

Cândido Rangel Dinamarco

***INSTITUIÇÕES DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL***

VOLUME II

*7ª edição, revista e atualizada
segundo o Código de Processo Civil/2015,
de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 e
Lei 13.363, de 25.11.2016*

 **MALHEIROS
EDITORES**

Instituições de Direito Processual Civil

© CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

1ª edição, 08.2001; 2ª edição, 03.2002; 3ª edição, 02.2003;
4ª edição, 01.2004; 5ª edição, 03.2005; 6ª edição, 04.2009.

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição: PC Editorial Ltda.

Capa

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

02.2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D583l Dinamarco, Cândido R. (Cândido Rangel), 1937-
Instituições de direito processual civil : volume II /
Cândido Rangel Dinamarco. – 7. ed., rev. e atual. – São Paulo :
Malheiros, 2017.

808 p. ; 21 cm. – (Instituições de direito processual civil ;)

ISBN 978-85-392-0353-6 (v.2) – ISBN 978-85-7420-938-8
(coleção)

1. Processo civil - Brasil. I. Título. II. Série.

CDU 347.91/.95(81)

CDD 347.8105

Índice para catálogo sistemático:

1. Processo civil : Brasil 347.91/.95(81)

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

SUMÁRIO

**LIVRO III – O MÉTODO DE EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO:
PROCESSO**

TÍTULO IX – processo civil: conceito e função

Capítulo XXXIII – o conceito de processo e seu regime jurídico

449. três acepções do vocábulo *processo* 23
450. o processo como categoria jurídica (segunda acepção): uma entidade complexa 25
451. relação jurídica processual e contraditório 28
452. procedimento e devido processo legal 30
453. interação entre procedimento e relação jurídica processual 31
454. a legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal (*supra*, nn. 120 ss.) 33
455. regime jurídico do processo (devido processo legal *processual*) .. 33

Capítulo XXXIV – espécies de processos e seus resultados

(o processo e a vida dos direitos)

456. os resultados institucionais do processo 35
457. os direitos, as pessoas e os bens 36
458. diferentes técnicas processuais 38
459. escolhas adequadas 40

TÍTULO X – formação do processo civil e litispendência

Capítulo XXXV – a formação do processo civil e a litispendência

460. formação, suspensão e extinção do processo civil – ideias gerais 43
461. a formação do processo sincrético brasileiro e a passagem de uma fase a outra 44
462. a inércia do juiz, o princípio da demanda e a iniciativa de parte ... 46
463. iniciativa de parte 49

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

628. as situações jurídicas ativas das partes. 629. a inércia inicial do juiz, a iniciativa de parte e o conteúdo da ação e da defesa. 630. direito ao provimento de mérito. 631. o direito de ação antes e durante o processo: direito ao processo – as condições da ação e a carência de ação. 632. o interesse processual e o binômio *necessidade-adequação*. 633. a legitimidade *ad causam*. 634. legitimidade *ad causam*, aspecto do interesse de agir. 635. legitimidade ativa à execução forçada. 636. legitimidade ativa de ambas as partes à liquidação de sentença. 637. legitimidade extraordinária (substituição processual). 638. legitimidade ativa extraordinária nos processos coletivos. 639. legitimidade autônoma ou subordinada. 640. legitimidade exclusiva ou concorrente. 641. legitimidade isolada ou conjunta (litisconsórcio necessário). 642. a utilidade sistemática da técnica das condições da ação. 643. condições existentes e não apenas afirmadas (*repúdio à teoria da asserção*). 644. as condições supervenientes e as que desaparecem no curso do processo – as condições da ação são indispensáveis no momento de julgar. 645. falsas carências de ação. 646. o conceito de ação e sua evolução doutrinária. 647. natureza jurídica da ação e da defesa: poderes e não direitos subjetivos – titular passivo, o Estado. 648. espécies de ações e de defesas – as exceções em sentido estrito. 649. atipicidade da ação e da defesa. 650. defesa e eventualidade – preliminares e defesas de mérito.

628. as situações jurídicas ativas das partes

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

a lei, sem restrições que não sejam aquelas decorrentes da própria lei processual (art. 5º, inc. LV). O *direito* de ação e o de defesa constituem a síntese de todas essas possibilidades de atuação processual e incluem ainda o direito à resposta do Estado-juiz às demandas e requerimentos que lhe dirigem. Uma vez instaurado o processo, são absolutamente equiparadas as posições do autor e do réu, criando-se para ambos a legítima expectativa de afinal receber a tutela jurisdicional que também a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXV). *Ação e defesa são a síntese das situações ativas das partes no processo (supra, n. 570).*¹

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

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

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

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

A parificação conceitual de ação e defesa constitui também manifestação da moderna tendência a repudiar o método que, uma pitada de sarcasmo, vem sendo chamado *processo civil do autor*. O processo civil não é feito para dar razão a este ou para oferecer tutela jurisdicional necessariamente a quem a pediu em primeiro lugar, mas a quem tiver razão (*supra*, n. 49). Já é tempo de, uma vez reveladas e já amadurecidas essas ideias inerentes à isonomia processual, retificar os conceitos e eliminar as grandes distinções conceituais que a doutrina tradicional estabelece entre ação e defesa.

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

A única diferença significativa entre ação e defesa consiste em que só aquela inclui, e esta não, o poder de dar início ao processo. Como o juiz é proibido de realizar processos e conceder tutelas jurisdicionais sem a iniciativa de alguém (CPC, art. 2º – *supra*, n. 462), a Constituição e a lei municiam do poder de provocar sua atividade todo sujeito que precise do processo como meio para exame e eventual acolhimento de suas pretensões insatisfeitas.² Tal é o *poder de iniciativa processual*.

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

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

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

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

Ação não é, em si mesma e desde logo, direito à sentença de mérito ou poder de exigir-lo. O autor só terá o poder de exigir o provimento de mérito, e o juiz o dever de emití-lo, quando chegar o momento adequado para tanto, já tendo sido realizados todos os atos do procedimento e satisfeitos todos os requisitos indispensáveis (os *pressupostos de admissibilidade do provimento de mérito* – *infra*, n. 855). Antes da instauração do processo existe somente o poder de dar-lhe início pela demanda. Ao longo do procedimento existem para ambas as partes as situações jurídico-processuais ativas inerentes à própria condição de parte (*supra*, n. 570). Essas faculdades e esses poderes são exercidos pelo autor e pelo réu mediante atos de variada natureza. Já na contestação é feita uma *demand*a de tutela jurisdicional a ser concedida ao réu mediante o improvimento da demanda inicial do autor; o réu poderá pedir também uma tutela jurisdicional de grau inferior, consistente na extinção do processo sem julgamento do mérito (*supra*, n. 49); ambas as partes podem requerer provas, nomear assistente técnico e formular quesitos a serem respondidos pelo perito e por este; tomam parte na audiência, formulam reperguntas às testemunhas; reclamam de eventuais imperfeições do procedimento; quando o mérito é julgado, ou quando o juiz acolhe ou rejeita alguma pretensão formulada no curso do processo, a parte contrariada tem o poder de recorrer aos tribunais. Nessas atividades de *duelo processual* consiste o exercício da ampla defesa assegurada constitucionalmente a ambas as partes, e esse é o conteúdo comum do direito de defesa e do de ação. Correlativamente, o juiz e os tribunais têm o *dever* de permitir o exercício de todas essas faculdades e poderes, segundo a lei, bem como o de manifestar-se sobre o *meritum causæ* quando chegar o momento.

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

630. direito ao provimento de mérito

Ao cabo do processo, cumpridas todas as exigências e propiciadas às partes todas as oportunidades inerentes à ação e à defesa, só aí então o juiz terá o concreto *dever* de proferir e elas o *poder* de exigir-lhe o provimento que concederá a tutela jurisdicional plena àquele que tiver direito a ela. Tutela jurisdicional *plena* é aquela consistente em outorgar ao sujeito o *bem da vida* em razão do qual o processo foi instaurado, negando ao vencido o direito a ele. Recebe a tutela plena o *autor ou o réu*, conforme o caso, constituindo imperdoável erro de perspectiva a preconceituosa ideia de que só ao demandante ela poderia ser concedida (*supra*, n. 49). Recebe-a o demandante quando ao cabo da execução lhe é entregue o bem ou quando na fase cognitiva o juiz declara existente ou inexistente uma relação jurídica, atendendo ao pedido feito na demanda inicial (ação declaratória positiva ou negativa), ou quando a sentença opera a modificação jurídica postulada (sentença constitutiva, como a que anula o contrato). Recebe-a o réu quando o juiz rejeita a demanda, julgando *improcedente* o pedido de condenação ou a transformação jurídica pedida pelo autor, ou declarando que inexistente a relação jurídica afirmada por este (ação declaratória positiva julgada improcedente) ou que existe a que a demanda inicial negava (improcedência da ação declaratória negativa).

Direito ao provimento de mérito é, no processo ou fase de conhecimento, direito à sentença de mérito. O processo de conhecimento é por definição *processo de sentença*, e sentenciar sobre as contrapostas pretensões das partes é prover sobre o *meritum causæ*. No processo ou fase de execução (cumprimento de sentença) o provimento de mérito não consiste em julgar a pretensão, mas em ordenar a satisfação desta mediante entrega do bem ao exequente. Satisfeito o credor, a sentença que se profere nesse processo é somente um ato destinado à extinção processual (art. 924, inc. II, c/c art. 925).

Tal é o *direito ao provimento de mérito*, que só existe concretamente quando cumprido o procedimento e satisfeitos todos os requisitos. Têm direito a ele ambas as partes e o dever de emitilo constitui a essência e o núcleo central da missão do juiz no processo civil (CPC, art. 140 – *supra*, n. 592). Esse dever está explicitado também no art. 490 do Código de Processo Civil, que manda: “o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes”. O direito de ambas as partes ao provimento de mérito é assegurado pela Constituição Federal ao estatuir que nenhuma pretensão à tutela jurisdicional pode ser subtraída à apreciação jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV – CPC, art. 3º). Negar o julgamento do mérito, estando presentes todos os requisitos para tanto, constitui *denegação de justiça*.

Recebe tutela jurisdicional *não-plena* o réu que obtém a extinção do processo sem julgamento do mérito. Não assegura para si o bem litigioso – e por isso a tutela não é *plena*. Mas libera-se do processo formado sem o concurso de sua vontade e do risco de perder o bem, ao qual o processo o expõe (*supra*, n. 49).

A lei deixa claro que também o réu tem direito ao julgamento do mérito, ao conceder-lhe o poder de impedir a extinção do processo por *desistência da ação*. Ainda que o autor revogue a demanda inicial, desistindo (art. 485, inc. VIII), o réu que houver oferecido contestação sem pedir também a extinção processual poderá opor-se a isso e exigir que o feito prossiga para que *sua demanda de improcedência* venha a ser julgada (art. 485, § 4º – *supra*, nn. 531 e 535). Constituiria denegação de justiça a extinção do processo sem o julgamento do mérito – ou seja, sem julgamento das demandas antagônicas – se pudesse uma só das partes, o autor, impedir unilateralmente que o juiz o julgasse. Tanto quanto a ação, depois de cumprido o *iter* do procedimento, também o direito de defesa resolve-se em direito ao julgamento do mérito.

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

da fase de cumprimento de sentença sem que o bem saia de seu patrimônio para passar ao do exequente. Por isso, não tendo ele qualquer expectativa de obter uma tutela *plena*, falece-lhe também o poder de impedir que o processo se extinga. A exigência de concordância com a desistência de ação não se aplica ao processo executivo autônomo nem à fase de cumprimento de sentença (*supra*, n. 535).

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

Razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito. Quando se diz que *todos* têm direito ao pronunciamento dos juízes sobre suas pretensões, esse *todos* não significa que qualquer pessoa o tenha, em qualquer circunstância (Liebman). A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei (*supra*, n. 52). Daí os requisitos do *interesse de agir*, caracterizado pela utilidade do provimento jurisdicional postulado ou a postular, e da *legitimatío ad causam*, sem a qual o provimento se endereçaria a pessoas que não são titulares dos interesses em conflito e por isso seria também inútil. Presentes essas *condições* da ação, diz-se que o sujeito tem *direito de ação* – e conseqüentemente só o terão aqueles que se encontrarem amparados por elas. *Carece de ação* quem não esteja amparado por esses requisitos, ainda que *apenas um* deles lhe falte. Não se trata de condições para o *exercício* da ação, mas para sua própria *existência* como direito ao processo – porque seria estranho afirmar que um direito existe mas não pode ser exercido quando lhe faltar um dos requisitos constitutivos (na realidade ele *inexiste*).³

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

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

Mas, enquanto concebido assim de modo abstrato e sem configurar ainda o direito ao provimento jurisdicional de mérito (que só haverá no momento em que o juiz tiver o concreto dever de emití-lo), o *direito de ação* não é mais que *direito ao processo* (Cintra-Grinover-Dinamarco). Assim o coloca o direito positivo ao mandar que logo de início seja este extinto mediante o indeferimento da petição inicial quando faltar a legitimidade *ad causam* ou o interesse de agir (CPC, art. 330, incs. II-III) e ao reiterar a ordem de extinção, mandando que o juiz lhe ponha fim sempre que uma dessas condições esteja faltando (art. 485, inc. VI). O processo considera-se *formado* apesar da carência de ação (*supra*, n. 469), mas como o julgamento de mérito não poderá ser proferido ele não deve durar: é dever do juiz extingui-lo o mais precocemente possível, só perdurando enquanto não estiver suficientemente clara, pela prova ou pela interpretação jurídica, a ausência de alguma das condições.

O vigente Código de Processo Civil não fala mais nas *condições da ação*, como falava seu antecessor ao enumerar as defesas processuais a serem deduzidas pelo réu em contestação (CPC-73, art. 301, inc. X). Prefere aludir diretamente à legitimidade *ad causam* e ao interesse de agir, sem inserir esses requisitos em uma categoria comum, que seriam as condições da ação (CPC-15, art. 337, inc. XI). Isso não significa, todavia, que tal categoria esteja banida do processo civil brasileiro ou de sua ciência. Com ou sem uma especificação na lei, ao estudioso do processo é imperioso fazer esse enquadramento sistemático, dado que a categoria das *condições da ação* se insere a fundo no quadro dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e a própria lei continua destinando à legitimidade e ao interesse uma disciplina comum. Essa é uma postura inerente à cultura processualística brasileira desde há mui-

tas décadas, herdada de Chiovenda e cultivada por todos neste país. Suprimir no plano conceitual e científico a categoria das condições da ação significaria prestar meia adesão à orientação seguida pela doutrina alemã, sem adequar a esta toda a disciplina dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito.

Enquanto *não exercida a ação*, a principiar pela propositura da demanda inicial, ela é um direito extremamente fluido e destituído de projeções práticas sobre a vida das pessoas: ainda que presentes todas as condições, o sujeito tem apenas o direito à instauração do processo, que ele exercerá ao propor a demanda inicial. Mas essa iniciativa e a conseqüente formação do processo (art. 312 – *supra*, n. 469) não importam certeza quanto a vir a ter direito ao provimento jurisdicional de mérito, porque para tanto ainda resta cumprir todo o procedimento em suas fases.⁴ Daí a diferença de grau entre *ação não exercida* e *ação exercida*.

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

As duas condições da ação constituem *faixas de estrangulamento* entre o direito processual e o substancial, sabido que é sempre da *situação da vida* lamentada pelo demandante, em associação com o resultado jurídico-substancial pretendido, que resultam o interesse de agir e a legitimidade de parte. Essas condições situam-se no campo do direito processual porque constituem requisitos para que o processo possa prosseguir e, conseqüentemente,

4. A demanda é um ato *causativo* em relação ao efeito consistente em dar formação ao processo; *indutivo* com referência à constituição do direito ao provimento jurisdicional de mérito (*infra*, n. 759).

para que possa o juiz vir a ter o dever de prover sobre o mérito; mas, em cada caso, é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não (*supra*, nn. 7-8).

Se peço a anulação de um contrato do qual não participei sou parte ilegítima, porque não figuro na relação jurídica material. Se a parte pleiteia mandado de segurança para participar em um concurso público e este já se realizou falta interesse processual, porque a situação da vida já se perpetuou e não é possível voltar atrás. Em casos assim o demandante *carece de ação* e portanto o processo não deve prosseguir, devendo o juiz proferir sentença *terminativa*, sem se pronunciar sobre o mérito da causa (art. 485, inc. VI).

632. *o interesse processual e o binômio necessidade-adequação*

Como conceito geral, *interesse é utilidade*. Consiste em uma *relação de complementariedade entre um bem e uma pessoa*, a saber, entre um bem portador da capacidade de satisfazer uma necessidade e uma pessoa portadora de uma necessidade que pode ser satisfeita por esse bem (Carnelutti). Há o *interesse de agir* quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe verdadeira *tutela*, a tutela jurisdicional (*supra*, nn. 49-50). O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão.

Permite-se, sem qualquer inconveniente semântico, empregar indiferentemente as locuções *interesse de agir* ou *interesse processual* ou ainda *legítimo interesse*, mas é preciso ter presente que a condição da ação consistente na utilidade da medida postulada é, por extenso, *legítimo interesse processual de agir*. É importante o adjetivo *legítimo*, porque tal condição da ação só se considera presente quando atendidas as exigências da lei; e a lei não a reconhece quando a prestação do obrigado ainda não é exigível ou quando a

medida postulada não for adequada ao caso *etc.* Pode até existir a utilidade, mas não legitimidade do interesse, em uma demanda inadequada ao caso (executar sem ter título).

Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere. O demandante terá ou não direito a obter esse bem – e isso é uma questão de direito material, a ser resolvida em conformidade com as normas deste e sem influência sobre o interesse de agir. É inadequado falar em *interesse econômico ou moral* como condição da ação, como fazia o art. 2º do Código de 1939, porque essa adjetivação é própria do interesse ao bem e não à tutela jurisdicional. Haverá o interesse *processual* sempre que o provimento jurisdicional pedido⁵ for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende. Depois, quando reconhecida a existência do interesse de agir, o juiz conceder-lhe-á ou não o bem da vida, conforme o caso (e essa será a decisão de mérito).

Em quatro dispositivos de caráter geral o Código de Processo Civil formula a exigência do interesse de agir como requisito para o direito ao processo e, conseqüentemente, para a admissibilidade do provimento de mérito a ser proferido ao cabo deste: a) no art. 17, ao dizer que o interesse e a legitimidade são indispensáveis para postular *em juízo*;⁶ b) no art. 330, inc. III, onde manda o juiz indeferir a petição quando o interesse faltar; c) no art. 337, inc. XI, que inclui a alegação de falta de qualquer das condições da ação na contestação que o réu apresentar;⁷ d) no art. 485, inc. VI, pelo qual o julgamento do mérito deve ser negado sempre que o autor não tenha interesse de agir.

5. E, portanto, a tutela jurisdicional.

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

7. Mas o indeferimento da petição inicial já é um modo de extinguir o processo (art. 485, inc. I).

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

São casos da falta de interesse de agir *por não ser necessário* o provimento: o do credor que viesse a juízo pedir a condenação do devedor ou a execução forçada, estando este sempre disposto a pagar e sendo dele, credor, a recusa em receber; ou, inversamente, o do devedor que propusesse a ação de consignação em pagamento sem que jamais tivesse havido a recusa do credor em receber (*mora accipiendi* – CPC, art. 544, inc. I); também, o do locador que promovesse a ação de despejo do inquilino que já lhe pusera o imóvel à disposição *etc.*

A falta de interesse de agir *por ser improdutiva a medida postulada* ocorre, p.ex., se um candidato à inscrição a um concurso público impetrar segurança com o objetivo de obrigar a comissão de concurso a admiti-lo, estando já realizado o concurso; ou se for pedida a condenação de um artista a se apresentar em um festa, estando ela já realizada (inadimplemento absoluto).⁸

Existem dois fatores sistemáticos muito úteis para a aferição do interesse de agir, como *indicadores* de sua presença: a *necessidade* da realização do processo⁹ e a *adequação* do provimento jurisdicional postulado.

Só há o *interesse-necessidade* quando sem o processo e sem o exercício da jurisdição o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado. Um caso muito expressivo de falta do interesse-necessidade, posto que de raríssima ocorrência, seria a demanda de condenação do devedor que já houvesse posto o valor do débito à disposição do credor – ou aquele outro, de ocorrência mais provável, de um autor que pede a condenação do réu por uma *obrigação de não-fazer* sem que este haja dado qualquer impressão ou anúncio

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

9. Ou *necessidade concreta da jurisdição* (Luigi Monaciani).

de que está na iminência de realizar o *fazer* proibido pelo direito (caso em que a sentença nada mais seria que pura repetição do que está na lei). As demandas de tutela jurisdicional destinadas a suprir omissão do obrigado (ações condenatórias ou executivas) só estão amparadas pelo interesse-necessidade a partir de quando a prestação for *exigível*; antes da exigibilidade falta o interesse, porque ainda não se sabe se a parte obrigada cumprirá ou não a obrigação.¹⁰⁻¹¹ Não existe a exigibilidade das obrigações antes do vencimento nem quando a lei substancial ou o contrato condicionam a prestação do devedor a prévia prestação do próprio credor (*exceptio non adimpleti contractus* – CC, art. 475 – CPC, arts. 514 e 798, inc. I, letra *d*).

O *interesse-adequação* liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos e tutelas instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas *situações da vida* indicadas pelo legislador. Em princípio não é franqueada ao demandante a escolha do provimento e portanto da espécie de tutela a receber. Ainda quando a interferência do Estado-juiz seja necessária, sob pena de impossibilidade de obter o bem devido (interesse-necessidade), faltar-lhe-á o interesse de agir quando pedir medida jurisdicional que não seja *adequada segundo a lei* (*supra*, nn. 71-76).¹²

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

11. Quando a obrigação não tem termo certo de vencimento, para que a prestação se torne exigível é preciso interpelar o devedor (CC, art. 397). Mas se for promovida uma demanda de condenação ou de execução sem o devedor haver sido interpelado, ele se constitui em mora e portanto a exigibilidade estará presente a partir do momento em que citado. Entre os efeitos substanciais da citação e da formação do processo está o de *constituir em mora o devedor* (CPC, art. 240). Como corriqueiramente se diz, *a citação é a mais veemente das interpeleções* (*supra*, n. 502).

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

Processualistas do passado aludiam à *lesão* como fator da existência do direito de ação. Não se apercebiam de que afirmar a *lesão* implica pressupor a *existência* do direito lesado: não é logicamente concebível lesar um direito que não exista. Essa colocação revela um compromisso com concepções da ação já superadas, como a que via nela o próprio direito subjetivo, que, quando *lesado*, assumiria a capacidade de propiciar ao titular o direito à tutela. Ter direito de ação significaria, nesse sistema, ter o direito subjetivo a ser tutelado (teoria imanentista da ação – *infra*, n. 646). Mas, apesar da impropriedade do emprego do vocábulo *lesão* nesse contexto, o Código de Processo Civil, reproduzindo o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, emprega esse vocábulo ao dispor que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (CPC, art. 3º).

633. a legitimidade ad causam

Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo,¹³ como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e a causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também este será parte legítima (legitimidade ativa ou legitimidade passiva, conforme o caso). Daí conceituar-se essa condição da ação como *relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa*.

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

O requisito da legitimidade desdobra-se em legitimidade *ativa* e *passiva*. Faltando qualquer uma delas inexistente o direito de ação, e portanto o demandante será *carecedor de ação*.¹⁴ Não se julga

13. *Estar em juízo* significa *ser parte em um processo*.

14. O réu jamais *carece de ação*, pela simples razão de que esse é um direito que o autor precisa ostentar para que tenha o direito ao processo e ao provimento

o mérito da causa quando uma das partes não tiver legitimidade: o processo é extinto sem julgamento do mérito, devendo o juiz declará-lo tal desde o primeiro momento, quando aprecia a petição inicial do demandante (CPC, arts. 17, 330, inc. III, 337, inc. XI, 485, inc. VI). Tanto quanto o interesse de agir, a legitimidade inclui-se entre os *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito*.

As regras gerais e ordinárias sobre legitimidade *ad causam* são a do art. 17 do Código de Processo Civil (a legitimidade é necessária para postular em juízo) e a de que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 18).¹⁵ Esta última, contudo, diz respeito exclusivamente à legitimidade *ativa* e nada estabelece quanto à passiva. A ressalva trazida na parte final do art. 18 – “salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” – abre caminho para os casos de *legitimidade extraordinária*, em que uma pessoa é, em caráter excepcional, autorizada a estar em juízo no interesse de outrem (substituição processual – *infra*, n. 637).

A categoria jurídica *legitimidade* é bastante ampla e não se restringe ao direito processual (Donaldo Armelin). Ela pertence ao direito em geral. Em direito material tem relevância para a eficácia dos negócios jurídicos, que só produzirão efeitos quando dele participarem as pessoas adequadas: falta legitimidade para alienar nas alienações feitas por sujeito que não seja titular da propriedade do bem (vendas *a non domino* – CC, art. 1.228). Mesmo na área do direito processual legitimidade não é conceito restrito ao direito *de ação*. Como sempre, consiste na determinação da qualidade para realizar atos eficazes. Só têm *legitimidade para recorrer* as próprias partes, terceiros interessados e o Ministério Público, quando for o caso (CPC, art. 996); só o réu a tem para pedir a inclusão de terceiro na relação processual, mediante o *chamamento ao processo* (CPC, art. 130); mas ambas as partes são legitimadas

jurisdicional. A falta de legitimidade passiva constitui fundamento que o réu poderá utilizar na defesa (art. 337, inc. XI).

15. Segundo o que diz o povo, *cada um por si e Deus por todos*. Mas a regra do art. 18 do Código de Processo Civil não vai além do *cada um por si*, porque ordinariamente inexistente um ente superior legitimado a agir em juízo *por todos*. Talvez se possa dizer, com referência aos direitos individuais, que quem está na condição de *Deus* é o Ministério Público.

a *denunciar a lide* a terceiro (CPC, art. 125) *etc.* A diferença é que a legitimidade *ad causam* tem abrangência ampla e global, autorizando que o sujeito figure como parte no processo como um todo, com aptidão a realizar os atos inerentes a ele.

634. *legitimidade ad causam, aspecto do interesse de agir*

Em rigorosa técnica processual a legitimidade *ad causam* insere-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se em ausência de utilidade do provimento jurisdicional para determinado sujeito. Mesmo tendo legitimidade o autor pode carecer do direito de ação se por outro motivo esse provimento não for apto a proporcionar-lhe utilidade, como no exemplo do *writ* concedido quando o concurso já se realizou – mas se a medida for postulada por outra pessoa já se sabe de antemão que a tutela jurisdicional será inútil, dispensada a perquirição relativa a outros elementos. A ilegitimidade *ad causam* é, assim, um *destaque negativo* do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina *a priori* a inexistência deste.

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

Bem pensado, portanto, a legitimidade é apenas um dos requisitos sem os quais não há o interesse de agir.¹⁶ Há várias dispo-

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

sições de lei que, ao cuidarem da legitimidade ativa ou passiva para uma série de demandas específicas, empregam o vocábulo *interessado* e não *legitimado*. Essa aparente desordem na escolha da palavra adequada é, na realidade, reflexo da dificuldade que existe para distinguir de modo radical os conceitos de legitimidade *ad causam* e interesse de agir. É justamente por ser aquela um destaque deste que o legislador, sem perceber, disse *interessados* quando queria aludir aos *legitimados*.

O Código Civil manda que sejam citados todos os *interessados* quando em caso de fraude contra credores o adquirente do bem pretender fazer o pagamento sem causar prejuízo a estes (art. 160); estabelece também que qualquer *interessado* poderá arguir a nulidade ou anulabilidade dos atos jurídicos (arts. 168 e 177) etc. O Código de Processo Civil manda que se intimem todos os *interessados* a comparecer à audiência de inquirição de testemunhas no processo de produção antecipada de prova (art. 382, § 1º) e o inc. III de seu art. 259 diz também que "serão publicados editais em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de *interessados* incertos ou desconhecidos". Em todos esses dispositivos o vocábulo *interessados* deve ser lido como *legitimados*.

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 situações, porém, a sentença que julgasse procedente a minha pretensão seria plenamente capaz de oferecer-me o proveito que desejo. Nada teria de inútil, embora contrária à lei material. Diferente é a situação de quem pede a condenação de alguém a realizar um *trabalho personalíssimo* cuja obrigação é de outrem: não teria utilidade alguma, p.ex., a condenação de qualquer outra pessoa a realizar um recital a que estivesse obrigado por contrato um grande cantor da atualidade. Sempre que se trate

de obrigações *fungíveis* a ausência da titularidade ativa ou passiva (direitos e obrigações) é questão de mérito, sendo *improcedente e não inadmissível* a demanda que optar por pessoa inadequada: eu não tenho o direito subjetivo material a receber um valor devido a outrem, nem devido por outrem que não seja o réu, mas tenho o direito a receber uma sentença que se pronuncie a esse respeito. Condição da ação não me falta, portanto. O que me falta é o direito à tutela jurisdicional.

635. legitimidade ativa à execução forçada

O devedor jamais tem legitimidade ativa para a execução forçada, porque esta só pode redundar em uma tutela jurisdicional plena ao credor, e nunca a ele: tal é o *desfecho único* da execução forçada, a qual é sempre realizada em proveito exclusivo do credor. O art. 797 do Código de Processo Civil é explícito na afirmação de que *a execução se realiza no interesse do exequente e jamais do executado*. Se não for possível chegar ao fim por falta de algum pressuposto, o processo extingue-se sem que o credor receba o bem, mas não há uma hipótese sequer em que através dele se propicie ao devedor a obtenção de algo a incorporar a seu patrimônio.¹⁷ Só o credor tem legitimidade ativa para o processo ou fase executiva (CPC, art. 778, *caput*). Obviamente, o *desfecho único* é inerente não só ao *processo* de execução por título judicial mas também à *fase* executiva (cumprimento de sentença) que se realiza em continuação ao processo onde houver sido produzido o título executivo judicial.

636. legitimidade ativa de ambas as partes à liquidação de sentença

Como a liquidação de sentença consiste em uma série de atividades destinadas a produzir a determinação do valor da obrigação

17. A condenação do vencido a pagar os *encargos da sucumbência* (custas do processo e honorários advocatícios - *infra*, nn. 870 e 884) é uma decorrência do processo e não se confunde com os pronunciamentos do juiz sobre o *mérito principal*.

imposta por uma condenação genérica (*quantum debeatur*), sem mais nada discutir ou decidir sobre a existência daquela (*an debeatur* – CPC, art. 509, § 4º), sempre foi muito firme na doutrina e nos tribunais o entendimento de que tanto o credor quanto o devedor têm legitimidade para promovê-la. A decisão ali proferida terá natureza *meramente declaratória*, nada acrescentando ao patrimônio do credor e nada lhe subtraindo (a *regra da fidelidade* da liquidação ao título executivo). É natural que ali debatam as partes sobre o valor devido em unidades monetárias, decidindo o juiz ao declarar qual é esse valor (somente *declarar*). Diante disso, tanto o credor quanto o devedor podem tomar a iniciativa da liquidação. Quando essa iniciativa é tomada pelo credor, sustentando o valor que lhe convém, virá o devedor com sua defesa alegando que o *quantum debeatur* é menor. Inversamente, sendo do devedor a iniciativa o credor poderá pleitear o reconhecimento de um valor maior. A legislação brasileira sempre foi omissa quanto a essa legitimidade de ambos, mas todos os intérpretes a afirmavam sem vacilações e agora o Código de Processo Civil de 2015 introduziu no direito positivo o que já estava na doutrina e na jurisprudência ao estabelecer que, “quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor” (art. 509, *caput*).

637. *legitimidade extraordinária* (*substituição processual*)

Substituto processual é a pessoa que recebe da lei ou do sistema *legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio*, como parte principal, sem figurar como sujeito da relação jurídico-material controvertida. Atuar como parte é fazê-lo *em nome próprio*, ou seja, não como representante. O representante não é parte no processo, mas o substituto processual o é (*supra*, nn. 517-518). A locução *substituição processual*, muito usual em doutrina, não indica a *sucessão de partes* nem traz em si qualquer ideia de um movimento consistente em *pessoa que sai e pessoa que entra* na relação processual (*supra*, n. 619): substituto processual é o *legitimado extraordinário*.

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

Diz-se *extraordinária* essa legitimidade, em oposição à legitimidade *ordinária*, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações. Compete *ao legislador* e não ao juiz a determinação dos casos em que se concede essa legitimidade (CPC, art. 18), e ele o faz sempre em virtude de *alguma espécie de relação* entre o sujeito e o conflito. Sempre, o substituto processual é o destinatário de algum benefício indireto associado à iniciativa que tomar – porque sem esse benefício, e portanto sem poder esperar qualquer *utilidade* do provimento que pede, não haveria por que instituir sua legitimidade *ad causam*. É expressivo a esse propósito o emprego do vocábulo *interessado* pelo Código Civil e pelo de Processo Civil, com a intenção de outorgar legitimidade a certos sujeitos que não são titulares da própria relação jurídica controvertida (CC, arts. 168, 177 *etc.* – CPC, arts. 967, inc. II, 616, inc. IX, *etc.*).

Hipótese clássica de substituição processual é a do *terceiro interessado* na extinção da obrigação, que tem o poder de promover a *ação de consignação em pagamento* com vista a superar a recusa de recebimento (*mora creditoris*) e assim obter a extinção da obrigação do devedor (CPC, art. 539, *c/c* CC, arts. 304 e 334 *ss.*),¹⁸ *etc.* Outra hipótese, menos conhecida mas igualmente expressiva: a quem se disser titular de um direito cuja efetivação dependa da prévia efetivação de um direito alheio a Lei do Mandado de Segurança

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

dá legitimidade para impetrar o *writ* em favor do direito deste (lei n. 12.026, de 7.8.09, art. 3º). Pensar no caso do candidato aprovado em segundo lugar em um concurso público, vindo a ser nomeado outro candidato de classificação inferior. Não sendo *seu* o direito à nomeação, mas do primeiro classificado, ele não poderia pleiteá-la para si; mas a lei lhe dá legitimidade para impetrar segurança visando à nomeação do primeiro classificado, na medida em que isso crie melhores condições para sua futura nomeação. Típico caso de substituto processual, que atua em nome próprio porque é titular de um direito indireto, e não como representante, mas sempre na defesa de interesse de outra pessoa.

É inerente à técnica da substituição processual a eficácia da sentença sobre a *esfera de direitos do substituído*, embora não haja figurado formalmente como parte no processo (CPC, art. 109, § 3º). Substituindo-o nessa condição, o legitimado extraordinário é autorizado por lei a tomar iniciativas e conduzir o processo eficazmente, sem ser titular dos interesses em conflito. Ao vir a juízo ele se torna *parte em sentido processual* (parte no processo, conceito puro de parte – *supra*, n. 602), mas a condição de *parte em sentido substancial* permanece com o substituído, que é o sujeito em prol do qual é pedida a tutela jurisdicional¹⁹ – o que levou o Código de Processo Civil a autorizar expressamente a intervenção deste no processo, na qualidade de *assistente litisconsorcial* (art. 18, par.).

Se a coisa litigiosa for alienada no curso do processo e o adversário não permitir o ingresso do adquirente, prossegue o alienante como parte, embora já não seja titular do conflito de interesses (CPC, art. 109, § 1º). A partir de então ele será típico substituto processual, ficando o adquirente, na qualidade de substituído, sujeito aos efeitos favoráveis ou desfavoráveis da sentença que vier a ser proferida bem como à *auctoritas rei judicate* – mas a lei lhe assegura a possibilidade de, querendo, participar do processo como assistente litisconsorcial (art. 109, § 2º – *supra*, n. 619).

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

638. legitimidade ativa extraordinária nos processos coletivos

É crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses transindividuais. 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. 70, 136, 145). 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 – CDC, art. 82, inc. I – *supra*, n. 431); e também são legitimadas as associações às quais a lei reconhece essa *legitimacy of representation* e mesmo certos entes estais também indicados em lei. 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 a fiscalização dos membros do povo em relação ao patrimônio estatal ou à moralidade administrativa (Const., art. 5º, inc. LXXIII – lei n. 4.717, de 29.6.65, art. 1º), *etc.* Todos esses legitimados atuam no processo como autores (e portanto como partes principais na relação processual) sem serem eles próprios titulares de direito algum em busca de reconhecimento ou satisfação. Típicos substitutos processuais, ou legitimados extraordinários.

639. legitimidade autônoma ou subordinada

Diante da extrema largueza do conceito de legitimidade (*supra*, n. 633), não é lícito encará-la exclusivamente com referência à qualidade para atuar no processo na condição de *parte principal* (autor, réu *etc.*)²⁰ Também as *partes secundárias*, que são os assistentes, estão sujeitas ao requisito da legitimidade *ad causam* (CPC, arts. 119-123). Costumam convergir somente ao autor e ao

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

réu as atenções dos estudiosos no trato do tema da legitimidade, mas também ao assistente aplica-se esse requisito para que possa participar do processo. A legitimidade para atuar como parte principal diz-se *autônoma*; na qualidade de assistente, *subordinada* (Barbosa Moreira). Ele tem qualidade jurídica somente para *ajudar* o assistido, aderindo a suas pretensões sem formular sua própria (*legitimatío ad coadjuvandum*).

640. legitimidade exclusiva ou concorrente

Distinguem-se também as hipóteses em que *de uma só pessoa* é a legitimidade para atuar em determinada causa daquelas em que a causa pode ser conduzida individualmente por *qualquer dos sujeitos indicados na lei*. No primeiro caso a legitimidade é *exclusiva*. No segundo, *concorrente* (Barbosa Moreira). No campo da legitimidade ordinária, ela é concorrente quando se trata de *obrigações solidárias*, podendo figurar na relação processual, seja na condição de demandante ou de demandado,²¹ qualquer um dos credores ou devedores em solidariedade (CC, arts. 267 e 275); ou nas causas destinadas a reaver a posse do bem em condomínio, sendo legitimado qualquer dos condôminos (CC, art. 1.314), *etc.* Mas é na legitimidade *extraordinária* que ocorrem as hipóteses mais numerosas de concurso de legitimados. Casos importantíssimos são as *ações coletivas* relativas ao meio ambiente, às relações de consumo e outras, para as quais são legitimados ativos o Ministério Público, certas associações e uma série grande de organismos estatais ou não (LACP, art. art. 5º – CDC, art. 82, incs. I-IV): qualquer um deles é habilitado a promover a instauração do processo e conduzi-lo por si só, independentemente dos demais.

Há também legitimidade concorrente para a instauração do *inventário* (cônjuge, herdeiro, legatário, Ministério Público, Fazenda Pública *etc.* – CPC, art. 616, incs. I-IX), para figurar como autor na *ação de anulação de casamento* (cônjuges, Ministério Público ou qualquer interessado – CC, art. 208), naquelas visando à anulação

21. Solidariedade ativa ou passiva.

de assembleia ou de decisão assemblear das sociedades anônimas (sócios, grupos de sócios) *etc.*

641. legitimidade isolada ou conjunta (litisconsórcio necessário)

Constitui regra ordinária, de aplicação geral, a liberdade de cada pessoa para tomar iniciativas isoladamente, sem o concurso de outra, ou para tomá-las em relação a uma só pessoa (um só autor ou um só réu). Mas há situações extraordinárias em que a lei exige mais de uma pessoa no polo ativo do processo ou no passivo – o que caracteriza o *litisconsórcio necessário* ativo ou passivo, conforme o caso (CPC, art. 114).²² Tem-se nesses casos uma *legitimidade necessariamente conjunta*, não sendo a pessoa autorizada a atuar isoladamente como parte no processo (*infra*, nn. 665 ss.).

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

642. a utilidade sistemática da técnica das condições da ação

Caracterizada a ação como *direito ao processo*, as razões éticas e econômicas que legitimam seu condicionamento a certos requisitos aconselham que aquele se extinga, e portanto não prosiga, sempre que faltar alguma das condições da ação. *Carência de ação* é ausência do direito de ação.²³ Ser carecedor do direito de ação é, portanto, não ter direito sequer ao processo e muito menos ao provimento jurisdicional que este visa a preparar. Por isso, quando for possível antever com segurança que o deman-

22. Se o litisconsórcio necessário passivo já tem caráter extraordinário, redobradamente excepcional é o ativo (*infra*, n. 671).

23. Carência é falta.

dante 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* (CPC, art. 330, incs. II-III; art. 485, inc. VI). Não seria ético nem econômico dar sequência a um processo do qual já se sabe à primeira vista que nada produzirá de efetivo na vida dos litigantes. Isso é feito *independentemente de provocação de parte* (art. 485, § 3º) porque a extinção do processo é ditame do *interesse público*: é inconveniente ao Estado e à sociedade o dispêndio de recursos financeiros, perda de tempo e assoberbamento dos órgãos judiciários, em detrimento do serviço, sem qualquer expectativa de um resultado prático que o justifique.

Por isso a ordem processual desaconselha vivamente a prática de adiar a apreciação das condições da ação mediante o clássico e pernicioso despacho *as preliminares confundem-se com o mérito e com ele serão decididas*. Isso só se justifica quando a verificação das condições está vinculada a fatos ainda não provados. Tratando-se de matéria de direito ou estando clara a situação de fato tem o juiz o dever de manifestar-se, realizando estudos e pesquisas para isso quando o tema for controvertido ou difícil – *jura novit curia* (mas v. CPC, arts. 9º e 10º).

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

Não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma *condição da existência do direito de ação*, e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade. Seja ao despachar a petição inicial ou no julgamento conforme o estado do processo (arts. 354-357) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir sentença –, o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence da falta de uma condição da ação.

É estranho dizer que quando só afinal se evidenciar que o provimento pedido seria totalmente inútil, a decisão que se proferir atingiria o *meritum causae*, i.é, a pretensão trazida a juízo. A inutilidade do provimento exclui o interesse de agir ou legitimidade *ad causam*, e não é de mérito a sentença que reconhece a falta, qualquer que seja o momento em que pronunciada. Se a ação de despejo é movida a quem não é inquilino, o réu é parte ilegítima e o autor carece de ação, independentemente do momento processual em que a falta de legitimidade é reconhecida pelo juiz: a circunstância puramente ocasional e fortuita de o juiz não haver posto fim ao processo de imediato não transmuda as coisas. A única consequência prática é que o processo terá durado mais.

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

Eis algumas das objeções que nunca foram satisfatoriamente respondidas: a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes ou maliciosos sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença “de mérito” fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e talvez julgar procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 1.013, § 1º); c) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir nos demais que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado

já foi obtido), *etc.* Para superar essas e outras objeções a uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídico-processuais arraigados na cultura ocidental, como o de *mérito*, o da *coisa julgada material* e até mesmo o de *condições da ação*. Para aceitá-la seria indispensável uma mudança muito significativa na ordem jurídico-positiva do processo e em uma série de pilares da cultura processual de fundo romano-germânico.

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

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

Exemplos da superveniência das condições da ação: a) no momento da propositura da ação possessória o réu não havia ainda praticado a moléstia à posse que o autor alega, mas os fatos evoluíram e ele veio a praticá-lo (venceu-se o contrato de comodato); b) no momento da propositura de uma ação rescisória a decisão ou acórdão rescindendo ainda não havia passado em julgado (CPC, art. 966, *caput*) mas ainda na pendência do processo dessa ação sobreveio o trânsito em julgado; c) quando foi impetrado o mandado de segurança a autoridade não havia indeferido o pedido de inscrição do impetrante mas veio a indeferi-lo antes de proferida a sentença.

São exemplos do desaparecimento intercorrente de uma condição da ação, especialmente do interesse de agir, os casos em que, conforme a linguagem usual, o pedido resta *prejudicado*: no curso

do processo o devedor paga, ou a autoridade decide deferir ao impetrante o requerimento antes indeferido *etc.* Nesses casos o autor *teria* direito ao julgamento do mérito mas não o tem mais, porque este se mostra inteiramente desnecessário e, portanto, sem utilidade alguma (carência de ação por falta de interesse de agir).

Essa posição, generalizada na doutrina e acatada pelos tribunais, tem assento jurídico-positivo no art. 493 do Código de Processo Civil, segundo o qual “se depois da propositura da ação algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. Cumpre-lhe pois, segundo esse dispositivo, levar em conta os fatos novos que implementem uma condição antes ausente ou que excluam uma que de início existia. Essa solução está em absoluta coerência, de um lado, com o repúdio a provimentos jurisdicionais inúteis, como a sentença que mandasse a Administração nomear pessoa que ela já nomeou ou que condenasse alguém a fazer algo materialmente impossível (e daí a relevância dos fatos que *excluem* alguma das condições da ação). De outro lado, prestigia a garantia constitucional do acesso à justiça, ao mandar que o juiz julgue o mérito em caso de condição superveniente (quando impetrei a segurança a Administração não havia praticado o ato lesivo a meu direito, mas no curso do processo praticou)²⁴ – contando também com o apoio do grande empenho do legislador em propiciar um processo capaz de oferecer a quem tem razão o maior proveito útil possível.

645. falsas carências de ação

Os tribunais brasileiros, influenciados pelo vigor da teoria das condições da ação e sua adoção explícita no Código de Processo Civil, são fortemente propensos a tratar como *carência de ação* alguns casos de ausência do direito subjetivo material do

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

autor perante o réu – nos quais, em realidade, estão julgando a demanda *improcedente*, e não *inadmissível* por falta de alguma das condições da ação. Isso acontece com bastante frequência (a) em mandados de segurança denegados por ausência de liquidez e certeza, (b) em ações de usucapião quando se verifica que o autor não tinha a seu favor os requisitos do *tempus* ou do título, (c) em demandas de condenação por danos decorrentes de acidentes automobilísticos propostas em face de quem já foi mas não é mais dono do veículo causador *etc.* São falsas essas supostas carências de ação, porque em todos esses casos *ou falta a prova de fatos*, e fatos não provados são como fatos inexistentes, sendo sempre improcedente a demanda nessa situação; *ou falta algum requisito de direito material* para a existência do direito alegado, e sem esse requisito o direito inexistente, *etc.* Quem *foi* dono do veículo causador de um acidente mas já não o era quando este aconteceu (embora seu nome conste dos registros oficiais – Detran) não responde pelos danos causados, pela simples razão de que o ex-dono é hoje um não-dono, e pela lei material só o dono responde pelos fatos da coisa.

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

A *possibilidade jurídica da demanda*, que o Código anterior tratava como condição da ação (CPC-73, art. 267, inc. VI), na realidade outra coisa não é senão a inexistência do direito subjetivo material do autor em razão da contrariedade existente entre sua demanda inicial e o direito positivo. Hoje há a consciência de que uma sentença fundada na impossibilidade jurídica do pedido é uma sentença *de mérito*, devendo como tal ser tratada. O Código vigente não inclui essa falsa condição da ação, e por isso sua ausência não acarreta uma *carência de ação*, o que ocorrerá somente quando faltar o interesse de agir ou a legitimidade *ad causam* (art. 485, inc. VI).

646. o conceito de ação e sua evolução doutrinária

A *história típica* da ação²⁵ revela a continuidade de uma racional redução de sua relevância no contexto das relações humanas e dos institutos do processo civil. Não-obstante, na cultura brasileira do processo ela continua a exercer enorme fascínio sobre os doutrinadores, os tribunais e o próprio legislador, os quais lhe atribuem um significado institucional e uma relevância além dos limites da sua real participação nas técnicas destinadas à pacificação mediante a tutela jurisdicional.

O Código de Processo Civil emprega o vocábulo *ação* mais de uma centena de vezes, ora para significar *demanda*, ora *procedimento*, ora *processo*, ora *direito*, sendo pouco numerosos os casos de seu emprego para indicar a própria ação, ou seja, *direito ao processo*.

A *actio* romana era muito mais que a *ação* do direito moderno. A prioridade histórica da jurisdição revelou-se na instituição de meios de proteção às pessoas em casos individualizados, antes do estabelecimento de leis com caráter genérico e abstrato. É muito conhecida a técnica da publicação de *editos*, nos quais o pretor tipificava rigorosamente as situações em que estaria disposto a conceder tutela (*actionem dabo – darei ação*). Sem regras gerais imponíveis a todos, nos períodos iniciais os romanos desconheciam o conceito de *jus* e só se valiam da *actio*, definida como o *jus quod sibi debeatur in judicio persequendi*. Nesse contexto, vista com os olhos da cultura atual, *actio* era muito mais que *ação* – era conceito intrinsecamente sincrético, que fundia em si os conceitos de direito subjetivo e do direito de buscar sua satisfação por via judicial.²⁶

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

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

Ao longo dos tempos essa concepção evoluiu, curiosamente, para uma colocação oposta (Liebman). Assimilou-se a ação no conceito de direito subjetivo, de modo que ela passou a ser vista como uma qualidade que ele adquiriria quando violado e como consequência da lesão sofrida. Tal é a *teoria imanentista da ação*,²⁷ que a descrevia como algo coessencial aos direitos, em uma relação constante, de modo que não haveria ação sem direito nem direito sem ação. Ligado a essa arcaica concepção era o art. 75 do Código Civil de 1916 (sem correspondência no vigente), segundo o qual “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. E, também porque a ação seria o próprio direito, em atitude de combate ou *armado para a guerra*, ela partilharia da mesma natureza e teria o mesmo objeto que cada um dos direitos que visa a assegurar – e daí as antiquadas e desajustadas locuções *ação real, ação pessoal, ação imobiliária*, bem como o emprego, ainda no Código de Processo Civil brasileiro vigente, do vocábulo *ação* na designação dos procedimentos especiais: *ação de consignação em pagamento, ação de depósito, ação de exigir contas, ação possessória etc.* (Cintra-Grinover-Dinamarco).

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

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

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

também exista, ela não poderia ser considerada verdadeiramente autônoma (Vidigal).

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

Mesmo sem chegar a uma autêntica autonomia funcional, as teorias concretistas serviram de motivação e ponto de partida para as evoluções que viriam logo a seguir e que colocaram a ação nas vestes de um *direito abstrato de agir*. Ser direito *abstrato* significa ser desligado do direito subjetivo material, prescindindo-se da existência deste quando se trata de conceituar a ação – ou seja, *abstraindo-se* dele. A ação, nessa teoria, existiria ainda quando o direito inexistisse e independentemente de qualquer condicionamento (condições da ação). Estaria incorporada entre os *direitos da personalidade*. Levada às últimas consequências, as teorias abstratistas conduzem ao entendimento de que ela existiria mesmo em caso de a demanda ser temerária – bastando para caracterizar o direito de ação que o autor mencionasse um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito (Cintra-Grinover-Dinamarco).

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

A teoria abstratista veio a ser retificada por Enrico Tullio Liebman no ano de 1949, quando, em uma aula inaugural proferida na Universidade de Turim, combateu os exageros a que sua formulação radical conduzia. Disse que, embora a ação prescindida da existência do direito subjetivo sustentado pelo autor – sendo por isso

abstracta – sua existência depende do modo como em cada caso concreto o *direito à sentença de mérito* se relaciona com a ordem jurídica material e com a situação em que o autor se encontra em relação a este. Foi dada então muita ênfase às *condições da ação* como requisitos para que, em cada situação concretamente considerada, o autor tivesse direito ao pronunciamento jurisdicional de mérito. O direito de comparecer perante o Estado-juiz e dele receber *alguma* resposta todos têm. Mas essa resposta só consistirá em um julgamento do mérito, ou seja, da pretensão trazida em busca de reconhecimento e satisfação, se o autor estiver amparado pelo interesse processual legítimo e pela dupla legitimidade *ad causam* (ativa e passiva). Tal teoria, posto que *abstractista*, porque não subordina a existência do direito de ação à concreta existência do direito subjetivo, tem o grande mérito de associar instrumentalmente àquele direito cada uma das situações da vida trazidas ao conhecimento do juiz (a ação como direito *instrumentalmente conexo* a uma situação de direito material). Não é porém correto tachar de *eclética* a teoria de Liebman: ela é *abstracta*, porque não inclui a existência do direito do autor entre as condições da ação, limitando-se a condicionar a ação a requisitos que a situação jurídico-substancial fornece em cada caso.

Essa é a teoria de larga predominância na doutrina brasileira e claramente o Código de Processo Civil brasileiro lhe dá plena acolhida ao mandar que o mérito não seja julgado quando faltar o interesse de agir ou a legitimidade *ad causam* (art. 485, inc. VI – mas v. *supra*, n. 631). Em sua formulação inicial a teoria de Liebman incluía também a *possibilidade jurídica do pedido* entre as condições da ação, e assim foi também no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, mas o próprio Mestre veio a suprimi-la em obra ulterior, e no Brasil também o Código de Processo Civil de 2015 não a inclui.

Já se chegou, no entanto, à percepção de que a ação é um *direito* que inicialmente não tem por objeto a própria sentença de mérito, senão o processo em si mesmo. Ela é um *direito ao processo*,²⁸

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

com a peculiaridade de que passa por uma gradual intensificação à medida que este vai caminhando regularmente. Antes de proposta a demanda inicial a ampla garantia constitucional de exame judiciário das pretensões (art. 5º, inc. XXXV – v. também CPC, art. 3º) não assegura mais que o direito à instauração daquele – e esse direito poderá não passar de mero *direito de demandar*, o que acontece sempre que, por faltar alguma das condições, o processo vier a ser extinto por carência de ação. Durante o processo o *direito* de ação assegura ao autor a possibilidade de sua plena participação mediante realização de atos de seu interesse e exigência de atos a serem realizados pelo juiz; a ação representa, nesse período de pendência processual (litispendência), a síntese das situações jurídicas ativas oferecidas pela lei ao demandante (*supra*, n. 628). Só depois de percorrido todo o *iter* do procedimento e estando presentes os requisitos para o pronunciamento do mérito é que o titular do direito de ação terá direito a este. Sugere-se em doutrina, com exposições dessa ordem, clara distinção entre *ação não-exercida*, *ação em fase de exercício* e *ação exercida* (escalada de situações – *supra*, n. 513).

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

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

A inexistência de direitos subjetivos e obrigações em direito processual, como consequência do *interesse público* pelo cumprimento dos objetivos da jurisdição (*supra*, nn. 57 ss. – *infra*, n. 577), conduz ao entendimento de que nem a ação nem a defesa

constituem direitos subjetivos. Ambas têm por sujeito passivo o *Estado*, no sentido de que é dele que se exige a realização do processo e dos seus atos (dever fundamental do Estado-juiz). Mas a possibilidade de realizar eficazmente os atos do processo e formular exigências, que a lei outorga a ambas as partes, resolve-se, na relação entre cada uma destas e o Estado-juiz, em autêntica *capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia*; e essa capacidade define-se como *poder*, não como direito subjetivo (*supra*, n. 573). As atividades devidas pelo juiz não se confundem com a prestação que se esperava do réu nem têm por objeto o *bem da vida* eventualmente devido por este. Ao poder de realizar atos e fazer exigências corresponde para o Estado-juiz o *dever* de fazer algo que interessa a ele próprio, e que são os atos destinados à pacificação social.

Eis por que, em uma visão moderna e realista, ação e defesa não são direitos subjetivos, mas autênticos *poderes*. Essa é a visão *sintética* de cada uma delas, que permite simplificar a linguagem e indicar sua natureza jurídica – porque, na realidade, tanto ação como defesa são *conjuntos de situações jurídicas*. As situações jurídicas englobadas no conceito de defesa são aquelas que no curso do processo se desenvolvem (oportunidades de participação, com a expectativa de resultados). A ação inclui tudo isso e também o poder de iniciativa processual. Tal é o *conteúdo analítico* dos institutos da ação e da defesa.

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

Ao falar na ação como *direito de agir* e na defesa como *jus exceptionis* tem-se em vista o poder, que cada uma delas representa, de fazer com que o Estado atue para a oferta do bem a quem tiver direito. O *agir* mediante o exercício do poder de ação (e também mediante a exceção, no curso do processo) não expressa a ideia de uma *ação material*, como é a autotutela, pela qual o próprio interessado busca o bem para si, por sua própria força ou astúcia.

Esse é um *agir indireto*, que consiste em *fazer o Estado agir* – e é este quem efetivamente age, seja declarando o direito de uma das partes ao bem, seja proporcionando-lhe a posse e fruição deste (processo de conhecimento, processo ou fase de execução).

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

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

São do passado há muito tempo sepulto as adjetivações que se atribuíam à ação em associação aos direitos subjetivos, suas qualificações e suas espécies (reais, pessoais, patrimoniais, pecuniárias, possessórias *etc.*). Essas qualificações eram inerentes à visão imanentista da ação como nova roupagem que o próprio direito subjetivo adquiriria no momento em que lesado (*supra*, nn. 536 e 646). No direito moderno só é legítimo associar a ação às *técnicas processuais* de concessão da tutela jurisdicional (*supra*, nn. 67 ss.). Esta se concede mediante sentença ou entrega do bem – e daí *ação cognitiva*²⁹ e *ação executiva*. No campo do processo de conhecimento concedem-se tutelas jurisdicionais de naturezas e intensidades variáveis, mediante as diversas espécies de sentenças – daí falar-se em *ação condenatória*, *constitutiva* ou meramente *declaratória*, em correlação com as três espécies de sentenças de mérito. Fala-se ainda em ação *mandamental*, tendente a obter comandos mediante sentenças de igual denominação. A tutela jurisdicional que mediante o processo monitorio se concede é buscada mediante o exercício da *ação monitoria*.³⁰ Todas essas espécies de tutelas são às vezes preparadas mediante medidas urgentes, de

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

30. Mas a tutela que esse processo proporciona ao demandante é executiva (arts. 700 ss.).

natureza cautelar ou antecipatória – daí a *ação cautelar*, em oposição à principal (cognitiva, executiva, monitória).

Mas certas denominações tradicionais continuam em uso e transmitem satisfatoriamente as ideias. Sem prejuízo algum, fala-se em *ações de...* (de exigir contas, de depósito, de indenização, de cobrança, de estado *etc.*), em *ação possessória, reivindicatória, amulatória, em ação rescisória etc.* O importante é não permitir que esses usos vocabulares induzam ao falso entendimento de que a própria ação tenha essas naturezas ou que seja um direito subjetivo tendo o mesmo objeto dos direitos que mediante seu exercício se procura efetivar. Fala-se ainda em *ação civil pública*, mas não se pense que só nesse caso ela é um instituto de direito público. No passado falava-se em *ação reipersecutória*, mas o Código de Processo Civil vigente evita essa impropriedade mediante o emprego de locuções como *pedido reipersecutório* ou *pretensão reipersecutória* (arts. 311, inc. III, e 792, inc. I).

As *defesas* também variam de acordo com os resultados a obter, segundo as técnicas processuais. São *de mérito* aquelas que se destinam a obter a rejeição da demanda do autor. Elas se resolvem em autênticas *demandas de tutela jurisdicional plena ao réu*, na medida de seu acolhimento e improcedência daquela (*supra*, n. 531). As defesas de mérito são *diretas ou indiretas*, conforme consistam em negar os fatos alegados na demanda inicial ou as consequências jurídicas pleiteadas pelo autor³¹ ou em invocar *atos novos*, influentes sobre a existência ou vida do direito deste (atos impeditivos, modificativos ou extintivos – art. 350). Dizem-se *processuais* as defesas consistentes em invocar regras e consequências relacionadas com o processo (carência de ação, incompetência, nulidades *etc.*). As defesas processuais são todas *indiretas*, porque não vão diretamente à situação de direito material nem se destinam a obter para o réu uma sentença de mérito favorável – antes, a excluí-la ou ao menos retardá-la (incompetência, suspeição ou impedimento do juiz). Todas as defesas

31. O réu *nega a eficácia jurídica* dos fatos alegados pelo autor quando sustenta que a norma invocada não se aplica ao caso, ou propõe uma interpretação diferente para o texto, ou procura demonstrar que a orientação dos tribunais o favorece *etc.*

são *exceções*, tomado esse vocábulo em sentido bastante amplo (como em *jus exceptionis*, que é o próprio direito de defesa); e são *exceções em sentido estrito* aquelas que o réu tem o ônus de alegar sob pena de o juiz ser proibido de levá-las em conta ao decidir (art. 141, parte final). Há *exceções de mérito* em sentido estrito, como a novação e a decadência convencional (CC, art. 211), e também *exceções processuais* em sentido estrito, como a incompetência relativa. Chamam-se *objeções* as defesas que o juiz pode e deve conhecer de ofício, embora tenham também as partes a faculdade de formulá-las – como a decadência (salvo quando convencional), a incompetência absoluta, o impedimento do juiz *etc.*

Em resumo: a) há *exceções de mérito* (diretas ou indiretas) e *processuais* (todas indiretas); b) há *exceções em sentido estrito*, que só podem ser objeto de conhecimento pelo juiz quando alegadas, ao lado das *objeções*, que o juiz deve conhecer de ofício; c) as exceções em sentido estrito são de mérito ou processuais.

Dava-se no passado muita importância à tipificação das exceções, havidas estas como o *contraposto negativo da ação* e consistindo nas razões de direito material aptas a neutralizar o direito subjetivo (ou, na linguagem pandectista do Código Civil, a *ação* – CC, arts. 175, 281 e 294); tal é o significado da locução *exceção* de obrigação não-cumprida, de uso muito frequente (CC, art. 475), ou *exceção* de pagamento, de prescrição *etc.*, praticamente em desuso.

649. atipicidade da ação e da defesa

A ação e a defesa, como poderes de atuar no processo e síntese das situações jurídicas ativas de cada uma das partes na relação processual, não são suscetíveis de enquadramento em categorias estanques, de modo que toda ação e toda exceção tivesse seu nome registrado e só existissem possibilidades de agir e de defender-se segundo certos modelos instituídos em lei. Assim era no processo civil inicial, do *ordo judiciorum privatorum*, em que o pretor descrevia no edito as precisas situações em que estaria disposto a examinar os pedidos de tutela jurisdicional, negando-se

a fazê-lo nos casos não previstos, ou seja, *não tipificados*.³² Isso era próprio dos sistemas jurisdicionais iniciais, que já constituíam notável progresso em relação aos tempos em que não existia Justiça alguma; mas hoje os sistemas jurídicos não se conformam com a ausência de possibilidade de controle jurisdicional de algum conflito jurídico entre as pessoas (Const., art. 5º, inc. XXXV – CPC, art. 3º). A garantia constitucional do controle, expressa no que tradicionalmente se chama *garantia da ação*, constitui uma *cobertura geral* do sistema de direitos, com a tendência a uma universalização capaz de reduzir ao mínimo a área dos conflitos não-jurisdionalizáveis (*supra*, n. 52). Por isso é que, com ou sem a tipificação legal, sempre que não ocorra alguma ponderável razão de ordem pública prevalece a garantia constitucional, e o sistema judiciário estará aberto a pretensões de toda ordem e defesas de toda espécie, segundo as normas de direito substancial ou processual. O controle jurisdicional não se confina a categorias estanques.

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

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

650. *defesa e eventualidade* – *preliminares e defesas de mérito*

A amplitude da defesa de direitos e interesses pela via processual (Const., art. 5º, inc. LV) repercute na situação processual do réu mediante a ampla liberdade que o sistema lhe permite de estruturar a defesa segundo as estratégias de sua escolha. É lícito³³ cumular logo na contestação todas as defesas que tiver, ainda quando relativamente contraditórias entre si. O réu suscita *preliminares*,³⁴ opondo-se ao julgamento do mérito, sem prejuízo de, em prosseguimento, passar ao exame deste para pedir que a demanda inicial seja rejeitada pelo mérito e a tutela jurisdicional plena se conceda a ele, e não ao autor. Também na defesa de mérito é permitido que ele desenvolva uma argumentação escalonada, de modo que o acolhimento de um dos fundamentos prejudique o conhecimento do subsequente e assim sucessivamente. Esse é o sistema de *eventualidade* da defesa, assim chamado porque os fundamentos sucessivos só serão conhecidos se ocorrer o *evento* de o precedente ser afastado pelo juiz.

Os arts. 336 e 337 do Código de Processo Civil são extremamente explícitos em estabelecer a regra da eventualidade. Diz o primeiro deles que incumbe ao réu alegar na contestação *toda a defesa que tiver*, “expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”. Em seguida o art. 337 abre caminho para as *preliminares*, dizendo: “incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...)” – e em seguida indica treze figuras de defesas processuais a serem deduzidas a esse título. Somados, esses dois dispositivos admitem a cumulação entre defesas de mérito e processuais, entre duas ou mais defesas processuais ou entre duas ou mais defesas de mérito. O Código mostra-se extremamente empenhado em canalizar à contestação *todas as possíveis defesas do réu*, inclusive aquelas que nas legislações anteriores seriam objeto de algum incidente específico (incompetência relativa, impugnação

33. E em alguma medida indispensável: art. 342.

34. Defesas processuais.

ao valor da causa ou à concessão de justiça gratuita, convenção de arbitragem *etc.* – art. 337, incs. II, III, X e XIII) – e até mesmo a *reconvenção*, que não é uma defesa mas um contra-ataque, deve estar contida na contestação (art. 343).

Mas não é absoluta a liberdade inerente à eventualidade da defesa, porque grandes incoerências entre fundamentos cumulados podem configurar distorções ou *mentiras* ao menos em um deles, e a mentira é um ato de *deslealdade processual* incluído entre as hipóteses punidas a título de litigância de má-fé (art. 80, inc. II – *supra*, n. 611). As sanções à litigância de má-fé constituem limites à eventualidade da defesa.

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

Capítulo XLVII – LITISCONSÓRCIO

651. conceito – fenômeno de pluralidade de partes. 652. justificação sistemática. 653. admissibilidade do litisconsórcio. 654. conexidade objetiva (art. 113, inc. II). 655. afinidade de questões (art. 113, inc. III). 656. comunhão em direitos ou obrigações (art. 113, inc. I). 657. admissibilidade do litisconsórcio e legitimidade *ad causam*. 658. litisconsórcio multitudinário. 659. litisconsórcio e tutela jurisdicional coletiva. 660. formação do litisconsórcio (modos e momentos). 661. litisconsórcio originário ou ulterior (inicial ou sucessivo). 662. extinção ou redução do litisconsórcio. 663. a relativa autonomia dos litisconsortes (art. 117). 664. regimes do litisconsórcio – litisconsórcio unitário ou comum. 665. litisconsórcio necessário ou facultativo. 666. litisconsórcio necessário unitário. 667. litisconsórcio necessário por força de lei (não invariavelmente unitário). 668. a implementação do litisconsórcio necessário e as consequências da não-implementação. 669. em caso de litisconsórcio necessário-unitário. 670. em caso de litisconsórcio necessário por força de lei. 671. litisconsórcio necessário ativo. 672. necessariedade e unitariedade do litisconsórcio – conceitos independentes. 673. litisconsórcio unitário facultativo (não necessário). 674. litisconsórcio necessário não-unitário (comum). 675. litisconsórcio facultativo. 676. litisconsórcio alternativo ou eventual. 677. o processo litisconsorcial.

651. conceito – fenômeno de pluralidade de partes (*supra*, nn. 620-621)

Litisconsórcio é a presença de duas ou mais pessoas na posição de demandantes ou de demandados (Chiovenda); é um fenômeno de pluralidade de partes, em que o esquema da relação jurídica substancial vai além do mínimo indispensável para ter mais de uma pessoa no polo ativo, ou no passivo ou em ambos (litisconsórcio ativo, litisconsórcio passivo ou dois litisconsórcios¹ – *supra*, n. 581). Os sujeitos que se agrupam em um dos

1. O litisconsórcio bilateral é a soma de dois litisconsórcios – um ativo e um passivo. Não há um *litisconsórcio misto*, como é usual afirmar-se na doutrina.