

CAPÍTULO 8

Ação: conceito, natureza jurídica, espécies, condições para seu regular exercício e direito de defesa

8.1 NOÇÃO

Primeiramente, é mister atentar à multiplicidade de acepções que o termo “ação” invoca. Ora empregado como direito, ora como poder, é também definido como pretensão, como exercício de um direito preexistente e, não raro, é considerado, na prática forense, como sinônimo de processo, procedimento, ou mesmo autos.

Há ainda autores que distinguem entre ação de direito material e ação de direito processual⁴⁰², ou mesmo entre a ação e a pretensão⁴⁰³.

Com efeito, diante da vedação à autotutela, da limitação à autocomposição e à arbitragem compulsória, bem como do dever assumido pelo Estado de prestar a adequada tutela jurisdicional, cabe aos cidadãos recorrer ao Poder Judiciário quando diante de uma pretensão resistida ou insatisfeita. Nesse sentido, a ação, consubstanciada em um direito oferecido aos jurisdicionados, funcionaria como contrapartida à proibição da “justiça de mãos próprias”.

Consoante os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover⁴⁰⁴, ação seria o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou poder de exigir esse exercício). Invocar esse direito implica provocar a jurisdição (provocação necessária, visto que, em regra, ela é inerte), o qual se exerce através de um complexo de atos denominado processo.

Num conceito ainda mais completo, ação seria o direito público, subjetivo, autônomo e abstrato⁴⁰⁵ à prestação jurisdicional sobre uma demanda de direito material.

Trata-se, portanto, de direito à jurisdição – desde que preenchidas algumas condições, como será visto logo adiante – que encontra fundamento

constitucional na garantia da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF), uma vez que, por meio dela, o titular do direito terá acesso à proteção de seu direito material contra uma lesão ou ameaça. Vista nesse sentido, isto é, como direito à jurisdição, a ação é um direito tanto do autor quanto do réu.

Por isso, quando se afirma que por meio dela o titular do direito receberá a proteção jurisdicional, pretende-se dizer que essa tutela deve ser outorgada àquela parte que a mereça, considerando o direito material aplicável ao caso. E, nesse contexto, a ação serve ao interesse público de dar a cada um o que é seu, assegurando a convivência pacífica e harmoniosa em sociedade.

Não obstante, conforme será analisado, a doutrina traçou longo caminho até reconhecer a autonomia do “direito de ação”: inicialmente, identificava-o como direito material litigioso; mais tarde, no entanto, surgiu a preocupação em elaborar uma disciplina autônoma e independente do direito material que permitisse a distinção entre o direito material controvertido e o direito de ir a juízo, o que constituiu relevante conquista para a consolidação da Ciência Processual⁴⁰⁶.

Hodiernamente, contudo, diante do distanciamento do processo da realidade e das necessidades sociais, sobretudo em razão da excessiva preocupação com o seu aspecto técnico, os estudos processuais convergiram para novas questões, como a problemática do “acesso à justiça” e da efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, o direito de ação assume também a noção de freio às demandas inviáveis de modo a determinar o necessário equilíbrio entre o direito de acesso à Justiça e a garantia da concreta eficácia dos direitos⁴⁰⁷.

8.2 TEORIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO

Verificado o conceito de ação como um direito, é na natureza jurídica do instituto que residem as maiores controvérsias, principalmente em razão da autoridade daqueles juristas que formularam as diversas teorias. Dessa forma, passemos a uma breve análise das construções teóricas que mais se

destacaram.

8.2.1 Teoria Imanentista, Civilista ou Clássica

Segundo a clássica proposição romana de Celso⁴⁰⁸, a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou violação sofrida. Não havia ação sem direito. A ação nada mais era do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe era devido ou o que era seu, para abranger tanto os direitos reais como os direitos obrigacionais.

Defendia-se a tese da imanência do direito de ação ao direito subjetivo material⁴⁰⁹. O direito de ação estava intimamente vinculado ao direito material, era o próprio direito material reagindo a uma violação e não era independente do direito material.

Tal teoria vigorou até meados do século XIX, mas seguiu exercendo grande influência na doutrina pátria até 1933⁴¹⁰. Considerava o direito processual não como ciência autônoma, mas mero apêndice do direito material, e a ação, um simples capítulo do direito civil. O direito processual era um adendo do direito civil, a forma pela qual o direito material se manifestava em juízo, procurando se defender. Nesse sentido, a maior característica dessa teoria era a indissolúvel ligação estabelecida entre a ação e o direito que por meio dela se tutelava.

Suas diretrizes privatistas influenciaram a elaboração do art. 75, do revogado Código Civil de 1916, segundo o qual “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

No entanto, em decorrência dos crescentes contornos autônomos atribuídos ao direito processual, a doutrina immanentista foi aos poucos sendo rechaçada, e esse artigo começou a ser interpretado como fonte da garantia de tutela jurisdicional adequada (art. 5º, XXXV, da CF).

Essa teoria falha quanto a dois pontos específicos:

1) as ações declaratórias, pois estas consistem apenas em requisitar uma

declaração, ou seja, existência ou não de uma declaração jurídica ou autenticidade de um documento; 2) a não explicação racional da ação infundada, pois o que tem razão e o que não tem podem receber do Judiciário o mesmo tratamento, porque é impossível, liminarmente, dizer quem não tem razão.

A superação dessa teoria e a reelaboração do conceito de ação foram fortemente influenciadas pela célebre polêmica travada entre Windscheid e Müther, nos anos de 1856 e 1857, que começaram uma desavença sobre o conceito de *actio* no direito romano e de suas implicações no conceito de ação do direito alemão.

Windscheid concluiu que a *actio* era o termo para designar o que se podia exigir do outro. A *actio* não era um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito. O cidadão romano não era titular de um direito contra alguém, mas, sim, de uma *actio*, ou seja, do poder de agir contra outrem; poder este que não lhe advinha de um direito, mas da concessão de um pretor.

Já Müther sustentou a ideia de um direito de agir contra o Estado e também um direito do autor para que o pretor lhe outorgasse a “fórmula” que, na época, seria a tutela jurídica.

Afirmou Müther que o direito à concessão da “fórmula” nasce de um *direito originário*. Enquanto o particular é o obrigado perante o direito originário, o obrigado, diante da “fórmula”, somente pode ser o Estado.

O direito de agir se destinaria a fazer com que o Estado exercesse seu direito contra o obrigado e, por mais essa razão, teria uma clara ligação com o direito material do autor contra o réu.

O embate entre esses juristas trouxe à tona a discussão sobre um direito exercido contra o Estado, convivendo com outro, este perante o obrigado particular⁴¹¹. Permitiu-se, com isso, a separação entre o direito de ação e o direito subjetivo material, desvinculando esses dois direitos, que passaram a ser reconhecidos como independentes.

8.2.2 Teoria do Direito Concreto de Ação (Teoria Concreta)

Em 1885, Adolph Wach, na Alemanha, reconhece em sua obra relativa independência entre o direito de ação e o direito subjetivo material. Para demonstrar definitivamente a autonomia do direito de ação, afirma que ele não se confunde com o direito privado e muito menos com a pretensão do direito civil. Segundo Wach⁴¹², a pretensão de tutela jurídica – ação – constituiu direito de natureza pública, dirigindo-se contra o Estado, o qual teria a obrigação de prestá-la, e contra o demandado, que teria que suportar seus efeitos. Tal teoria parte da contribuição de Müther, que afirmou que o cidadão tem direito à tutela jurídica contra o Estado, mas Wach desenvolveu sua teoria em relação à ação declaratória.

A aludida autonomia do direito de ação foi demonstrada por meio da ação declaratória negativa, que consiste justamente na declaração de inexistência de determinada relação jurídica e, por conseguinte, do direito material subjetivo que dela poderia defluir.

Porém, segundo essa concepção, embora distinto do direito material, o direito de ação corresponderia a quem tivesse razão, ou seja, só existiria quando a sentença fosse favorável. Se a sentença fosse de improcedência, o autor não teria o direito de ação desde o início. Só possuiria o direito de ação quem possui o direito material. Nesse sentido, a teoria defendia a existência do direito de ação somente quando houvesse uma proteção concreta voltada para um direito subjetivo.

Assim, apesar de sua contribuição para demonstrar a autonomia do direito de ação, a teoria foi alvo de críticas. Primeiro em razão de a improcedência do pedido restar inexplicável, pois, nessa hipótese, a natureza do direito exercido pelo autor permanecia indefinida. Segundo, por não explicar qual seria a situação do direito de ação na ação declaratória negativa, de pedido de inexistência de relação jurídica, pois o que se pediria seria que não existe relação jurídica de direito material entre as partes. E, ainda, por caracterizar a ação como o direito a uma sentença favorável, pois, dessa forma, o réu

também teria direito de ação.

8.2.3 Teoria da Ação como Direito Potestativo

Representa uma variante da teoria concreta, pois também condicionava a existência do direito de ação à obtenção de uma sentença favorável. Por conseguinte, sujeita-se às mesmas críticas dirigidas contra referida teoria.

Sustenta Chiovenda que a ação é o poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei. Afirma, ainda, que a ação deve ser entendida como um direito concreto atual, existente antes do processo, e precisamente como um poder jurídico para obter, contra o adversário, um resultado favorável no processo.

Conforme seu defensor, Chiovenda, a ação pode ser definida como o “poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei”, isto é, o direito de obter uma atuação concreta da lei em face de um adversário, sem que este possa obstar que a atividade jurisdicional se exerça⁴¹³, ou seja, o réu estaria subordinado à vontade do autor de exercer seu direito de ação, sem que pudesse apresentar qualquer obstáculo. Contudo, tal como na teoria concreta, só teria o direito de ação quem tivesse uma sentença de procedência do pedido.

A ação, aqui também entendida como direito autônomo, não era tida como um direito subjetivo, mas como um direito de poder (direito potestativo), visto que corresponderia ao direito do autor de submeter o réu aos efeitos jurídicos pretendidos, ou seja, à atuação da vontade concreta da lei. Desse modo, para essa teoria, a ação se dirigia contra o réu e não contra o Estado (visão privatista).

O processo serve a duas grandes categorias de direito, a saber: 1) a dos direitos ligados a um bem da vida, a serem alcançados, antes de tudo mediante a prestação positiva ou negativa, do obrigado; 2) a dos direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente, os quais são direitos potestativos.

Ou seja, a ação se dirige contra um adversário e não contra o Estado, isto é, o direito potestativo (direito de poder) de buscar efeito jurídico favorável ao seu autor, sujeitando ônus à outra parte. Sendo a ação o poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei.

8.2.4 Teoria da Ação como Direito Abstrato

Formulada pelo alemão Degenkolb e pelo húngaro Plósz, define o direito de ação como o direito público que se exerce contra o Estado e em razão do qual o réu comparece em juízo. Não se confunde com o direito privado arguido pelo autor, sendo concebido com abstração de qualquer outro direito⁴¹⁴.

Degenkolb argumenta que o que obriga o réu a participar do processo é o direito de agir, que nada tem que ver com o direito material. O fundamento desse direito de agir é a própria personalidade do autor, porque dessa vem a convicção subjetiva do direito, o direito ao direito, em relação ao qual a efetiva existência do direito material é meramente accidental.

Plósz, de forma semelhante, entendeu que o direito abstrato de ação exige apenas a boa-fé do autor, embora tenha sustentado a existência de dois direitos de ação, um processual, de caráter público, e outro material, identificado com a pretensão do direito material.

Para tais juristas, a ideia é de que o direito de agir é antecedente ao seu exercício. Dessa forma, o direito de ação, além de autônomo, é independente do direito material. O direito de ação é inerente a todo indivíduo e não exclui a possibilidade de uma sentença desfavorável.

O conteúdo primordial do direito de ação seria o interesse secundário e abstrato à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos que se contrapõem à obtenção do interesse principal (direito material).

Assim, essa teoria teve o mérito de reconhecer a existência de um direito público, subjetivo, inquestionável, preexistente ao processo e desvinculado do direito material ao permitir que o autor, no exercício de seu direito de

ação, fizesse apenas referência a um interesse seu, levando o Estado a proferir uma sentença por meio da atividade jurisdicional, ainda que contrária aos interesses autorais.

8.2.5 Teoria Eclética

Elaborada por Liebman, a teoria em questão tem assento na teoria abstrata, porém com a inclusão de uma nova categoria, qual seja as “condições da ação”, ou condições de admissibilidade do provimento sobre a demanda e, portanto, preliminar ao exame do mérito⁴¹⁵.

Para Liebman a ação é o “direito ao processo e ao julgamento do mérito”, o qual não representa, porém, a garantia de um resultado favorável ao demandante⁴¹⁶. É satisfeita com um julgamento favorável ou desfavorável ao demandante.

O que importa, para a configuração da ação, segundo Liebman, é a presença das condições da ação, os “requisitos de existência da ação”, que seriam a legitimação para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Somente se elas estiverem presentes, o juiz estará obrigado a julgar o pedido, a fim de acolhê-lo ou rejeitá-lo.

A possibilidade jurídica do pedido consiste na previsibilidade, pelo direito positivo, da pretensão exarada pelo autor; o interesse de agir implica a necessidade e/ou utilidade da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado; a legitimidade: o autor – sujeito ativo da relação jurídica processual –, para a teoria eclética, deve também ser um dos titulares da relação substancial posta à apreciação do juiz.

Segundo Liebman, as condições da ação são requisitos para sua existência. Quando tais condições estão ausentes, há carência de ação. As condições da ação seriam requisitos constitutivos da ação, que não dependeria de uma sentença favorável, mas apenas da presença das condições da ação descritas (legitimação para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido).

Assim, considerando tratar-se de um direito abstrato voltado a provocar o exercício da jurisdição, a ação é defendida como o direito de obter o julgamento do pedido, ou seja, a análise do mérito, independentemente do resultado da demanda. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo instrumental, visto que independente do direito subjetivo material, embora conexo a ele.

A teoria eclética preconiza a existência do direito de ação quando presentes determinadas condições, mesmo que inexistente o direito material.

E esse direito abstrato de ação, que aqui assume contornos de direito de petição, é consagrado como direito fundamental em nosso texto constitucional no art. 5º, XXXV, cujo teor estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída do Poder Judiciário, bem como no plano infraconstitucional, nos arts. 3º e 267, VI, do CPC/73⁴¹⁷.

Não obstante, essa teoria foi aprimorada por doutrinadores modernos como Afrânio Silva Jardim e José Carlos Barbosa Moreira, pois, diante de uma visão constitucional do processo, não se deve falar em condições de existência do direito de ação, uma vez que esse direito é incondicionado (porquanto direito fundamental). Por mais absurda que seja a demanda, é vedado ao juiz, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), deixar de apreciá-la, devendo fazê-lo ainda que para indeferir a petição inicial⁴¹⁸.

Se tal ocorrer, parece não haver dúvida de que houve exercício do direito de ação. Afinal, o autor, ao propor a demanda, exigiu, obtendo êxito em sua exigência, que o Estado exercesse a jurisdição. Dessa forma, de acordo com esse entendimento, afigura-se mais correto falar em condições para o regular exercício do direito de ação⁴¹⁹.

8.3 CARACTERÍSTICAS

a) Subjetividade: segundo a doutrina dominante, a ação seria um direito (como já visto), enquanto para outros ela seria um poder. Os que a entendem

como poder partem da noção de que direito subjetivo e obrigação representam situações jurídicas opostas de vantagem e desvantagem que gerariam um conflito de interesses. Assim, inexistindo conflito entre Estado e autor, não haveria que se falar em direito subjetivo e sim em poder.

b) Publicidade: a ação está sempre situada na órbita do direito público, pois o exercício desse direito subjetivo desencadeia o desempenho de uma função pública monopolizada pelo Estado (jurisdição). Assim, a ação é dirigida apenas contra o Estado, mas, uma vez apreciada pelo juiz, produzirá efeitos na esfera jurídica do réu.

c) Garantia constitucional: como um direito fundamental contido no art. 5º, XXXV, da CF, assegura o direito ao processo com a atuação do Estado, o direito ao contraditório e o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz através da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

d) Instrumentalidade: tem por finalidade solucionar uma pretensão de direito material. Em virtude da intensa produção doutrinária, essa característica tem assumido grande importância no cenário jurídico hodierno que privilegia um processo civil de resultados e o considera não como um fim em si mesmo, mas como instrumento capaz de garantir a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

8.4 CONCEITO

Examinadas a natureza jurídica e as características da ação, podemos agora conceituá-la como um direito autônomo (independente da existência do direito material), de natureza abstrata e instrumental, pois visa solucionar pretensão de direito material, sendo, portanto, conexo a uma situação jurídica concreta.

8.5 CONDIÇÕES DA AÇÃO



Acesse o vídeo também pelo *link*:

<https://somos.in/MDPCC202>

8.5.1 Noção

Como destacado, a expressão “condições da ação” reveste-se de certa impropriedade, tendo em vista que o direito de ação é subjetivo incondicionado⁴²⁰. Frise-se, contudo, que, nesta obra, será ela utilizada para designar os requisitos indispensáveis ao regular exercício do direito de ação.

8.5.2 Condições genéricas

De acordo com a doutrina tradicional, são três as condições genéricas para o regular exercício do direito de ação a serem preenchidas pelo autor a fim de obter uma decisão de mérito⁴²¹ por meio do provimento jurisdicional⁴²². O CPC/2015 reduziu esse rol para apenas duas condições, como veremos a seguir.

8.5.2.1 *Legitimidade das partes: é a legitimidade ad causam*

Difere da legitimidade *ad processum*, pois aquela é a legitimidade para agir (refere-se àquele que sofreu a lesão), e esta é a capacidade processual, ou seja, a capacidade de estar em juízo.

Assim, a legitimidade das partes corresponde à pertinência subjetiva da lide. Desse modo, ao verificá-la, o juiz deverá examinar se os sujeitos que figuram como autor e réu, em um dado processo, são aqueles que, considerando os fatos narrados na petição inicial, deveriam realmente figurar como autor e réu.

Deve ser verificada, pois, em dois planos: a legitimidade ativa se refere ao

autor e pode ser ordinária ou extraordinária, e a legitimidade passiva diz respeito ao demandado.

A regra é a legitimidade ordinária, isto é, a equivalência entre os sujeitos da relação processual com os sujeitos da relação material deduzida em juízo.

Mas há também a legitimidade extraordinária, só admitida se legalmente prevista, no art. 18 do CPC/2015, quando se defende em nome próprio interesse alheio. Um bom exemplo é a ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público em favor do menor, na forma da Lei n. 8.560/92. Nesse caso, o titular do direito material é o menor, que deseja saber quem é o seu pai. Entretanto, muitas vezes, quem deduz essa pretensão em juízo é o Ministério Público, na condição de legitimado extraordinário.

Tal legitimidade, quando exercida, dá origem ao fenômeno conhecido como substituição processual (p. ex., gestão de negócios – o gestor, em caso de ausência do proprietário do negócio, poderá agir judicialmente em nome próprio; investigação da paternidade – o Ministério Público pode propor ação em nome próprio para defender os interesses do menor, no tocante a alimentos e aos direitos sucessórios; danos ao trabalhador – o sindicato pode demandar para assegurar ao trabalhador seu direito a danos morais e materiais⁴²³).

A legitimidade extraordinária pode ser subdividida em subordinada e autônoma, que, segundo José Carlos Barbosa Moreira⁴²⁴, se diferenciariam porque a primeira “não habilita o respectivo titular nem a demandar nem a ser demandado quanto a situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la, ativa ou passivamente, junto com o legitimado ordinário, em processo já instaurado por este ou em face deste, e no qual aquele se limita a intervir”.

Por outro lado, na modalidade autônoma confere-se ao “respectivo titular a possibilidade de atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada”.

Essa modalidade autônoma pode ser classificada, ainda, em exclusiva e

concorrente. Na legitimação exclusiva somente o substituto poderá ajuizar ação. Já na legitimidade extraordinária concorrente, tanto o substituto como o titular do direito substancial ou o responsável pela obrigação serão admitidos como legitimados.

Nessa perspectiva, somente a legitimidade extraordinária autônoma exclusiva poderia ser equiparada à figura da substituição processual.

Interessante notar que a Lei n. 13.806/2019 alterou a Lei n. 5.764/71, a fim de atribuir às cooperativas a possibilidade de agir como substitutas processuais de seus associados. Para viabilizar tal objetivo foram inseridos o inciso XI ao art. 21 e o art. 88-A: a) Art. 21, XI. “Se a cooperativa tem poder para agir como substituta processual de seus associados, na forma do art. 88-A desta Lei.”

b) Art. 88-A. “A cooperativa poderá ser dotada de legitimidade extraordinária autônoma concorrente para agir como substituta processual em defesa dos direitos coletivos de seus associados quando a causa de pedir versar sobre atos de interesse direto dos associados que tenham relação com as operações de mercado da cooperativa, desde que isso seja previsto em seu estatuto e haja, de forma expressa, autorização manifestada individualmente pelo associado ou por meio de assembleia geral que delibere sobre a propositura da medida judicial.”

Vista essa peculiaridade, outra observação importante diz respeito ao cuidado para que não se confunda o instituto da assistência e representação com a figura da parte no sentido processual (substituto processual ou legitimado extraordinário).

Assim, o representante legal do menor de 16 anos não é parte no processo em que se pleiteiam alimentos, mas o menor necessitado. Tanto o substituto processual quanto o representante atuam na defesa do interesse alheio, todavia, enquanto aquele age em seu próprio nome, este atua em nome do titular do interesse.

Dessa forma, segundo a moderna concepção formulada por Chiovenda,

parte é aquele que pede em seu próprio nome, ou em cujo nome é pedida a atuação de uma vontade de lei, e aquele em face de quem essa atuação é pedida.

No entanto, forçoso reconhecer que há diversas espécies e subespécies de legitimidade, como a primária e a secundária, a originária e a superveniente, a privativa e a concorrente, que terão grande aplicação prática, sobretudo, na tutela coletiva. Para maiores informações sobre os desdobramentos dessas modalidades, recomendamos vivamente a já referida obra de Barbosa Moreira⁴²⁵.

Uma última palavra precisa ser dita sobre a legitimidade para o ajuizamento das ações civis públicas.

São legitimados a ajuizar a ação civil pública, na forma do art. 5º da Lei n. 7.347/85, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista, os órgãos que, apesar de desprovidos de personalidade jurídica, integrem a administração pública direta ou indireta (como o Procon e as Secretarias Municipais de Meio Ambiente), as associações constituídas há pelo menos um ano (muito embora o próprio § 4º do art. 5º permita ao juiz desconsiderar essa exigência, diante do manifesto interesse social da hipótese) e que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa do bem objeto da ação a ser proposta⁴²⁶ (“pertinência temática”)⁴²⁷.

Questão interessante e que foi objeto de exame pelo STF diz respeito às pessoas que se filiam à associação após a propositura da ação civil pública e, no caso de procedência do pedido, desejam se habilitar na fase de execução.

Após intensos debates, o Pleno do STF⁴²⁸, por maioria, decidiu que a execução de sentença transitada em julgado em ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil alcança apenas os filiados na data da propositura da ação. Prevaleceu o entendimento do relator, ministro Marco Aurélio, no sentido de que os filiados em momento posterior à formalização da ação de conhecimento não podem se beneficiar de seus efeitos. Em razão

da repercussão geral do Recurso Extraordinário, estima-se que o entendimento venha a ser reproduzido em milhares de ações idênticas em trâmite no Judiciário brasileiro.

O STJ vem trazendo algumas situações em seus julgados nos quais entendeu pela legitimidade do Ministério Público. Entre elas estão: ajuizar ação civil pública para impedir a veiculação de vídeo que contenha cenas de crimes cometidos contra crianças, ainda que por intermédio de matéria jornalística⁴²⁹; ajuizar ação civil pública que objetive a exclusão ou a não inclusão de dados referentes a consumidores em cadastros de inadimplentes, se o débito ainda está em fase de discussão judicial, bem como para o pedido de danos morais por inclusão indevida. Isso porque o Ministério Público tem legitimidade para defender quaisquer interesses transindividuais, ainda que não sejam referentes à relação de consumo⁴³⁰.

Ainda, também reconheceu a legitimidade do Ministério Público em caso de demanda requerendo o fornecimento de cesta básica de produtos sem glúten para portadores de doença celíaca, já que o *Parquet* deve defender direitos individuais disponíveis⁴³¹, em ação civil pública em face de concessionária de energia elétrica objetivando a não interrupção do fornecimento do serviço à pessoa carente financeiramente e acometida de doença grave, dependendo da utilização doméstica de equipamento com alto custo de energia⁴³².

O STJ⁴³³ também já decidiu que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública cujos pedidos consistam em impedir que determinados hospitais continuem a exigir caução para atendimento médico-hospitalar emergencial e a cobrar, ou admitir que se cobre, dos pacientes conveniados a planos de saúde valor adicional por atendimentos realizados por seu corpo médico fora do horário comercial.

Ainda nessa linha de raciocínio, o STJ⁴³⁴ também definiu que o *Parquet* ostenta legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de garantir o acesso a critérios de correção de provas de concurso público.

Quanto à Defensoria Pública, a Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, é, a um só tempo, um marco histórico e a correção de uma injusta discriminação com uma das mais importantes e respeitadas instituições brasileiras. O art. 2º dessa Lei, ao dar nova redação ao art. 5º da Lei n. 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, inscreve a Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura de tais demandas.

Em 7 de outubro de 2009, foi editada a LC n. 132, que alterou dispositivos da LC n. 80/94 e regulamentou diversos segmentos de atuação da Defensoria Pública.

Com efeito, o art. 4º, em seus incisos VII e VIII, adota uma restrição à legitimidade da Defensoria Pública, de forma a compatibilizar, segundo a exposição de motivos, a Lei n. 11.448/2007 com os termos dos arts. 5º, LXXIV, e 134, ambos da CF/88.

Nesse passo, a Defensoria Pública pode manejar a ação civil pública quando o “resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” (art. 4º, VII) e “defender direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal” (art. 4º, VIII).

Digno de nota que, em posicionamento restritivo, o STJ⁴³⁵ decidiu que a Defensoria Pública não possui legitimidade extraordinária para ajuizar ação coletiva em favor de consumidores de plano de saúde particular que, em razão da mudança de faixa etária, teriam sofrido reajustes abusivos em seus contratos.

Tal decisão se fundou no fato de que o grupo protegido não se amoldaria ao requisito constitucional da insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CF), já que demonstrara capacidade para arcar com assistência de saúde privada.

Por outro lado, o STF concluiu, em maio de 2015, o julgamento da ADIn 3.943, na qual a Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP)

questionava a constitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Lei n. 11.448/2007.

O Plenário do STF, por unanimidade, reconheceu a legitimidade irrestrita da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública.

Em seu voto⁴³⁶, a Ministra Cármen Lúcia considerou que o aumento de atribuições da Defensoria Pública amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a LC n. 132/2009 e com as alterações promovidas pela EC n. 80/2014, que estenderam as atribuições da instituição. Ressaltou, ainda, que não há qualquer vedação constitucional para a proposição desse tipo de ação pela Defensoria, nem norma que atribua ao Ministério Público prerrogativa exclusiva para tanto.

No fim de 2015, em outra oportunidade⁴³⁷, o STF chancelou a importância da atuação da Defensoria Pública na tutela dos direitos coletivos.

8.5.2.2 Interesse processual em agir⁴³⁸

Refere-se à necessidade, utilidade e proveito da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito pleiteado e justifica-se na medida em que não convém ao Estado acionar o aparato judicial sem que dessa atividade possa ser extraído algum resultado útil.

O interesse processual não pode ser confundido com o interesse material, como bem anota Daniel Pontes⁴³⁹.

Há dissenso na doutrina quanto aos elementos que compõem o interesse. Para alguns, seria o binômio necessidade-utilidade⁴⁴⁰. Para outros, seria necessidade-adequação⁴⁴¹. E para uma terceira corrente, teríamos três elementos: a utilidade, a necessidade e a adequação⁴⁴².

Nesse sentido, a necessidade decorreria da impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a atuação do Estado (já que o ordenamento veda a autotutela)⁴⁴³, e a adequação, da relação existente entre os meios processuais escolhidos e o fim desejado. A utilidade revela a correlação entre

a pretensão do autor e a decisão judicial esperada.

Independentemente da discussão teórica e sem grande relevância prática, importante anotar que a jurisprudência vem evoluindo no que tange à avaliação do interesse em agir no caso concreto.

Veja-se, por exemplo, o caso das ações de revisão de benefício previdenciário sem a prévia provocação ao INSS na instância administrativa.

O STJ⁴⁴⁴ já decidiu que, para o ajuizamento de ação judicial em que se objetive a concessão de benefício previdenciário, dispensa-se, excepcionalmente, o prévio requerimento administrativo quando houver: i) recusa em seu recebimento por parte do INSS; ou

ii) resistência na concessão do benefício previdenciário, a qual se caracteriza: a) pela notória oposição da autarquia previdenciária à tese jurídica adotada pelo segurado; ou b) pela extrapolação da razoável duração do processo administrativo.

Nesse sentido, em regra, a falta de postulação administrativa de benefício previdenciário resulta em ausência de interesse processual dos que litigam diretamente no Poder Judiciário. Isso porque a pretensão, nesses casos, carece de elemento configurador de resistência pela autarquia previdenciária à pretensão.

Assim sendo, se não há conflito, não há lide e, dessa forma, não existe interesse de agir nessas situações⁴⁴⁵.

Finalmente, ficou assentado que a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.

O Tribunal deixou claro que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas, nem deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notório e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

8.5.2.3 *A exclusão da possibilidade jurídica do pedido do rol de condições para o regular exercício do direito de ação*

O Código de 1973 considerava a possibilidade jurídica do pedido como a terceira condição genérica para o regular exercício do direito de ação.

Seria a previsibilidade pelo direito objetivo da pretensão manifestada pelo autor, ou seja, é a admissibilidade, em abstrato, do provimento demandado.

A possibilidade jurídica do pedido está relacionada ao princípio da legalidade.

Deve ser aferida em dois aspectos:

1. *positivo (restritivo)*: pode-se pedir tudo aquilo que esteja expressamente previsto em lei. Aplicável ao Estado, Fazenda Pública no exercício de suas funções; 2. *negativo (extensivo)*: pode-se tudo o que não seja vedado por lei. O silêncio da lei é interpretado em favor da parte. Isso vale para os particulares.

Um exemplo clássico de impossibilidade jurídica do pedido existiu, entre nós, até 1977. Tratava-se do pedido de divórcio, que, então, era vedado pelo ordenamento jurídico. Com a aprovação da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), deixou de existir a vedação antes existente.

Outro exemplo comumente invocado pela doutrina é o da cobrança de dívida de jogo. Contudo, examinada com rigor essa hipótese, percebe-se que ela não ilustra a impossibilidade jurídica do pedido. Com efeito, o pedido que se formula diante de semelhante hipótese é lícito (condenação do réu ao pagamento de determinada quantia), encontrando-se a ilicitude apenas nos fundamentos invocados pelo autor.

Ora, o pedido fundado em negócio ilícito não priva o autor do exercício da ação, pois a ilicitude do fundamento do pedido formulado em uma ação de conhecimento conduzirá à sua improcedência. Assim, o juiz não estará privado do poder de declarar a inexistência do direito, já que haverá, em verdade, a ausência do direito do autor com base no negócio jurídico por ele

invocado⁴⁴⁶.

O CPC/2015, contudo, optou por retirar a possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação, que agora fica restrito à legitimidade e ao interesse, como se pode perceber da leitura dos arts. 17 e 485, VI.

Fredie Didier Jr.⁴⁴⁷, em trabalho disponibilizado no ano de 2006, já se manifestava sobre o desacerto de inserir a possibilidade jurídica do pedido no rol das condições da ação.

8.5.3 Condições específicas

Além das mencionadas condições genéricas, que devem estar presentes em todas as ações, há que se falar, ainda, nas condições específicas⁴⁴⁸, previstas para determinadas ações, como, por exemplo: i) Mandado de segurança: sua condição específica é o ajuizamento da ação no prazo máximo de 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (art. 23 da Lei n. 12.016/2010)⁴⁴⁹.

ii) Ação rescisória⁴⁵⁰ (ação especial utilizada para desconstituir a coisa julgada): duas são as condições específicas nesse caso: o depósito de 5% sobre o valor da causa pelo autor no momento em que ele propõe a demanda rescisória e o ajuizamento da demanda dentro do prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão.

Podemos, ainda, usar classificação diversa: a) condições positivas – deve-se convencer o juiz de sua existência (legitimidade *ad causam* e interesse em agir) para que haja o regular exercício do direito de ação; b) condições negativas – o autor deve provar a não ocorrência de questões preliminares (art. 337 do CPC/2015; exs.: coisa julgada, litispendência, preempção ou compromisso arbitral).

8.5.4 Aferição das condições da ação

É de se ressaltar, afinal, que as condições da ação devem ser aferidas *in*

status assertiones, ou seja, em face da afirmação constante da petição inicial⁴⁵¹. Isso porque se dos fatos afirmados pelo autor não puder vir a resultar o acolhimento do pedido, o autor não terá o direito ao exercício da jurisdição sobre o caso concreto, devendo ser julgado carecedor de ação.

No entanto, a asserção não é suficiente para demonstrar a presença das condições da ação. Na verdade, ela deve ser examinada em conjunto com as provas que instruem a petição inicial. É necessário um mínimo de provas a demonstrar a verossimilhança das asserções formuladas na petição inicial. Entendimento contrário permitiria a autolegitimação do exercício da ação e criaria a possibilidade de submeter o réu ao ônus de defender-se de uma demanda manifestamente inviável, na visão de Leonardo Greco⁴⁵².

Contudo, a posição que ainda hoje predomina na jurisprudência é a do exame das condições da maneira como estão dispostas na inicial, sem extensão probatória, pois, a partir do momento em que o juiz autoriza a produção de provas, já estará ingressando no mérito da causa. Não obstante já se levantam vozes a mitigar a intensidade dessa regra⁴⁵³.

Destaque-se que a carência de ação não se confunde com a improcedência do pedido, pois esta implica exame do mérito, impedindo a renovação da ação, enquanto aquela, uma vez reconhecida, não obsta a que o autor renove seu pedido por meio de um novo processo que preencha tais condições.

Assim, o exame das condições da ação não trata de um juízo de mérito, mas de um juízo sobre questões de direito material a partir da situação fática e concreta relatada pelo demandante como fundamento de sua pretensão, que deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e provas que evidenciem a possibilidade do acolhimento. Isso porque, da mesma forma que é garantido a todos o direito de ação, é também assegurado o direito constitucional daquele contra quem a ação é exercida de não ser molestado por uma demanda inviável⁴⁵⁴.

8.6 ELEMENTOS DA AÇÃO

Tendo em vista a multiplicidade de fatos e relações jurídicas submetidos à jurisdição, torna-se extremamente útil – e até mesmo necessário – que as ações sejam identificadas. Assim é que, segundo Leonardo Greco, os elementos de identificação das ações, como elementos da ação tomada no sentido de demanda, são um imperativo democrático, porque por intermédio da jurisdição o Estado intervém na vida e nos direitos dos particulares e “para que ela não venha a atuar mais de uma vez sobre a mesma controvérsia ou sobre o mesmo direito, é preciso identificar cada uma das suas atuações”.

Dessa forma, são elementos da ação as partes, a causa de pedir e o pedido.

8.6.1 Partes

São os sujeitos que figuram respectivamente como autor e como réu na relação processual. São aqueles que pedem e em relação a quem o provimento jurisdicional é pedido. São as partes da demanda. Além da identificação da identidade das partes litigantes, é preciso também que se verifique a qualidade com que a pessoa esteja litigando (em nome próprio no interesse próprio – o que configurará a legitimidade ordinária; ou em nome próprio no interesse alheio – e aí teremos a legitimidade extraordinária).

A regra no direito brasileiro é a legitimidade ordinária, segundo a qual o titular do direito material deve ser o autor da ação eventualmente ajuizada para tutelar esse mesmo direito.

Numa relação processual podemos encontrar, ainda, os institutos indicados a seguir.

8.6.1.1 *Litisconsórcio*

É a pluralidade de partes numa relação processual, isto é, a multiplicidade de pessoas em um ou em ambos os polos da relação processual. Nesse sentido, havendo litisconsórcio, encontraremos dois ou mais autores e/ou dois ou mais réus na mesma relação jurídica de direito processual. Assim, o litisconsórcio pode ser: 1. ativo: formado no polo ativo da relação processual

(dois ou mais autores);

2. passivo: ocorre no polo passivo da relação processual (dois ou mais réus);

3. misto ou recíproco: ocorre em ambos os polos da relação processual, implicando a presença de dois ou mais autores e dois ou mais réus no mesmo processo.

Além disso, o litisconsórcio pode ser facultativo ou necessário. O facultativo dependerá da vontade das partes, desde que preenchidos os requisitos legais, que serão examinados mais adiante.

Até 1994, não havia limitação quanto ao número de litisconsortes em cada relação. Com a reforma de 1994, por meio da Lei n. 8.952/94, foi acrescentado parágrafo único ao art. 46 do CPC/73, autorizando o juiz a limitar o número de litigantes no litisconsórcio facultativo, quando puder comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. A esse tipo de litisconsórcio facultativo dá-se o nome de litisconsórcio multitudinário. O CPC/2015 repete esse regramento no art. 113, § 1º.

Cumprе ressaltar que a lei não indica o número de litisconsortes, deixando sua determinação a cargo do juiz; aliás, conquanto seja recorrente na jurisprudência o número de dez litisconsortes, encontram-se também julgados admitindo número maior.

Ademais, havendo um grande número de pessoas afetadas e sendo o objeto de relevante valor social, o instrumento adequado a provocar a jurisdição será a ação coletiva (e não o litisconsórcio), tal como ocorre, por exemplo, com os direitos do consumidor (arts. 81 e s. da Lei n. 8.078/90), caso em que uma entidade legalmente legitimada irá representá-las no processo.

O litisconsórcio necessário, disposto no art. 114 do CPC/2015, ocorrerá por duas razões: por determinação de lei ou pela natureza da relação jurídica discutida no processo, qual seja uma relação jurídica una e indivisível – e,

portanto, incindível. Neste último caso, também por força dos limites subjetivos da coisa julgada, essa relação só pode ser alterada por inteiro, isto é, ou atinge a todos ou não atinge ninguém.

8.6.1.2 *Intervenção de terceiros*

Admite-se uma ampliação subjetiva da relação processual por meio do ingresso de pessoas no feito sob a condição de terceiros quando demonstrarem interesse jurídico.

Esse interesse caracteriza-se pela possibilidade de que a relação jurídica da qual o terceiro é titular venha a ser modificada por decisão judicial proferida em processo do qual ele não faz parte. Incluem-se no conceito de partes do processo.

Considera-se terceiro todo aquele que não é, originalmente, parte da demanda, ou seja, nem autor, nem réu na relação processual.

A intervenção pode ser voluntária ou forçada, e veremos essas hipóteses adiante.

8.6.2 *Causa de pedir ou *causa petendi**

Causa de pedir é o fato jurídico com todas as suas circunstâncias que fundamenta a demanda autoral (art. 319, III, do CPC/2015). Divide-se em causa de pedir próxima – fundamentos jurídicos que embasam o pedido – e causa de pedir remota – fatos constitutivos do direito do autor.

Nesse sentido, há duas correntes:

a) teoria da substanciação: a causa de pedir funda-se, eminentemente, nos fatos articulados pelo autor. Conquanto o Código exija a exposição, na petição inicial, dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, estes são menos relevantes, pois podem ser objeto de apreciação diversa por parte do magistrado; b) teoria da individualização: fazendo referência a uma causa de pedir próxima (que seriam os fundamentos jurídicos) e uma remota (que seriam os fatos), considerando ambas relevantes na tarefa de identificação da

demanda. A causa de pedir seria a qualificação jurídica dos fatos.

Nosso Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria da *substanciação*, segundo a qual se exige a descrição dos fatos – e não apenas a qualificação jurídica – de que decorre o direito alegado pelo autor, o que se contrapõe à teoria da *individualização*, pela qual não se faria necessária a exposição dos fatos, mas tão somente a afirmação da relação jurídica existente.

Há casos em que a fundamentação fática é bem simples, não gerando dúvidas, mas há outros em que a decisão do juiz depende justamente da posição fática. Exemplo: em caso de acidente de trânsito há uma discussão fática. Haverá condenação ao se determinar quem infringiu as regras de trânsito.

O CPC/2015, contudo, adota uma teoria híbrida, na medida em que eleva o contraditório também ao plano dos fundamentos jurídicos, como se depreende da leitura do art. 10.

Nesse passo, ganha especial atenção o requisito da petição inicial de descrever não apenas o fato, mas também o fundamento que embasa o pedido, uma vez que o magistrado não poderá alterá-lo *ex officio*, a menos que oferte prazo para que as partes se manifestem sobre o novo fundamento trazido aos autos.

8.6.3 Pedido

É o objeto da jurisdição que se divide em imediato – provimento jurisdicional solicitado ao juiz que pode ter natureza declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou cautelar – e mediato – bem da vida pretendido pelo autor, ou seja, o bem ou interesse que se busca assegurar por meio da prestação jurisdicional.

O pedido, de acordo com o CPC, como regra, deve ser certo e determinado (art. 322 do CPC/2015). Entretanto o próprio legislador admite algumas exceções em hipóteses nas quais, quando do início da demanda, tal precisão não puder ser exigida do autor, em respeito ao princípio da razoabilidade.

Essas hipóteses estão elencadas nos três incisos do art. 324, § 1º, do CPC/2015: “I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados;

II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”.

O pedido é sempre interpretado restritivamente, devendo o autor mencionar expressamente o que pretende, eis que o juiz estará adstrito ao princípio da inércia.

Exceção a essa regra são os chamados pedidos implícitos, ou seja, aqueles que podem ser deferidos pelo juízo ainda que não requeridos na inicial, como é o caso dos juros legais, da correção monetária e das verbas de sucumbência, inclusive dos honorários advocatícios (art. 322, § 1º), e das obrigações vincendas em relações de trato sucessivo (art. 323).

O autor pode cumular dois ou mais pedidos. Tal cumulação pode ser:

- i) simples (p. ex., dano moral e dano material);
- ii) alternativa (p. ex., obrigação de fazer ou compensação pecuniária pelo serviço não prestado);
- iii) eventual (p. ex., obrigação de fazer ou compensação pecuniária, mas com preferência expressa por uma delas, ficando a outra como residual, no caso de a primeira não poder ser atendida);
- e iv) sucessiva (p. ex., caso em que o deferimento do segundo depende do acolhimento do primeiro, como reconhecimento de paternidade e alimentos: o juiz só examinará o cabimento da verba alimentar se concluir pela presença do vínculo da paternidade).

Os requisitos para a cumulação de pedidos constam do § 1º do art. 327: i) que os pedidos sejam compatíveis entre si;

ii) que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

iii) que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

O próprio CPC ressalva que, quando houver previsão de procedimentos

distintos para cada pedido, a cumulação é possível desde que o autor empregue o procedimento ordinário (art. 327, § 2º).