento jurisdicional terá para o autor. A tutela jurisdicional deve ser necessária, ou seja, o direito material não pode ser capaz de, por si só, resolver a situação jurídica lamentada. O interesse, na maioria dos casos, está ligado à exigibilidade da prestação do réu pelo autor.

18. Por fim, a legitimidade *ad causam* é a "pertinência subjetiva da demanda", é a correspondência entre as posições de autor e réu e sujeito ativo e sujeito passivo da relação jurídica material.

19. Para a teoria de Liebman, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* são condições da ação independentemente do grau de cognição do juiz e poderão ser verificadas a qualquer momento no desenrolar da relação jurídica processual. Segundo os assertistas, todavia, tais questões só constituem condições da ação, se verificadas à luz da relação jurídica material afirmada pelo autor na inicial, sob uma cognição sumária. Caso contrário, ou seja, se houver a apreciação do caso concreto, com instrução probatória e cognição exauriente, trata-se de exame do mérito.

20. O conceito de mérito no processo civil deve ser procurado abstraindo-se do conceito de lide, que é sociológico e não pode ser trazido para o processo da forma como, de fato, ocorreu. O mérito é o objeto do processo, assim entendido como a pretensão processual do autor a uma tutela jurídica do Estado que resolva a situação jurídica por ele lamentada.

21. Entre os alemães, que com maior profundidade estudaram o objeto do processo, ainda há uma certa celeuma a respeito do conteúdo desse instituto. Todavia, há uma certa tendência a se entender que o objeto do processo seria composto somente pelo pedido. Os italianos, por seu turno, ressaltam a importância da causa de pedir para a definição da demanda, para a configuração da situação material do autor nos moldes do processo.

22. Parece ser mais correta a tendência germânica de entender que o objeto do processo é composto somente do pedido, pois é ele que é objeto de decisão pelo juiz, no dispositivo e é essa decisão que projeta efeitos para fora do processo, adquirindo a qualidade de imutabilidade. O objeto do processo é, portanto, o pedido realizado pelo autor na inicial.

23. O direito de ação, quando exercido, deixa de ser genérico e passa a referir-se a uma situação concreta. A situação jurídica de direito material entra para o processo através dos elementos da demanda. São eles que a individualizam. Os elementos da demanda são as partes, a causa de pedir e o pedido.

24. As partes são todas as pessoas que participam da relação jurídica processual em contraditório. A causa de pedir são os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido realizado pelo autor. O pedido, como já visto, é o objeto do processo. Ele contém a pretensão do autor ao Estado de que ele repare ou impeça uma suposta lesão ao seu direito material.

25. As condições da ação são encontradas na análise dos elementos da demanda (da situação jurídica de direito material). A impossibilidade jurídica da demanda indica a manifesta improcedência do pedido no autor, pois, ou seu pedido, ou sua causa de pedir ou a presença de alguma das partes na relação jurídica processual é expressa ou implicitamente vedada pelo ordenamento jurídico.

26. O interesse é buscado na causa de pedir remota passiva, ou seja, nos alegados fatos violadores do réu ao direito do autor; ou na própria necessidade da jurisdição (tutelas constitutivas necessárias).

27. Por último, a legitimidade liga as partes à causa de pedir. O autor e o réu somente serão partes legítimas se realmente forem titulares da relação jurídica de direito material alegada.

28. Há que se reconhecer, portanto, que as condições da ação não são questões processuais. Elas estão contidas nos elementos da demanda, principalmente, na causa de pedir. Além disso, a verificação da inexistência de qualquer delas levará o magistrado obrigatoriamente a apreciar a pretensão do autor e concluir pela sua improcedência.

29. As condições da ação não são o mérito da demanda que, como já visto, é a pretensão processual, mas questões de mérito que, se respondidas negativamente, levam a um julgamento de mérito desfavorável ao autor.

30. Estudando com maior cuidado o pensamento de Liebman, percebe-se por que para ele, a decisão do juiz que extinguisse o processo por ausência de uma condição da ação não poderia ser de mérito. O Mestre é árduo defensor da oralidade no processo civil e não admite um julgamento de mérito antes da realização da audiência de instrução e julgamento. Admite, todavia, que a ausência de condição de ação seja reconhecida na apreciação da petição inicial pelo juiz e, principalmente, no despacho saneador, levando a um julgamento que, por uma questão de lógica, não poderia ser de mérito.

31. Essa, todavia, não é a lógica do nosso processo civil, como atualmente estruturado. De fato, a oralidade encontra-se mitigada na nossa atual sistemática e é possível o julgamento antecipado do mérito (art. 330), antes da realização da audiência de instrução e julgamento. Principiologicamente, portanto, não há qualquer empecilho em se reconhecer a natureza jurídica de questões de mérito das condições da ação, no modelo processual brasileiro.

32. Todavia, não se prega a eliminação da categoria das condições da ação no nosso ordenamento jurídico, pois elas desempenham função de grande importância no processo, em prol da sua efetividade. Elas identificam algumas situações de manifesta improcedência do pedido e impedem a continuação de uma demanda já apresentada em condições de julgamento de mérito.

33. Não se pode negar que o legislador adotou a teoria de Liebman (arts. 267, VI e 301, X, CPC), determinando que a extinção do processo por carência de ação não julga o mérito. Mas também não é a melhor posição aceitar o positivado, sem questioná-lo. De fato, diante de todo o exposto, conclui-se que o legislador cometeu um erro ao diferenciar as condições da ação das questões de mérito. Diferenciou fenômenos que, ontologicamente, são os mesmos. Essa diferenciação

leva a sérias conseqüências de ordem prática e não pode ser aceita, porque não corresponde à realidade das coisas.

34. As denominações "condições da ação" e "carência de ação" não são adequadas para a identificação do fenômeno, mas, pela sua larga utilização tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, foram as utilizadas nesta obra.

35. Firmados os pilares fundamentais da ciência processual, iniciou-se o seu terceiro momento metodológico, fundado na conscientização de que o processo não pode mais ser estudado de forma isolada dos demais fenômenos sociais. O direito processual é uma ciência social e, como tal, possui grande conteúdo axiológico. O processualista, sensível às necessidades sociais da sua época, deve repensar os conteúdos da sua ciência de acordo com os valores vigentes ao seu tempo.

36. O processo, na atualidade, tem caráter eminentemente instrumental. Assim, apesar de autônomo em relação ao direito material, ele serve como instrumento de proteção deste. Desde o momento em que o Estado foi constituído e a autotutela passou a ser proibida, ele se responsabilizou pela proteção dos interesses dos seus cidadãos através da atividade jurisdicional.

37. Desta feita, a tutela jurisdicional do Estado não pode se limitar à mera garantia formal, mas deve ser uma garantia substancial, de efetiva proteção de bens jurídicos lesados ou ameaçados de lesão, pois representa um dos pilares de legitimação do poder estatal. Somente o processo efetivo faz com que a jurisdição atinja seus escopos, dentre eles e, atuação da vontade da lei, a legitimação do poder estatal e, principalmente, a pacificação social.

38. O direito de ação, numa perspectiva instrumental, não pode ser entendido como mera garantia de ingresso ao Poder Judiciário. Ele corresponde ao direito de acesso amplo aos órgãos jurisdicionais, à tentativa de eliminação de todos os óbices à tutela do Estado de situações não trazidas a juízo (litigiosidade contida). Além disso, o direito de ação abrange todas as garantias contidas no devido processo constitucional (igualdade das partes, ampla defesa, contraditório, motivação, publicidade, proibição de provas ilícitas etc.), que formam o modelo processual brasileiro.

39. A necessidade de rediscussão do conteúdo das condições da ação decorre de dois fatores: primeiramente, é tendência moderna revisitar os institutos processuais na busca de melhor adequá-los às novas premissas no processo instrumental; além disso, as inúmeras dúvidas que ainda existem quanto à matéria acabam por prejudicar a sua utilização pelos operadores do direito e, conseqüentemente, a própria prestação jurisdicional.

40. As condições da ação, portanto, devem ser estudadas sob uma perspectiva instrumental, de forma a servirem como meio para a efetiva tutela de direitos. Nesse sentido, elas podem ser utilizadas como técnica processual que busca alcançar melhores resultados para a atividade jurisdicional do Estado. Mais especificamente, as condições da ação funcionam como técnica processual de duas formas: eventualmente, podem configurar tutela jurisdicional diferenciada; e sempre serão objeções substanciais.

41. Na tentativa de minimizar os prejuízos decorrentes do tempo do processo (dano marginal), os processualistas vêm desenvolvendo técnicas processuais que permitam a concessão de tutela adequada e eficaz a resolver as especificidades dos variados tipos de relação jurídica de direito material trazidos a juízo. Uma dessas técnicas é a criação de tutelas diferenciadas. Dentre as várias acepções que a doutrina dá ao termo, a que nos interessa nesta obra é a que entende tutela diferenciada como aquela concedida após cognição sumária por parte do juiz.

42. As tutelas sumárias podem ser cautelares e não cautelares. As não cautelares são, na maioria das vezes, criadas em nome da economia processual e possuem aptidão para se tornarem definitivas e imutáveis.

43. A tutela jurisdicional diferenciada (sumária não cautelar) que o ordenamento jurídico concede ao réu que têm razão e que, portanto, não tem obrigação de se submeter ao tempo do processo, é a sentença de carência de ação, quando concedida liminarmente. Essa sen-

tença é uma decisão de mérito, fruto de uma cognição sumária, mas totalmente apta a ditar a solução definitiva do litígio.

44. O caráter instrumental das condições da ação se evidencia quando elas configuram tutela diferenciada, pois além de representar tutela efetiva ao réu, tal decisão evita a utilização injustificada da máquina judiciária estatal, impedindo a continuação de um processo com pedido que já se mostra improcedente.

45. As condições da ação, no entanto, podem ser verificadas tanto no início da demanda, quanto em fases já posteriores da relação jurídica de direito processual. Nesse sentido, são objeções substanciais (questões de mérito de ordem pública) e podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, independentemente de alegação da parte. Mais uma vez, presente o caráter instrumental desse instituto.

46. A cognição do juiz quando aprecia as condições da ação, além de poder ser, em alguns casos, sumária, é sempre limitada, pois restrita a alguns aspectos da relação jurídica material, cuja ausência é eleita pelo legislador como indicativa da manifesta improcedência da pretensão do autor.

47. O nosso Código de Processo Civil entende que o reconhecimento da ausência de uma das condições da ação extingue o processo sem o julgamento do mérito, fazendo somente coisa julgada formal. Por não gerar efeitos imutáveis para fora do processo, a sistemática positivada permite que as partes re-proponham a mesma demanda de forma infinita (art. 268, CPC).

48. Esta escolha está longe de se adequar à perspectiva instrumental, pois deixa o Poder Judiciário à disposição do autor para que ele tente obter, quantas vezes quiser, uma tutela jurisdicional. Representa um desperdício da atividade jurisdicional.

49. Ao se reconhecer que as condições da ação são questões de mérito e que a sentença de carência de ação é uma sentença que julga a pretensão do autor de forma desfavorável a ele, há que se concluir que essa decisão produz efeitos extraprocessuais que deverão ser

acobertados pela coisa julgada material. Como toda sentença de mérito, a sentença de carência de ação deverá ter seus efeitos acobertados pela qualidade que os torna imutáveis. Essa conclusão é a única compatível com a visão publicista do processo e a única apta a gerar resultados efetivos.

50. É certo que os provimentos frutos de uma cognição sumária geralmente não transitam materialmente em julgado. O julgamento de carência de ação quando configura tutela diferenciada, contudo, é uma exceção a essa regra, assim como ocorre com algumas das demais hipóteses de julgamento antecipado do mérito previstas pela ordem jurídica vigente. A excepcionalidade se justifica pelo caráter de manifesta improcedência do pedido do autor e pela busca de uma tutela efetiva ao réu que tem razão.

51. De fato, essa é a única forma de se dotar a sentença de carência de ação de um caráter instrumental, pois do contrário, estar-se-ia a permitir que o autor re-propusesse a demanda infinitamente, desperdiçando atividade jurisdicional e, além disso, criando o risco de decisões contraditórias. A sentença que extingue o processo por ausência de uma condição da ação, portanto, ainda que proferida no início da demanda, julga o mérito e transita materialmente em julgado.

52. Para evitar que o autor re-proponha uma ação extinta por carência da ação nos moldes do ordenamento vigente, parte da doutrina e a jurisprudência interpretam o art. 268 do CPC, no sentido de somente permitir a re-propositura da demanda quando "preenchida" a condição da ação faltante. Ora, ao "preencher" tal condição, há a alteração de algum elemento da demanda, que deixa de ser a mesma, passando a ser uma nova demanda. E, ao exigir a propositura de nova demanda para os casos de julgamento de carência de ação, a doutrina e a jurisprudência estão reconhecendo justamente o trânsito em julgado material desta decisão.

53. Mas o fato de essa interpretação do art. 268 insistir que não há, na hipótese descrita, coisa julgada material, gera conseqüências teratológicas, pois a sentença de carência, que não pode ser re-pro-

posta, também não poderia ser objeto de ação rescisória, pois não seria sentença de mérito. O paradoxo está no fato de que a sentença de carência de ação que, para esses autores, só faz coisa julgada formal, é mais imutável que a própria sentença de mérito.

54. Mais coerente, portanto, é reconhecer que a sentença de carência de ação é uma sentença de mérito, que transita materialmente em julgado e que, portanto, pode ser objeto de ação rescisória.

55. Um último reflexo da adoção da perspectiva ora sustentada diz respeito ao atual sistema recursal. Ao se reconhecer que a sentença de carência é uma sentença de mérito, permite-se que o tribunal, ao entender pelo desacerto de tal sentença (*error in iudicando*), reforme-a. Desde que o processo se encontre instruído, não há necessidade de enviá-lo ao juiz *o quo* para novo julgamento. Tal fato é efeito lógico da própria natureza substancial da sentença de carência e dispensa qualquer alteração legislativa nesse sentido, como ocorre na atual sistemática do CPC.

O reconhecimento de que a sentença de carência de ação é uma sentença de mérito é, destarte, o melhor entendimento. Ele corresponde à verdadeira natureza jurídica do instituto, pois a ausência de alguma condição da ação causa, invariavelmente, uma sentença de improcedência.

As condições da ação, portanto, são instituto criado pela lei (técnica processual) para possibilitar que questões de mérito sejam analisadas pelo juiz de ofício (objeções substanciais) e, eventualmente, no início da relação jurídica processual, possibilitando o julgamento antecipado do mérito (tutela diferenciada). Trata-se, sempre, de julgamento de mérito que traz consigo todos os efeitos de uma sentença de tal natureza (coisa julgada material, cabimento de ação rescisória etc.).

Esse entendimento é o que melhor se coaduna com uma perspectiva publicista de processo, pois elimina as distorções que a adoção de outras teorias acarreta, e que acaba por prejudicar a aplicação do direito e demais escopos da jurisdição.

Bibliografia

ALVIM, Arruda José Manoel de. *O direito processual de estar em juízo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, 2 v.

_____. *Exceção de Pré-executividade – Falta de Condição da Ação – Sentença de Mérito*, Repro, São Paulo, n. 72, p.190-198, out./dez. 1993.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *O Direito Processual de Estar em Juízo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, 2 v.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, Repro, São Paulo, n. 65, p. 45-55, jan./mar. 1992.

ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Manual do Processo de Execução*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Litispendência e Coisa Julgada no Processo de Execução*, Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 19, n. 45, p. 15-24, jan./abr. 1986.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, 1 v.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação*, Justitia, São Paulo, v.156,p. 48-66, out./dez. 1991.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Apelação: Questões sobre Admissibilidade e Efeitos* [online], Texto enviado para a autora, 2003.

BELINETTI, Luiz Fernando. *Ação e Condições da Ação*, Repro, São Paulo, n. 96, p. 260-266, out./dez 1999.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *A Exceção de Pré-Executividade*, Repro, São Paulo, n. 55, p. 62-70, 1989.

BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no sistema do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1956.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*, Milano: Morano, 1950, 4 v.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, Pádua: Cedam, 1929.

_____. *Instituições de Processo Civil*, São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CHIARLONI, Sergio. *La crisi della giustizia civile e i rimedi possibili nella prospettiva comparata*, Questione Giustizia, Franco Angeli, n.6, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Bookseller, 1998, 1 v.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'otica della domanda giudiziale*, Rivista di Diritto Processuale, Padova, 2, p.77-98 1993.

_____. *Garanzie Costituzionale e "Giusto Processo" (Modelli a confronto)*, Repro, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr-jun/1998.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1946.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Um Réquiem às Condições da Ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*, Revista Forense, v. 351, p. 65-82.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Teoria Geral do Processo*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, 1 e 2 v.

_____. *Litisconsórcio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Execução Civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, 2 v.

ELIAS, Roberto João. *Condições da Ação: Relação com o Objeto do Processo*, Justitia, São Paulo, v. 134, p. 65-84, abr./jun. 1986.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, Repro, São Paulo, n. 58, p. 7-32, abr./jun. 1990.

FAZZALARI, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo*, Milano: Giuffrè, 1959.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 7. ed., Padova: Cedam, 1994.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *A Metodologia no Exame do Trinômio Processual: Pressupostos Processuais, Condições da Ação e Mérito da Causa*, Repro, São Paulo, n. 72, p. 334-346, out./dez. 1993.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Fábio. *Carência de Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, 1 e 2 v.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*, São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. *Teoria Geral do Processo*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Um Enfoque Constitucional da Teoria Geral dos Recursos*, Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 198, p.39-58, abr.1994.

GUERRA, Marcelo Lima. *Condições da e Mérito no Processo Cautelar*, Repro, São Paulo, n. 78, p. 191-203, abr./jun. 1995.

GUIMARÃES, Luis de Macedo Soares Machado. *Estudos do Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*, Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, 1 v.

_____. *Problemi di Processo Civile*, Milano: Morano, 1967.

_____. *Despacho Saneador e Julgamento do Mérito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 767, p. 737-753, set. 1999.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. Notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: Bushatsky, 1976.

LOPES, João Batista. *O Interesse de Agir na Ação Declaratória*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 688, p. 255-259, fev. 1993.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, 3. ed., Torino: Grappichelli, 1994, 1. v.

_____. *Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi"*, Rivista di Diritto Processuale, ano XXXIX, n. 3, p. 465-480, 1984.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Possibilidade Jurídica do Pedido e Mérito*, Repro, São Paulo, n. 93, p. 371-383, jan./mar. 1991.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da ação civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Temas de Direito Processual*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Temas de Direito Processual: segunda série*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Temas de Direito Processual: terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Temas de Direito Processual: quinta série*, São Paulo: Saraiva, 1994.

MUSSI, Breno Moreira. *As Condições da Ação e a Coisa Julgada*, Repro, São Paulo, n. 45, p. 62-70, jan./mar. 1987.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Condições da Ação*, Repro, São Paulo, n. 64, p. 33-38, out./dez. 1991.

NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Condições da Ação: a Possibilidade Jurídica do Pedido*, Repro, São Paulo, n. 46, p. 39-47, abr./jun. 1987.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Carência de Ação e Efeito Devolutivo da Apelação*. In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 213-231.

_____. *Recursos de Efeito Devolutivo Restrito e a Possibilidade de Decisão acerca de Questão de Ordem Pública sem que se trate de Matéria Impugnada*. In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.232-271.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, 3 v.

_____. *Em Torno das Condições da Ação – A Possibilidade Jurídica*, Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 4, p. 52-71, 1964.

PEREIRA, Tarlei Lemos. *Exceção de Pré-Executividade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 760, p.767-786, fev. 1999.

PROTO PISANI, Andréa. *Appunti sulla Giustizia Civile*, Bari: Cacucci, 1982.

_____. *Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata*, Rivista di Diritto Processuale, Padova, ano XXXIV, n. 4, p. 536-591, ott./dic. 1979.

ROCCO, Alfredo. *Sentenza Civile*, Milano: Morano, 1959.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Exceção de Pré-executividade*, Repro, São Paulo, n. 95, p. 29-38, jul./set. 1999.

SANTOS, Ernani Fidélis. *Introdução ao Direito Processual Civil*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1995, 1 e 2 v.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, 1981.

SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1951.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de Processo Civil (processo de conhecimento)*, Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Condições da Ação e Pressupostos Processuais*, Repro, São Paulo, n. 64, p. 70-79, out./dez. 1991.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: Tutelas de urgência e medidas liminares em geral*, São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar*, Repro, São Paulo, n. 50, p. 7-24, abr./jun. 1988.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, 34. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, 1 v.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A "Causa Petendi" no Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *A Denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari*, Repro, São Paulo, n. 68, p. 271-281, out./dez. 1992.

VICARI, Márcio Luiz Fogaça. *Breves Considerações sobre a Ação*, Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, n. LXXII, p. 75-92, 1995.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Pressupostos Processual e Condições da Ação*, Repro, São Paulo, n. 32., p.5-11, out./dez. 1983.

VITIRITTO, Benedito Mário. *Carência de Ação*, Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentenças*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1998.
ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1964, 1 v.

Este livro foi composto em fonte AJenson regular 12/15
e impresso em papel pólen 70 g/m² nas oficinas da
gráfica Paym

Obras
Quartier Latin

www.quartierlatin.art.br

Recurso Especial
Rafael Bicca Machado

Processo Civil Coletivo
Coordenação: *Rodrigo Mazzei e*
Rita Dias Nolasco

Tutelas de Urgência Cassadas
Tércio Chiavassa

Tutela Condenatória Civil e a Condenação para o Futuro
Diógenes Mendes Gonçalves Neto

O Responsável Executivo Secundário
Rogério Licastro

Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas
Coordenação:
Rubens Approbato Machado

Empresário Individual de Responsabilidade Limitada
Wilges Ariana Bruscato

Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas
Coordenação:
Luiz Fernando Valente de Paiva

ISS - do texto à norma
Doutrina e Jurisprudência
Marcelo Caron Baptista