



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL E
GESTÃO DO PROCESSO
HADLER GONDIM FERNANDES

CONDIÇÕES DA AÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Fortaleza–CE

2011

HADLER GONDIM FERNANDES

CONDIÇÕES DA AÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Monografia apresentada à Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil e Gestão do Processo, sob a orientação da professora Janaina Soares Noleto Castelo Branco.

Fortaleza–Ceará

2011

HADLER GONDIM FERNANDES

CONDIÇÕES DA AÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Pós-Graduação *lato sensu*, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil e Gestão do Processo.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professora Mestre Janaina Soares Noleto Castelo Branco.
Orientadora da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

Prof. Ms. Emílio de Medeiros Viana

Prof. Ms. Sidney Guerra Reginaldo

Aos meus queridos pais, por tornarem possível a minha pós-graduação e por sempre acreditarem na minha vitória.
À minhas irmãs, por todo apoio e carinho dedicado a mim ao longo de todos os anos de estudo.

AGRADECIMENTOS

À minha querida amiga Lívia Moreira, por compartilhar comigo todo seu conhecimento, e por todas as ajudas que me foram prestadas e que eu sei que não foram poucas. Por sempre acreditar em mim, me apoiando e me incentivando, nos bons e maus momentos.

À minha professora orientadora Janaina Soares Noletto Castelo Branco, pelo auxílio prestado na pesquisa e na elaboração do presente trabalho.

Ao Prof. Emílio de Medeiros Viana e ao Prof. Sidney Guerra Reginaldo, por aceitarem participar da Banca Examinadora desta monografia.

O homem pode criar o melhor sistema de justiça, mas ele valerá o quanto valham os homens que o aplicam.

Couture

RESUMO

O presente trabalho traz uma análise crítica quanto às condições da ação. O conceito de ação foi sendo modificado ao decorrer dos anos e diversas foram as teorias explicativas do direito de ação. A teoria da ação adotada em nosso ordenamento foi a teoria eclética de Liebman, caracterizada por ser uma teoria intermediária entre a teoria abstrata da ação e a teoria concreta do direito de ação. Para Liebman, o direito de ação é condicionado à presença de certos requisitos. Para essa teoria, só há ação e exercício da jurisdição se o autor tiver legitimidade para a causa, interesse de agir e se seu pedido for juridicamente possível. Faltando qualquer uma das condições da ação, há carência de ação e o processo deve ser extinto sem análise do mérito, não gerando a formação da coisa julgada material, permitindo, em tese, a repropositura da demanda. Desde a adoção da teoria de Liebman pelo Código de Processo Civil de 1973, diversas críticas surgiram quanto à categoria das condições da ação. Critica-se a sua natureza, se processual, se de mérito ou se categoria ímpar. Fazem-se críticas quanto à sentença que extingue o processo por carência de ação, que na verdade, contrariando o Código de Processo Civil, analisa o mérito do processo e faz coisa julgada material. Depois do grande número de críticas, surgiu uma teoria que visa melhor aplicar a teoria de Liebman ao direito processual brasileiro. É a chamada teoria da asserção, segundo a qual, o juiz deve verificar a presença das condições da ação tomando como verdadeiras as alegações trazidas pelo autor na inicial, independentemente de produção de provas. Se entender estarem presentes, nesse momento, as condições da ação, toda análise subsequente quanto à legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, será considerada como análise de mérito, devendo haver extinção do processo com resolução do mérito e consequente formação da coisa julgada material.

Palavras-chave Ação. Condição. Mérito. Asserção.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1 O DIREITO DE AÇÃO..... | 13 |
| 1.1 Acepções da palavra ação..... | 13 |
| 1.2 Teorias explicativas do direito de Ação..... | 14 |
| 1.2.1 Teoria civilista (ou imanentista)..... | 14 |
| 1.2.2 A polêmica entre Windscheid e Muther..... | 16 |
| 1.2.3 Teoria abstrata do direito de ação..... | 18 |
| 1.2.4 Teoria concreta do direito de ação..... | 20 |
| 1.2.5 Teoria da ação como direito potestativo..... | 21 |
| 1.2.6 Teoria eclética (ou das condições da ação)..... | 22 |
| 2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO..... | 27 |
| 2.1 Elementos da ação..... | 28 |
| 2.1.1 Partes..... | 28 |
| 2.1.2 Pedido..... | 29 |
| 2.1.3 Causa de pedir..... | 30 |
| 2.2 Análise das condições da ação..... | 31 |
| 2.2.1 Possibilidade jurídica do pedido..... | 31 |
| 2.2.2 Interesse de agir..... | 33 |
| 2.2.3 Legitimidade das partes..... | 37 |
| 3 COGNIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO..... | 41 |
| 3.1 Conceito de cognição..... | 42 |
| 3.2 Condições da ação ou requisitos para o provimento de mérito?..... | 43 |
| 3.3 Fundamento para a existência das condições da ação..... | 44 |
| 3.4 A análise das condições da ação segundo o CPC/73..... | 45 |
| 3.5 A carência de ação e a extinção do processo..... | 46 |
| 3.6 O mérito do processo e as condições da ação..... | 50 |
| 3.7 Momento de verificação das condições da ação e a teoria da asserção..... | 57 |
| CONCLUSÃO..... | 65 |
| REFERÊNCIAS..... | 67 |

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa monográfica tem como objeto fazer uma análise sobre o instituto das condições da ação, questionando o instituto quanto a sua existência e natureza jurídica, e observando as consequências geradas em decorrência da sua aplicação, pelo nosso atual ordenamento jurídico, à luz do direito constitucional de ação.

O direito de ação é um dos temas jurídicos que sempre causou debates na doutrina e jurisprudência ao longo de toda a história da ciência jurídica. Diversas concepções do direito de ação já foram adotadas, e mesmo nos dias atuais, ainda há confusão entre as concepções existentes no tocante ao conceito de ação.

Desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, e da adoção da Teoria eclética de Liebman, alguns doutrinadores têm feito diversas críticas ao instituto das condições da ação, embora a grande maioria da doutrina siga fielmente seus ditames.

Alguns doutrinadores criticam a existência em nosso ordenamento jurídico das condições da ação como categoria autônoma, entendendo que a análise do magistrado deve se resumir apenas quanto ao processo, analisando os pressupostos processuais, e quanto ao mérito, analisando os pedidos feitos pelas partes na demanda.

Outros criticam afirmando que o juiz ao analisar a presença ou não das condições da ação, estaria na verdade analisando o mérito do processo. E em razão disso, o processo que carece de uma das condições da ação deveria ser extinto com resolução do mérito, e não sem a análise do mérito, como determina o art. 267, VI, do CPC.

Com diversas críticas surgindo ao longo dos anos, uma corrente doutrinária ganhou força em nosso País. Diversos doutrinadores e julgadores começaram a adotar uma teoria denominada de teoria da asserção, que prega uma consequência diferente para a sentença que extingue o processo por carência de

ação, a depender do momento processual de análise pelo magistrado, podendo gerar uma extinção com ou sem resolução de mérito.

Nota-se, dessa forma, a relevância do tema proposto. O direito de ação é um direito garantido constitucionalmente a todo e qualquer indivíduo (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988), e qualquer limitação existente, como as condições da ação, deve ser estudada com bastante atenção, em observância ao princípio do acesso à justiça, ao princípio da duração razoável do processo, da economia processual e ao princípio da efetividade.

Cumpra-se, então, verificar a pertinência do tema abordado e observar as inovações propostas por este instituto, considerando a sua repercussão social e a necessidade de sua aplicação paulatina e gradativa, conforme exige a dinâmica social.

Para fins didáticos, a presente monografia divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir.

No primeiro capítulo aborda-se o conceito do direito de ação desenvolvido ao longo dos anos pela ciência jurídica, iniciando pela teoria civilista, a qual não separava o direito civil do direito processual, não aceitando este último como ciência autônoma, passando, por exemplo, pelas teorias abstrata e concreta e chegando ao fim na teoria eclética de Liebman, a qual é adotada pelo nosso atual CPC. Essa última é a responsável pela criação da categoria jurídica das condições da ação, como forma de limitação do direito de ação, pois para Liebman, não haverá direito de ação se não estiverem presentes qualquer das condições da ação.

No segundo capítulo, analisa-se de forma mais aprofundada as três condições da ação, segundo a teoria de Liebman: Possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa. Analisam-se também, nesse momento, os três elementos identificadores da demanda: Partes, pedido e causa de pedir, pois se entende que as três condições da ação possuem íntima relação com os elementos da demanda.

No terceiro capítulo, faz-se uma crítica ao instituto das condições da ação. Após demonstrar a natureza jurídica das condições da ação segundo o nosso atual

CPC, verifica-se se a análise das condições da ação pelo magistrado não se confundiria com a análise do mérito. Analisa-se se a sentença que extingue o processo por carência de ação é uma sentença definitiva ou terminativa, se faz coisa julgada formal ou material. Verifica-se, também, de forma crítica, qual seria a natureza da decisão que ao final do processo, após a audiência de instrução, o juiz extingue o processo por carência de ação. Se adotarmos a teoria de Liebman, que somente admite a existência da ação se presente as condições da ação, o que haveria tido até o momento da prolação dessa decisão? Não houve ação? Não houve jurisdição? Após, analisa-se a teoria da asserção que vem ganhando grande prestígio entre os processualistas brasileiros, e que adota duas espécies de natureza jurídica para a sentença que extingue o processo por carência de ação, a depender do momento processual. Se a extinção se dá no início do processo, a sentença será terminativa, não analisando o mérito e não fazendo coisa julgada formal. Se acontecer ao final do processo, após o saneamento ou instrução probatória, a sentença será definitiva, de mérito, fazendo coisa julgada material.

Ao final, expõem-se as conclusões deste estudo, refletindo-se acerca da necessidade de extirpação das condições da ação como categoria autônoma de nosso ordenamento jurídico, ou um novo repensar, entendendo-as como análise de mérito.

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar as condições da ação como categoria autônoma, e as suas consequências quando da análise do magistrado no processo, trazendo diversas críticas ao instituto de forma a se buscar a melhor prestação jurisdicional. Os objetivos específicos são: Analisar qual o conceito de ação adotado, atualmente, em nosso ordenamento jurídico, e qual o mais adequado ao nosso sistema processual; Verificar se a análise da presença ou não das condições da ação se confunde com uma análise de mérito; Verificar qual é o momento processual adequado em que o juiz deve analisar as condições da ação e a consequência na forma como o processo será extinto; Se a sentença que extingue o processo por carência de ação é uma sentença definitiva ou terminativa, fazendo ou não coisa julgada material; Analisar a adoção crescente em nossa doutrina e jurisprudência da teoria da asserção e quais os benefícios e críticas advindos de sua utilização.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, descrevendo, explicando, classificando e esclarecendo o problema apresentado; e exploratória, uma vez que procura aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

1 O DIREITO DE AÇÃO

1.1 Acepções da palavra ação

Antes de conceituar o direito de ação, devemos fazer algumas considerações quanto as possíveis acepções da palavra ação. Seguiremos, neste momento, a doutrina que entende que a palavra ação possui três importantes acepções: a acepção constitucional, a material e a processual (DIDIER, 2009).

Em sua acepção constitucional, a palavra ação é utilizada como sinônimo do direito fundamental de acesso à justiça. Tem vinculação com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em um conceito simplório, porém ainda bastante utilizado, o direito de ação, na acepção constitucional, pode ser compreendido como o direito de buscar o Poder Judiciário para satisfazer um direito pessoal. Hodiernamente, o acesso à justiça tem um sentido bem mais amplo, qual seja garantir o acesso a um ordenamento jurídico criador de sentenças socialmente justas (RODRIGUES, 1994).

O direito de ação na acepção constitucional é uma situação jurídica constitucional que confere ao seu titular o direito a um processo devidamente adequado, tempestivo, efetivo e leal em que se respeitem todas as garantias processuais como a ampla defesa, o juiz natural e o contraditório (DIDIER, 2009). Trata-se de um direito fundamental, público, autônomo e abstrato, no qual é possível levar ao conhecimento do Poder Judiciário qualquer situação fática e jurídica, não se referindo a nenhuma situação concreta visto que o direito de ação não se confunde com o direito que se afirma em juízo. Além disso, trata-se de um direito com conteúdo complexo, pois não se esgota com a simples ida ao Judiciário.

A segunda acepção da palavra ação compreende um sentido material, o qual está relacionado a um momento histórico em que não havia distinção límpida entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material no processo deduzida.

A ação, de acordo com a acepção material, é o próprio direito material violado, cujo exercício se dava perante os tribunais da época. Esta vinculação do direito de ação ao direito material ainda é bastante visível nas leis civis, que vez por outra fala que alguém “tem ação contra” outrem (DIDIER, 2009, p. 175).

De acordo com a concepção processual, a palavra ação pode ser compreendida como sinônimo de demanda, sendo utilizada no sentido de ato e não como um direito abstrato.

A demanda é definida como o exercício do direito de ir a juízo (acepção constitucional da palavra ação) pelo qual se afirma algum direito (acepção material da palavra ação).

A demanda é sempre concreta, pois em toda demanda há a afirmação de um direito. A *Res in iudicium deducta* (aquilo que foi deduzida em juízo) é o problema posto pela demanda para ser resolvido, ou seja, o mérito da causa.

Terminada a exposição quanto as principais acepções da palavra ação, passaremos a análise das diversas teorias já existentes que debateram o significado e conceito do direito de ação.

1.2 Teorias explicativas do direito de ação

Não é o escopo desse estudo dissecar todas as teorias existentes ao longo da história. Dessa forma, o presente trabalho tem como intuito analisar as teorias de maior importância para o direito processual civil.

1.2.1 Teoria civilista (ou imanentista)

A teoria civilista, também denominada de teoria imanentista da ação, advém do direito romano, época em que não havia separação científica entre direito material e direito processual. O direito processual não era considerado como ciência

autônoma, sendo tratado apenas como mero apêndice do direito civil (CÂMARA, 2011).

Para os adeptos da teoria civilista, a ação se prendia ao direito que por ela se tutela. Não se fala em ação sem direito nem em direito sem ação. A ação segue apenas a natureza do direito material (SANTOS, 2011).

A doutrina naquela época recorria às definições romanistas do jurista Celso, o qual dizia que “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido”. Tanto na Itália quanto na França, a doutrina admitia o ditado supracitado do jurista romano Celso, com apenas uma observação: ao lado da expressão “o que lhe é devido” deveria vir juntamente a expressão “ou o que é seu” para que, desta maneira, a abrangência não se limitasse aos direitos obrigacionais ou direito a prestação, mas, também, aos direitos reais (MARINONI, 2010).

Pode-se afirmar que, naquela época, os autores consideravam que a ação e o direito eram somente uma e a mesma coisa sob ângulos diferentes (MARINONI, 2010):

Era nesse sentido a fórmula, que ficou célebre, de Demolombe: a ação “é o direito posto em movimento, é o direito em estado de ação em vez de ser o direito em estado de descanso, o direito em guerra em vez de o direito em paz”. Assim como a de Garsonnet, embora mais sucinta: “A ação não é outra coisa que não o próprio direito”. Tais conceitos são heranças da concepção processual do direito romano (MARINONI, 2010, p. 162).

De acordo com Beviláqua (1972), a ação é um elemento constitutivo do direito subjetivo e é o mesmo direito em atitude de defesa. Por este ser o entendimento de Clóvis Beviláqua (1972), o qual foi o escritor do anteprojeto do Código Civil de 1916, observa-se que esta foi a teoria adotada pelo Código Civil de 1916, conforme dispõe o seu artigo 75: “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Assim sendo, conclui-se que, nessa época, a ação nada mais era do que uma manifestação do direito material, ou seja, era a forma como se manifestava o direito material após sofrer uma lesão, sendo a realização do próprio direito em uma posição defensiva (CÂMARA, 2010; SANTOS, 2010).

Com o passar dos anos, a teoria civilista não prosperou devido ao fato de não distinguir o direito material do direito processual quanto à definição do direito de ação. No decorrer do século XIX, surge a polêmica de Windscheid x Muther, a qual conseguiu superar a teoria imanentista da ação.

1.2.2 A polêmica entre Windscheid e Muther

O início da desvinculação do conceito de ação do conceito de direito material, defendido pelos adeptos da teoria civilista, ocorreu com a polêmica entre os juristas Bernhard Windscheid e Teodor Muther, no ano de 1856.

A publicação da obra intitulada “A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito atual” por Windscheid em 1856 foi o marco inicial dos debates acerca da natureza jurídica ação. Antes dessa época, a doutrina era acomodada com a definição posta pelo jurista romano Celso (ALVIM, 2001).

Alvim (2001) afirma que a monografia de Windscheid agitou as águas estancadas ao procurar demonstrar que o conceito de *actio* não coincidia em absoluto com o conceito de ação (klage) do moderno direito germânico.

Ao discutir o paralelismo entre a *actio* romana e a ação moderna (klage), e a coordenação da *actio* com o direito subjetivo substancial, cuja tutela ela assegurava, abriu um debate que não se pode dizer encerrado (CARREIRA ALVIM, 2001, p. 104).

Ainda de acordo com Alvim (2001):

O ordenamento jurídico não diz ao indivíduo: tens tal e tal direito, senão tens tal e tal *actio*. Não se diz, “nesta relação, tua vontade é lei para os demais”, senão, “nesta relação podes fazer valer tua vontade, frente aos demais, senão um ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis. Confere direitos ao autorizar a persecução judicial. A *actio* não é algo derivado, senão algo originário e autônomo (CARREIRA ALVIM, 2001, p. 105).

Conforme os ensinamentos de Dinamarco (2010), Windscheid tentou demonstrar em sua obra como os sistemas jurídicos romano e moderno seriam diversos, pontuando que o sistema romano era um sistema de *actiones* não alcançando o direito senão através de *actio*.

Windscheid determinou um paralelo entre o que seria a *actio* e a ação moderna, o qual foi denominado na Alemanha de *Klagerecht*. Concluiu que a *actio*

representa um fenômeno que no direito moderno equivaleria ao conceito de pretensão, denominado à época de *Anspruch* (DINAMARCO, 2010).

Diferentemente do que acontecia na Itália e na França, os juristas alemães não se preocupavam apenas com a *actio* romana, mas também com a *Klage* ou *Klagerecht*, que é compreendida como direito de queixa ou direito de ação (MARINONI, 2010).

A *actio* e a *Klage*, embora ligadas à busca da realização do direito por intermédio do juiz, permitiam diferenciação, pois a *actio* era voltada contra o obrigado e a *Klage* se dirigia contra o Estado (MARINONI, 2010, p.163).

De acordo com Windscheid, a *actio* nada mais era do que o direito é no direito moderno, pois o direito romano não dizia que alguém tinha um direito, mas sim que este alguém possuía uma *actio*, ou seja, a *actio* romana não era um meio de defesa de um direito e, sim, o próprio direito (MARINONI, 2010).

Quando um indivíduo afirma que possui um *actio*, significa que alguém tem uma pretensão, também denominada pela doutrina alemã, conforme já mencionado acima, de *Anspruch* (ALVIM, 2001).

Nesse sentido, Marinoni (2010) assevera que:

Windscheid conclui que a pretensão é o equivalente moderno da *actio*, delineando-a como uma situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo, do qual é uma emanção que funda a possibilidade de o autor exigir a realização judicial do seu direito (MARINONI, 2010, p. 165).

No ano de 1857, Theodor Muther publicou, em revide a Windscheid, uma obra intitulada “Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações”.

Contrariando os preceitos de Windscheid, Murther procurou sustentar que havia perfeita coincidência entre a *actio* romana e a *klage* germânica ao defender que a ordenação romana era de direito, diferentemente do defendido por Windscheid, que entendia que a ordenação romana era uma ordenação de pretensões.

Murther alegava que quem detinha o direito a formula deveria também ter o direito subjetivo, que seria o próprio fundamento do direito à formula. Dessa forma,

a *actio* seria a pretensão do titular frente ao magistrado a fim de que este lhe confira uma fórmula para o caso de seu direito ser lesado (ALVIM, 2001).

De acordo com Muther, desde o direito romano se podia conceber que ligado a um “direito originário” havia um direito contra o Estado, de modo que também no direito moderno, diante da ideia de *klagerecht*, existiria um direito de agir autônomo em relação ao direito originário, ainda que a ele vinculado. Esse direito de agir, além de gerar ao Estado o dever de prestar a tutela ao autor, fundaria o direito de o Estado exercer contra o réu a coação necessária para alcançar o cumprimento da sua obrigação. O direito de agir se destina a fazer com que o Estado exerça o seu direito contra o obrigado e, por mais essa razão, tem uma clara ligação com o direito material do autor contra o réu (MARINONI, 2010, p. 166).

Diante do exposto, pode-se concluir que para Murther, o direito de ação, posto não se confunda com o direito material, tem ele como pressuposto.

Então, foi a partir dessa época que a doutrina passou a admitir a separação entre o direito material e o direito processual, passando a serem compreendidos como autônomos e distintos, abandonando-se a concepção civilística de que o direito processual era apenas uma face do direito material.

1.2.3 Teoria abstrata do direito de ação

A teoria abstrata do direito de ação teve como principais defensores o alemão Heinrich Degenkolb e o húngaro Alexander Plósz.

Com o entendimento de que o direito de ação é autônomo do direito material, os defensores dessa teoria começaram a estudar a ocasião em que o autor, após ingressar com uma demanda no Poder Judiciário, depara-se com uma sentença de improcedência do pedido ao final do processo.

Diante dessa situação, os defensores da teoria abstrata do direito de ação passaram a sustentar que o referido direito, além de autônomo, poderia também ser caracterizado como abstrato, ou seja, independente da procedência do pedido e do reconhecimento do direito material alegado.

O direito de ação foi definido por Degenkolb como o direito subjetivo público, o qual corresponde a todo aquele que de boa-fé creia ter razão para ser ouvido em juízo e obrigar o adversário a apresentar-se (ALVIM, 2001).

Discorrendo sobre a teoria de Degenkolb, Marinoni (2010) afirma que:

Diz que, em face de qualquer conflito, um dos litigantes tem o poder de levar o outro para diante do juiz e, assim, que o réu tem a obrigação de participar do processo. O que obriga o réu a participar do processo é o direito de agir, que nada tem a ver com o direito material. O fundamento desse direito de agir é a própria personalidade do autor, porque dessa vem a consciência ou a convicção subjetiva ao direito, ou mais precisamente a aspiração ao direito, o direito ao direito, em relação ao qual a efetiva existência do direito material é meramente accidental (MARINONI, 2010, p. 166).

O húngaro Plósz acolheu a tese de Degenkolb entendendo que o direito abstrato de ação ou o *Klagerecht* exige apenas a boa-fé do autor. Admitiu a natureza pública do direito de ação, considerando-o como de caráter público, pois dirigido à obtenção de uma sentença, independentemente de o demandante ter ou não o direito material alegado (ALVIM, 2001).

Nesse sentido, Couture apud Alvim (2001) traz a brilhante explanação da teoria de Degebkolb ao afirmar que:

Este escritor demonstrou de que maneira a ação civil, autônoma em relação ao direito, pode carecer de fundamento. Quando o demandante promove sua demanda ante o tribunal, pode não ter razão, e, sem embargo, ninguém discutirá seu direito de dirigir-se ao tribunal, pedindo-lhe uma sentença favorável. O que o demandado poderá negar-lhe é seu direito de obter uma sentença favorável, mas nunca seu direito de comparecer antes o tribunal. Este é um direito que pertence ainda aos que não tem razão. Seria verdadeiramente milagroso, se não fosse um fato completamente familiar na vida do tribunal, que, durante o processo, ninguém tivesse razão. Só a sentença haverá de decidi-lo. O estado de incerteza é inerente a este fenômeno que denominamos processo (COUTURE apud ALVIM, 2001, p. 110).

A crítica feita pela doutrina à teoria de Degenkolb e Plósz foi quanto a necessidade de boa-fé do demandante em relação à crença de possuir o direito material alegado (MARINONI, 2010).

Rebatendo o defeito da teoria de Degenkolb e Plósz e acolhendo o cerne de suas doutrinas, surgiu a teoria de Lodovico Mortara. A teoria proposta por Mortara se assemelha às de Degenkolb e Plósz, entendendo também que o direito de ação, além de autônomo em relação ao direito material, é abstrato, não dependendo do reconhecimento da existência do direito material alegado (MARINONI, 2010).

Essa nova teoria se diferencia das teorias de Degenkolb e Plósz ao entender que o direito de ação é garantido não somente aquele que esteja em um

estado de boa-fé quanto à existência de seu direito material, mas a qualquer um que simplesmente alegue a existência desse direito.

Marinoni (2010), ao sintetizar a doutrina de Mortara, afirma que:

Mortara anuncia, assim, que o direito de agir, além de nada ter a ver com o reconhecimento do direito material, dispensa a ideia de boa-fé do autor, fundando-se em uma afirmação de direito que decorre do contraste de duas posições ou da negação da vontade indispensável ao reconhecimento do direito subjetivo (MARINONI, 2010, p.168).

A partir da teoria abstrata do direito de ação, este passa a ser visto como um direito autônomo, abstrato e subjetivo, exercido para que o Estado preste a tutela jurisdicional.

1.2.4 Teoria concreta do direito de ação

A teoria concreta do direito de ação foi desenvolvida por Adolf Wach, quando em 1885 publicou o seu Manual de Direito Processual Civil e, em seguida, em 1888, publicou uma monografia sobre ação declaratória, considerando a ação como um direito autônomo, separado do direito substancial ou material.

Seguindo a linha de pensamento de Muther, Wach buscou demonstrar a autonomia do direito de ação, sustentando que não há confusão entre este e o direito material discutido.

De acordo com Wach, o direito de ação é um direito público dirigido contra o Estado, o qual tem a obrigação de prestá-lo, e contra o réu, que está obrigado a acatá-lo, suportando seus efeitos. Formar-se-iam assim, duas relações, uma processual e outra material (ALVIM, 2001).

Wach afirmava que o direito de agir, posto de caráter autônomo, só competia aquele que era titular de interesse real e não imaginário. Daí a titulação da teoria da ação como direito concreto.

Para Wach, entretanto, embora autônomo, na medida em que não nasce juntamente com o direito material, nem deste por sua vez decorra (como na ação declaratória negativa), o direito de ação só compete a quem é titular de um interesse real e não imaginário. Segundo Wach, o direito de ação, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele haverá de decorrer, sempre e necessariamente, à exceção da hipótese de ação declaratória negativa. Assim, distingue os dois direitos, mas o segundo

nascerá depois do primeiro quer da violação deste, ou da ameaça ao mesmo (SILVA; GOMES, 2006, p. 103).

Ocorre que, para Wach, o direito de ação, embora não nasça junto com o direito subjetivo material, dele deverá decorrer, salvo na hipótese da ação declaratória negativa. Assim, o direito de ação somente nasceria depois de violado ou ameaçado o direito material, o que só pode conduzir a uma sentença favorável (ALVIM, 2001).

Segundo Wach, a ação, direito autônomo, com base no direito subjetivo material ou num interesse, se dirige contra o Estado e contra o adversário, visando à tutela jurisdicional. Direito subjetivo público contra o Estado, como obrigado à prestação da tutela jurisdicional. Entretanto, a tutela jurisdicional deverá conter-se numa sentença favorável [...] Daí a denominação: teoria do direito concreto à tutela jurídica (SANTOS, 2011, p.183).

A crítica à teoria de Wach recaiu sobre a alegação deste de que a ação, embora distinta do direito subjetivo material, pressupõe a existência desse direito e corresponde a quem tem direito a uma sentença favorável.

1.2.5 Teoria da ação como direito potestativo

Em 1903, Giuseppe Chiovenda desenvolveu a teoria da ação como direito potestativo ao proferir na Universidade de Bolonha uma conferência com o tema “A ação no sistema dos direitos”, momento em que conceituou o direito de ação como o poder de criar a condição para a atuação da vontade da lei, incluindo o direito de ação como espécie dos denominados direitos potestativos (ALVIM, 2001).

Antes de aprofundar o estudo da teoria de Chiovenda, é importante fazer referência ao significado de direitos potestativos. Direito potestativo, contrapondo-se aos direitos a uma prestação, é o direito que alguém tem de interferir na situação jurídica de outrem, criando, alterando ou extinguindo situações jurídicas.

O direito potestativo não corresponde a nenhuma prestação devida pelo sujeito passivo. O sujeito passivo simplesmente se submete a uma transformação na sua situação jurídica, sem poder ter de fazer nada (DIDIER, 2009).

Em razão disso, os direitos potestativos não podem ser lesados. Não existe inadimplemento, lesão de um direito potestativo. Não há que se falar em prescrição. Fala-se em decadência. Não se pode falar, também, em execução de um

direito potestativo. Não se executa, pois não há necessidade da prática de nenhum ato material para efetivá-lo.

Para Chiovenda, o direito de ação, ao contrário do que afirmava Wach, não é um direito que se dirija contra o Estado, mas um direito de provocar a atividade jurisdicional em face do adversário, para que este último se sujeite aos efeitos da lei.

Como coloca Santos (2011):

Não há direito de ação contra o Estado. O titular do direito de ação tem o direito, que é ao mesmo tempo um poder, de produzir, em seu favor, o efeito de fazer funcionar a atividade jurisdicional do Estado, em relação ao adversário, sem que este possa obstar aquele efeito. O direito de ação é um direito potestativo, um direito de poder (Kann Rechte), como tal entendendo-se o direito tendente à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e com ônus para outro, o qual nada deve fazer, mas, por sua vez, nada pode fazer a fim de evitar tal efeito, ficando sujeito à sua produção (SANTOS, 2011, p.183).

A ação é o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei (CHIOVENDA, 2002).

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública (CHIOVENDA, 2002, p. 42).

Para Chiovenda, ação é um poder em face do adversário, como já afirmado anteriormente, que depende de uma sentença favorável, ou seja, necessita de uma sentença que declare a vontade da lei, pois somente desta é que podem ser projetados os efeitos jurídicos (MARINONI, 2010).

1.2.6 Teoria eclética (ou das condições da ação)

A teoria eclética ou das condições da ação foi desenvolvida por Enrico Tullio Liebman, em 1949, ano em que apresentou na Universidade de Turim, na Itália, a sua teoria a respeito da ação.

É preciso distinguir dois direitos: um atinente à possibilidade de se demandar ao Poder Judiciário, o que hoje pode ser denominado como direito de

acesso à justiça, e o outro direito relativo à possibilidade de o demandante receber uma sentença de mérito. O primeiro possui uma natureza constitucional, enquanto que, para o segundo, atribuiu-se uma natureza processual (LIEBMAN, 1985).

Libeman tentou conciliar as teorias abstrativistas e concretistas do direito de ação, na medida em que buscou separar o direito de ação do poder de agir em juízo. Enquanto o poder de agir em juízo seria o poder de demandar perante o Poder Judiciário e reconhecido a todos os indivíduos, o direito de ação seria o direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo.

Discorrendo sobre o direito constitucional de se demandar perante o Poder Judiciário, Liebman (1985) afirma que:

[...] o poder de agir em juízo é reconhecido a todos e vimos também a razão dessa ilimitada abertura: uma garantia constitucionalmente instituída, que é reflexo *ex parte subiecti* das instituições dos tribunais pelo Estado; eles tem a tarefa de dar justiça a quem pedir e por isso uma das regras fundamentais do nosso ordenamento constitucional assegura a todos a possibilidade de levar-lhes a sua pretensão a obtê-la, com isso fazendo que o juiz venha a examinar o seu caso. [...] esse poder pertence à categoria dos direitos cívicos; ele é absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível, não se ligando a qualquer situação concreta (LIEBMAN, 1985, p. 150).

Como já afirmado, esse poder de demandar perante o Poder Judiciário não se confunde com o conceito de ação proposto por Liebman. Para Liebman, a ação, embora fundada no direito constitucional do acesso a justiça, denominado por Liebman como “poder de agir em juízo”, nada tem de genérica. Ao contrário do direito de acesso a justiça, a ação guarda íntima relação com a situação concreta, decorrente da alegada lesão ou ameaça de lesão ao direito subjetivo do titular (MARINONI, 2010).

Como direito ao processo e ao julgamento de mérito, não garante um resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu. Só com o exercício da ação se saberá se o autor tem ou não razão: só correndo o risco de perder, poderá ele procurar a vitória (LIEBMAN, 1985, p.151).

Dessa forma, a ação é definida como o direito ao julgamento de mérito, independentemente de sentença favorável ou desfavorável para o autor. O que é imprescindível é a presença das condições da ação, que a princípio, para o referido

autor, eram três: Possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam* (LIEBMAN, 1985).

Vale ressaltar a observação feita por Cândido Rangel Dinamarco, em nota de rodapé, quando da tradução da obra de Liebman (1985, p. 160), o qual afirma que, até a segunda edição do Manual de Processo Civil de Liebman, este autor referia-se às três condições da ação aqui já expostas.

Entretanto, a partir da 3ª edição de seu manual, Liebman passou a não mais considerar a possibilidade jurídica como uma condição da ação em virtude de ter entrado em vigor, na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio, pois este era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda trazido pelo autor, ficando Liebman desencorajado a continuar incluindo a possibilidade jurídica entre as condições da ação.

Em sua passagem pelo Brasil, Liebman influenciou grandes juristas brasileiros como Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, entre outros. O jurista Alfredo Buzaid, um de seus discípulos, foi o responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, razão pela qual, o mencionado Código teve grande influência da teoria de Liebman.

No mesmo ano de 1973, em que fora publicado o Código de Processo Civil Brasileiro, consagrando a teoria de Liebman quanto às três condições da ação, foi o mesmo ano em que Liebman modificou seu posicionamento, não mais incluindo a possibilidade jurídica entre as condições da ação.

Embora o pai da ideia tenha modificado seu entendimento quanto à inclusão da possibilidade jurídica do pedido entre as condições da ação, os juristas brasileiros, principalmente Alfredo Buzaid, não foram informados a tempo de reestruturar o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, razão pela qual, até a presente data, o atual CPC de 1973 ainda traz em seu texto a referência a três condições da ação.

Quando há a falta de qualquer uma das condições da ação, ainda que somente uma, diz-se que ocorreu carência de ação. Neste caso, deve o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido (LIEBMAN, 1985).

De acordo com Alvim (2001), para Liebman, se as três condições da ação estão presentes:

[...] a ação deve considerar-se existente, como direito de provocar o exame e a decisão do mérito, tanto favorável quanto desfavorável, acolhida ou rejeitada a demanda. O resultado do juízo, por sua vez, depende do fato de o autor ter ou não direito (mérito), ou seja, que exista ou não o direito substancial ou a situação jurídica afirmada em juízo. Se o autor tiver razão, além de existente, a ação será fundada (ALVIM, 2001, p.122).

Pode-se concluir, assim, que para Liebman, a ação, posto não dependa de uma sentença de procedência do pedido, somente existirá quando as condições da ação estiverem presentes. Não estando presente qualquer uma das condições da ação, não haverá ação e nem jurisdição, pois, para o referido autor, entre ação e jurisdição, há uma correlação, não existindo uma sem existir a outra.

À luz do disposto no artigo 3º e no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973, pode-se afirmar que a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico foi a teoria eclética de Liebman, segundo a qual o direito de ação é o direito a uma decisão de mérito, que está condicionada ao preenchimento de determinadas condições que serão conferidas pelo magistrado à luz da relação jurídica material exposta em juízo.

O atual CPC primeiramente menciona as condições da ação no art. 3º, que embora adotando a teoria de Liebman, traz em seu texto apenas a menção ao interesse processual e à legitimidade. Em outro momento, no art. 267, VI, o CPC ao elencar as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, traz menção também a possibilidade jurídica do pedido ao dizer que: “extingue-se o processo, sem resolução do mérito quando concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

A partir da formulação da teoria eclética de Liebman, foram surgindo algumas críticas a essa teoria, tais como as expostas abaixo:

Eis a síntese dos problemas doutrinários que surgem da adoção da teoria da ação proposta por Liebman: a) Em caso de carência de ação, não haveria direito de ação? E o que teria acontecido até o momento em que a sentença de carência foi prolatada? b) a sentença de carência de ação faz ou não coisa julgada material? c) é possível examinar a presença das condições da ação a qualquer tempo, mesmo que isso dependa de instrução probatória? (DIDIER, 2005, p.209).

A teoria eclética da ação não consegue responder a duas perguntas: a) qual a natureza jurídica do ato que extingue o processo por carência de ação? b) se não houve ação, por que o Estado se manifestou para aplicar o direito objetivo e impedir o curso regular do processo? c) o que justificaria, então, já que não houve ação, a movimentação do aparelho jurisdicional? (DIDIER, 2005, p.210-211).

Estes questionamentos serão analisados em momento oportuno, mais precisamente no último capítulo do presente trabalho.

Para concluir, é importante mencionar que o capítulo subsequente abordará um estudo detalhado com a definição de cada condição da ação.

2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Este capítulo terá como base a teoria eclética, a qual é adotada por Liebman e pelo CPC de 1973.

Como já foi preceituado neste trabalho, as condições da ação são requisitos para a existência da ação e da jurisdição e para que o processo tenha ao final uma sentença de mérito. Na ausência de qualquer um desses requisitos, não existe ação nem atuação da jurisdição e surge o fenômeno denominado “carência de ação”, gerando a prolação de uma sentença terminativa, ou seja, uma sentença sem resolução do mérito (LIEBMAN, 1985).

[...] são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido [demanda] para acolhê-lo ou rejeitá-lo. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [concreta *fattispecie*] deduzida em juízo. Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa (LIEBMAN, 1985, p. 154).

Antes de adentrar no estudo de cada condição da ação, é válido afirmar que há autores que defendem que a existência de exatamente três condições da ação não foi feita de forma aleatória (DIDIER, 2005, p. 290).

As três condições da ação guardam estreita ligação com os três elementos da ação, os quais são parte, causa de pedir e pedido. Observa-se também que esses três elementos da ação possuem correlação com os três elementos de uma relação jurídica, quais sejam, sujeito, fato e objeto (DIDIER, 2005). Além do mais, pode-se citar o fato de que a parte geral do Código Civil Brasileiro de 2002 é dividida em três: Das pessoas; Dos bens e dos Fatos jurídicos.

Dessa forma, infere-se que existem três elementos da ação porque são três elementos da relação jurídica e são três condições da ação porque são três elementos da ação.

2.1 Elementos da ação:

É necessário explicitar os elementos que compõe a ação, pois os mesmos trazem estreita relação com as condições da ação. Todavia, é válido salutar que a análise desses elementos será feita de forma breve para a melhor compreensão do presente trabalho e para não haver uma fuga do tema proposto.

Toda ação compõe-se de três elementos que a individualiza no caso concreto. São elementos da ação: parte, pedido e causa de pedir.

2.1.1 Partes

Na doutrina, é antiga a discussão sobre o conceito de parte.

Enquanto Chiovenda entende que parte é o sujeito que pede ou contra quem se pede tutela jurisdicional, Liebman tem entendimento mais amplo, afirmando ser parte todo sujeito que participa da relação jurídica processual em contraditório defendendo interesse próprio ou alheio (NEVES, 2010, p.91).

Na tentativa de solucionar o conflito entre os conceitos de Chiovenda e Liebman, um dos posicionamentos da doutrina é sustentado pela ideia de que o conceito de parte elaborado por Chiovenda se refere a “partes na demanda”, enquanto que o conceito trazido por Liebman se destina a “partes no processo” (NEVES, 2010).

Entende-se como parte na demanda aquele sujeito que, além de integrar a relação jurídica processual, está em juízo pedindo tutela ou está sendo solicitada tutela jurisdicional contra ele. Já parte no processo, seria simplesmente aquele sujeito que faz parte da relação jurídica processual, independentemente de fazer pedido ou de haver algum pedido contra ele.

De acordo com Liebman (1985), o conceito de parte na demanda ou parte no processo não deve ser confundido com o conceito de parte material, o qual é definido como o sujeito que participa da relação de direito material e que constitui o

objeto do processo. Assim, mesmo que o sujeito não seja o titular da relação jurídica material, será considerado parte por participar do processo e do contraditório, ainda que sua presença no processo seja ilegítima.

“A determinação do conceito de parte não tem relação alguma com o problema da legitimação para agir” (LIEBMAN, 1985, p. 90). Portanto, é possível que mesmo a parte sendo ilegítima, que seja considerada como parte processual, pela simples razão de fazer parte do processo. Da mesma forma que, embora legítima, poderá não fazer parte da relação jurídica de direito material, ou seja, não será parte material, fato este que ocorre na substituição processual.

As formas de se adquirir qualidade de parte são quatro: pelo ingresso da demanda, pela citação, pelo voluntarismo (como por exemplo, na assistência) e pela sucessão processual (NEVES, 2010).

2.1.2 Pedido

O pedido consiste naquilo que, em virtude da causa de pedir, postula-se ao órgão julgador (MARINONI, 2008).

A análise do pedido é feita a partir de duas óticas: a processual e a material. Sob o ponto de vista processual, o pedido é a providência jurisdicional pretendida (condenação, mera declaração, acautelamento e satisfação), enquanto que, sob a ótica material, o pedido representa o bem da vida perseguido, ou seja, o resultado prático que o autor pretende com a demanda judicial (NEVES, 2010).

Na doutrina, são clássicas as nomenclaturas: pedido imediato, relacionado à providência jurisdicional pretendida, e pedido mediato, relacionado ao bem da vida perseguido.

O CPC em seu art. 286 afirma que “o pedido deve ser certo ou determinado”. Segundo Theodoro Jr (2007), a certeza e a determinação não são sinônimos nem requisitos alternativos. A partícula “ou” deve ser entendida como “e”, de tal modo que todo pedido seja sempre certo e determinado.

Pedido certo é aquele que é expressamente formulado, necessitando constar de forma clara na petição inicial (THEODORO JR, 2007).

Para Neves (2010), a certeza é exigida tanto no pedido imediato quanto no pedido mediato, o qual refere que:

No pedido imediato, o autor deve indicar de forma precisa e clara qual a espécie de tutela jurisdicional pretendida, enquanto no pedido mediato deve indicar o gênero do bem da vida pleiteado. O direito brasileiro não admite pedido incerto, sendo a certeza do pedido o mínimo exigível em todo e qualquer pedido (NEVES, 2010, p. 93).

Existem situações excepcionais em que se admite o pedido implícito, como no caso de correção monetária e juros legais, de condenação às verbas da sucumbência e de pedido relativos à obrigação de prestações periódicas.

A determinação, por sua vez, refere-se apenas ao pedido mediato, significando a liquidez do pedido, ou seja, a quantidade e a qualidade do bem da vida pretendido (NEVES, 2010).

O pedido genérico é aquele que não é determinando, sendo, a priori, vedado. Porém, o artigo 286 do CPC traz hipóteses excepcionais em que é permitida a formulação de um pedido genérico, as quais são: a) O pedido nas ações universais; b) O pedido nas ações indenizatórias quando não se puder de logo quantificar o prejuízo; c) Quando o valor do pedido depender de um comportamento do réu.

2.1.3 Causa de pedir

No bojo da petição inicial, o autor deve trazer a causa que deve justificar o seu pedido. A causa de pedir é composta das razões fáticas e jurídicas que justificam o pedido dirigido ao órgão jurisdicional (MARINONI, 2008).

A teoria da substanciação ou substancialização da causa de pedir foi adotada pelo atual CPC de 1973, a qual exige que o autor, na petição inicial, indique os fatos jurídicos e a relação jurídica dele decorrente. Essa teoria distingue-se da teoria da individuação que afirma que a causa de pedir é composta tão somente pela relação jurídica afirmada pelo autor (DIDIER, 2009).

Há distinção conhecida na doutrina entre causa de pedir remota e causa de pedir próxima. Neves (2010) afirma que, quando o assunto é identificar qual causa de pedir será a remota e qual será a próxima, a confusão impera na doutrina,

embora toda a doutrina concorde que os fatos e os fundamentos jurídicos constituam a causa de pedir.

De acordo com Neves (2010), alguns autores, como Vicente Greco Filho e Cruz e Tucci, entendem que a causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos do pedido, enquanto que a causa de pedir remota são os fatos constitutivos. Por outro lado, há outros doutrinadores, como Cândido Dinamarco, Nelson Ney e Alexandre Câmara, que julgam o contrário: causa de pedir próxima são os fatos e a causa de pedir remota são os fundamentos do pedido.

No entanto, essa discussão somente tem valia no âmbito doutrinário. Na prática, o que importa é saber que ambas as equações (fatos e fundamentos jurídicos) compõem a causa de pedir.

Por fim, é importante mencionar que fundamento jurídico não se confunde com fundamento legal. O que compõe a causa de pedir é o fundamento jurídico, não o fundamento legal. Este último não vincula o juiz em sua decisão.

Por fundamento legal entende-se a indicação do artigo de lei no qual se fundamenta a decisão; esse fundamento legal é dispensável e não vincula o autor ou o juiz, não fazendo parte da causa de pedir, Fundamento jurídico é o liame jurídico entre os fatos e o pedido, ou seja, é a explicação à luz do ordenamento jurídico do porquê o autor merece o que está pedindo diante dos fatos que narrou (NEVES, 2010, p. 107).

Terminada a explanação acerca dos elementos da ação, passaremos agora a análise de cada uma das condições da ação.

2.2 Análise das condições da ação

Na teoria original de Liebman adotada pelo CPC de 1973, existem três condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes.

2.2.1 Possibilidade jurídica do pedido

Inicialmente, é válido lembrar que Liebman, ao retornar do Brasil para a Itália e se deparar com a entrada em vigor da lei que instituiu o divórcio, retirou a possibilidade jurídica do pedido como espécie autônoma de condição da ação,

passando a entender, na verdade, a impossibilidade jurídica como causa de falta de interesse de agir (LIEBMAN, 1985).

Nessa linha de pensamento, aquele que busca o Poder Judiciário pleiteando alguma tutela juridicamente impossível, não pode esperar nenhuma utilidade do provimento pleiteado, motivo pelo qual lhe faltaria interesse de agir. Não haveria dessa forma a necessidade da possibilidade jurídica do pedido como categoria autônoma de condição da ação (CÂMARA, 2010).

Posto fosse essa a ideia de Liebman, a doutrina majoritária seguiu o entendimento adotado pelo CPC de 1973, considerando a possibilidade como categoria autônoma de condição da ação, ao lado da legitimidade das partes e do interesse de agir, razão pela qual será esse o pensamento adotado no presente estudo.

Na doutrina, é trivial encontrar esta condição da ação qualificada como impossibilidade jurídica do pedido. A impossibilidade jurídica estaria relacionada a um dos elementos da demanda aqui estudados, qual seja, o pedido (CÂMARA, 2010, p. 128).

Para que o pedido seja juridicamente possível, é necessário que a demanda não afronte o ordenamento jurídico. Não é imprescindível que o ordenamento jurídico expressamente preveja aquilo que se quer obter com a tutela jurisdicional, mas é preciso que ele não o vede, de forma que a pretensão não afronte o sistema jurídico nacional (GONÇALVES, 2011).

Dinamarco tem um entendimento teórico ampliativo, o qual acredita que a possibilidade jurídica não deve ser somente do pedido, mas de toda demanda, abrangendo também os outros elementos da demanda, como as partes e a causa de pedir. A possibilidade jurídica seria da demanda e não do pedido (DIDIER, 2009, p. 185).

Nesse sentido, se for adotado o entendimento de que a possibilidade jurídica se refere somente ao pedido, não haveria como explicar a situação da cobrança de dívida de jogo, cuja impossibilidade não decorre do pedido, mas de sua causa de pedir (ROCHA, 2009).

Dinamarco refere exemplos de impossibilidade jurídica da demanda. No tocante ao pedido, menciona o caso em que um Estado brasileiro pede seu desligamento da Federação. Quanto à causa de pedir, traz o exemplo da ação em que se cobra uma dívida de jogo. Com relação à parte, relata o caso em que a Fazenda Pública é executada de forma tradicional (penhora/expropriação) (NEVES, 2010).

O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A *causa petendi* gera a impossibilidade jurídica da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz. (...) Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fica exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o *petitum* – sem considerar os outros dois (partes e causa de pedir) (DINAMARCO, 2001, apud DIDIER, 2009, p. 185)

Sendo assim, adotando-se o entendimento exposto por Dinamarco, pode-se concluir que toda a demanda, e não somente o pedido, deve ser juridicamente possível. Exige-se a possibilidade de todos os elementos constitutivos da demanda.

2.2.2 Interesse de agir

O interesse de agir, também denominado de interesse processual, pode ser conceituado como o interesse em obter o provimento solicitado. Dessa forma, o interesse de agir é a “relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido” (LIEBMAN, 1985, p. 158).

Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será o suficiente para justificar o tempo, energia e dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda (NEVES, 2010, p. 87).

A função jurisdicional é monopólio do Estado, ou seja, somente o Estado pode garantir os direitos violados ou ameaçados de violação. Observa-se, portanto, que toda vez que alguém entender que um direito seu foi violado ou se acha ameaçado de violação, surge para este alguém a necessidade de recorrer ao Estado para que preste uma tutela jurisdicional, a qual seja apta a proteger os direitos violado ou ameaçados (ROCHA, 2009).

Entende-se, assim, que um determinado indivíduo só pode buscar o Poder Judiciário pleiteando-se uma tutela jurisdicional, quando o mesmo tiver absoluto interesse na prestação jurisdicional. Rocha (2009) considera que esse interesse nasce justamente do fato do direito ter sido violado ou ameaçado de violação, e da proibição da justiça privada.

A fundamentação para a existência dessa condição da ação é facilmente compreensível, pois o Estado não pode prestar tutela jurisdicional senão quando sua atuação se mostrar absolutamente necessária (CÂMARA, 2010).

A tutela jurisdicional inútil, ou seja, aquela que não traz nenhuma utilidade ao demandante é prejudicial não somente ao Estado, como também àqueles que realmente necessitam da atuação estatal, o que lhes causaria dano, como por exemplo, no caso de acúmulo de processos desnecessários (CÂMARA, 2010).

O interesse de agir não se confunde com o interesse substancial. O interesse substancial é aquele para cuja proteção se intenta a ação e que se afirma pertencer ao autor. Já o interesse de agir é processual, secundário e instrumental em relação ao substancial, que é primário (LIEBMAN, 1985).

Liebman (1985) preceitua que o interesse de agir:

[...] tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente (LIEBMAN, 1985, p. 155).

O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupor, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostente perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex., a prisão por dívidas) (LIEBMAN, 1985, p. 155).

Liebman (1985) menciona ao final “porque não admitido pela lei” pelo fato de que considerava, nesse momento, a possibilidade jurídica do pedido como uma faceta do interesse de agir, assim como já exposto anteriormente.

O interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito (LIEBMAN, 1985, p. 155).

Na doutrina, o interesse de agir costuma ser analisado sobre algumas dimensões, existindo divergências sobre quais dimensões comporiam o interesse de agir.

Para alguns autores, para que exista interesse de agir, deve estar presente uma necessidade e utilidade da atuação jurisdicional (DIDIER, 2005; BUENO, 2011). Porém, há quem entenda que, para que haja interesse de agir, é preciso haver necessidade e adequação da tutela jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010; NEVES, 2010; CÂMARA, 2010).

A utilidade da prestação jurisdicional estará presente “toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido” (DIDIER, 2005, p. 282). A prestação jurisdicional será considerada como útil quando for apta a proteger a situação jurídica do requerente (MOREIRA, 1971 apud DIDIER, 2005; LIEBMAN, 1985).

Pode-se citar, para exemplificar, que não haverá interesse processual devido a falta de utilidade do provimento jurisdicional quando não for mais possível a obtenção do resultado esperado. Além do exposto, salutar se faz comentar que quando o cumprimento da obrigação se der antes da citação do réu, não haverá, neste caso, perda do objeto da causa e, conseqüentemente, falta de interesse processual (DIDIER, 2005).

Em relação à necessidade da jurisdição como uma dimensão do interesse processual, afirma-se que esta decorre do fato de que nosso ordenamento veda a autotutela, em decorrência do caráter substitutivo da função jurisdicional (BUENO, 2011).

Vale observar que há certas ações em que o exame da necessidade, o qual é utilizado para verificar a presença do interesse processual, é dispensável, pois esta é inerente e própria da ação. Isso é o que se infere nas denominadas ações constitutivas necessárias visto que, nessas ações, o bem da vida buscado ou

o estado jurídico que se pretende obter somente pode ser obtido por intermédio do Poder Judiciário (DIDIER, 2005). São exemplos de ações constitutivas necessárias a ação de interdição e a ação de anulação de contrato.

A adequação é a última dimensão do interesse de agir, a qual é adotada por alguns autores, sendo geradora de polêmica na doutrina, pois estes acreditam que, para que haja interesse de agir, o pedido de tutela jurisdicional deve ser adequado para o atingimento da situação de vantagem perseguida pelo autor (BUENO, 2011).

“A adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 281).

Barbosa Moreira, em observação feita a Cândido Dinamarco, no momento da arguição da sua tese de livre-docência, faz crítica sobre a dimensão adequação do interesse de agir, ao afirmar que:

Aberra até do bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utiliza da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma consequência do interesse particularmente intenso; se alguém requer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia cognição? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse... (DIDIER, 2005, p. 286).

Desta forma, Didier (2005) entende que há confusão entre demanda e procedimento e, em se tratando de procedimento, não deve o juiz extinguir o processo por falta de interesse-adequação. Ele deve aplicar o art. 295, V do CPC, que determina que “a petição inicial será indeferida quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal”.

Assim, deve o juiz abrir prazo para que a parte emende a inicial e adapte-a ao adequado procedimento. Não deve haver confusão entre o adequado procedimento e a falta de interesse de agir, a qual, inclusive, é tratada pelo CPC como hipótese autônoma de indeferimento da petição inicial, conforme prevê o art.

295, III, o que só reforça a ideia de que a adequação não compõe o interesse processual.

Conclui-se, portanto, que para haver interesse processual, deve existir uma necessidade e utilidade da prestação jurisdicional, e, para alguns doutrinadores, deve haver, também, a adequação do provimento jurisdicional escolhido.

2.2.3 Legitimidade das partes

A legitimidade para agir, também chamada de *legitimatio ad causam*, é tradicionalmente conceituada como a pertinência subjetiva da demanda (BUZAID, 1956, apud CÂMARA, 2010; ASSIS, 2003, apud NEVES, 2010).

A legitimidade para agir é uma aptidão ou poder conferido a alguém para conduzir validamente um processo em que se discuta determinada situação jurídica. A legitimidade é sempre aferida pela relação jurídica litigiosa (DIDIER, 2005).

Ninguém está autorizado a levar ao Judiciário, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade ad causam (DIDIER, 2005, p. 228).

Como assevera Liebman (1985), idealizador das condições da ação, a legitimidade para agir é conceituada como:

A titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e pois, a ação) e a pessoa com referência a qual [Nei cui confronti] ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva (LIEBMAN, 1985, p. 157).

A legitimidade das partes não se confunde com a capacidade de ser parte nem com a capacidade para estar em juízo. Tratam-se de institutos de natureza diversa.

Não se deve também confundir a capacidade de ser parte, a capacidade para estar em juízo e a legitimação para a causa. A primeira é a capacidade genérica de se figurar como parte; a segunda, a capacidade de defender direito próprio ou alheio em juízo; a terceira importa na titularidade ativa ou passiva da ação. A parte, mesmo sendo ilegítima, é parte, mas a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo são pressupostos processuais (FIDELIS SANTOS, 2010, p. 136)

A capacidade de ser parte, denominada de personalidade judiciária, é a aptidão para ser sujeito de um processo. A análise é totalmente abstrata, distinguindo-se da legitimidade que é sempre concreta (DIDIER, 2009).

Pessoa física, pessoa jurídica, condomínio, tribo, massa falida e órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria, Tribunal de contas, câmara de vereadores) são exemplos de sujeitos que possuem capacidade de ser parte.

A capacidade processual, também chamada de capacidade para estar em juízo, é a aptidão para a prática de atos processuais, independentemente de um representante (DIDIER, 2009).

A legitimidade para agir não se confunde com nenhum dos institutos conceituados acima, pois esta é:

A pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo (LIEBMAN, 1985, p. 159).

Conceituando parte legítima, Didier afirma que:

Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidentemente com a situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso (DIDIER, 2005, P. 228).

O artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro prevê a regra geral do nosso sistema quanto à legitimidade ad causam: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Diante da previsão expressa do CPC, conclui-se que, em regra, somente o titular do direito alegado pode pleitear em seu nome seu próprio interesse, consagrando-se, assim, a legitimidade ordinária, salvo quando expressamente autorizado por lei (NEVES, 2010).

Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado [...] Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio (DIDIER, 2005, p. 232).

Excepcionalmente, admite-se que alguém pleiteie em nome próprio um direito alheio, o que se denomina legitimação extraordinária. Essa é o “direito de perseguir em juízo um direito alheio” (LIEBMAN, 1985, p. 160).

Portanto, observa-se que, na legitimação extraordinária, o sujeito está em juízo em nome próprio, defendendo interesse alheio, de outrem. Não há a coincidência entre o legitimado e o titular da relação jurídica.

Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado (situações jurídicas deduzidas em juízo). Legitimado ordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito (DIDIER, 2005, p. 232).

Além do mais, é importante mencionar que há dissenso doutrinário a respeito da legitimação extraordinária e da substituição processual. Há quem entenda tratar-se de institutos idênticos, enquanto que outros afirmam que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual (NEVES, 2010).

Para Câmara (2010), somente haverá substituição processual quando o legitimado extraordinário atuar em nome próprio, na defesa de interesse de outrem, sem que o legitimado ordinário atue conjuntamente com ele. De forma diversa, se o legitimado ordinário atuasse conjuntamente com o legitimado extraordinário, não haveria substituição processual, mas apenas legitimação extraordinária.

Ainda de acordo com Câmara (2010, p. 127), “só ocorrerá substituição processual quando alguém estiver em juízo em nome próprio, em lugar do (substituindo) legitimado ordinário”.

Segundo Didier (2005), substituição processual é sinônimo de legitimação extraordinária, a qual não deve ser confundida com a sucessão processual ou com a representação processual.

Na sucessão processual, há uma troca, isto é, uma mudança de sujeito do processo (DIDIER, 2009). Isto ocorre quando o sujeito que compõe o pólo ativo ou passivo é retirado da relação jurídica para que um terceiro tome o seu lugar, como ocorre na alienação de bem litigioso.

Porém, na representação processual, alguém está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O representante processual não é parte no processo. Ele está apenas representando alguém, como no caso da mãe que representa o filho incapaz na ação de investigação de paternidade (NEVES, 2010; DIDIER, 2009).

Quanto às condições da ação, uma análise mais pormenorizada ultrapassaria os limites do proposto pelo presente trabalho.

3 COGNIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

No final da década de 1990, Celso Agrícola Barbi ao discorrer sobre a teoria eclética de Liebman, asseverou crítica ao dizer que: “a construção de Liebman, apesar de sua engenhosidade, não resiste a uma análise mais aprofundada” (BARBI, 1998, p. 23).

Em sua maior parte, a doutrina brasileira adota a ideia proposta por Liebman, a qual também é utilizada pelo CPC de 1973. Porém, com o decorrer dos anos, diversas críticas foram surgindo quanto à teoria eclética de Liebman e as condições da ação.

Uma das maiores discussões acerca do tema está relacionada ao fato de alguns doutrinadores alegarem que a análise das condições da ação se confunde com mérito do processo. Sabe-se que há uma linha muito tênue que separa a análise das condições da ação da análise de mérito da causa (SILVA, 2003; DIDIER, 2005).

A partir dessa crítica, surgiram outras como a natureza da sentença que extingue o processo por carência de ação. Essa seria uma sentença terminativa ou definitiva? Discute-se ainda se a coisa julgada decorrente da sentença de carência de ação seria meramente formal ou formal e material.

Pela letra expressa da lei, se o juiz extinguir o processo por não estar presente uma das condições da ação (carência de ação), a sentença que põe fim ao processo, nesse caso, será uma sentença terminativa, ou seja, extinguirá o processo sem a resolução do mérito, conforme o disposto no art. 267, caput c/c inciso IV, CPC.

Em consequência da prolação de uma sentença sem o exame do mérito, a coisa julgada que se formará nesse processo será apenas formal, o que significa dizer que o autor poderá repropor a mesma ação, conforme prevê expressamente o

art. 268, CPC. Seria esse um posicionamento adequado por parte do nosso legislador? Permitir, por exemplo, a repositura mesmo quando o juiz já decidiu que a parte é ilegítima para postular aquela causa?

Outra crítica à teoria das condições da ação está na natureza jurídica da sentença que reconhece a carência de ação. Liebman, ao afirmar que enquanto não ultrapassada a análise da presença das condições da ação ainda não haveria atividade jurisdicional (SILVA, 2003), deixa em aberto um grande questionamento: o que haveria ocorrido no processo até o momento em que o juiz verificou inexistente a presença de alguma das condições da ação, senão atividade jurisdicional?

Segundo Liebman, a decisão do juiz que julgar estas questões preliminares ainda não corresponde à verdadeira atividade jurisdicional. Só haverá jurisdição, diz Liebman, quando – ultrapassada essa fase de averiguação prévia – constatar o juiz que a causa posta em julgamento está constituída, no processo, de forma regular e capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda, ainda que esta decisão seja contrária ao autor (SILVA, 2003, p.100).

Diversas são as críticas apontadas à teoria eclética de Liebman. Tem o presente capítulo o intuito de estudar as principais críticas elaboradas pela doutrina, de forma a tentar contribuir com um adequado estudo do direito processual civil.

3.1 Conceito de cognição

O magistrado precisa examinar e valorar todas as alegações e provas produzidas no decorrer do processo para poder exarar um provimento adequado ao caso que lhe é posto. A essa técnica de valoração e análise dá-se o nome de cognição.

Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através de consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las. Trata-se de atividade comum a todas as categorias de processo, embora se revele predominante no processo cognitivo (CÂMARA, 2010, p. 283).

Kazuo Watanabe, um dos maiores expoentes em nosso país sobre o assunto, afirma que:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzias no

processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo (WATANABE, 2005, p. 67).

Dessa forma, pode-se concluir que a análise da cognição judicial é o exame do método pelo qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação.

3.2 Condições da ação ou requisitos para o provimento de mérito?

Câmara (2010) afirma que a terminologia condições da ação empregada por Liebman não foi a mais adequada, pois não se trata de condições, mas sim de requisitos. Para se tratar de verdadeira condição, deveríamos estar diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico.

Além do mais, entende-se não se tratar de requisitos da ação, pois esta existiria ainda que não estivesse presente qualquer dos requisitos.

Mesmo quando ausente alguma das “condições da ação”, o que levará à prolação de sentença meramente terminativa, a qual não contém resolução do mérito, terá havido exercício de função jurisdicional, o que revela ter havido exercício do poder de ação (CÂMARA, 2010, p. 124).

Ainda de acordo com Câmara (2010), tais requisitos (ou condições) são necessários para que o juiz possa prolatar uma decisão de mérito final do processo e, por isso, denomina as condições da ação de requisitos do provimento final.

Há quem proponha a mudança do nome do instituto para “condições do exercício legítimo do direito de ação”, pois nada diz quanto à existência do direito de ação (incondicionado), mas apenas quanto ao seu exercício. O dizer-se abstrato e autônomo tal direito já elimina qualquer possibilidade de cogitar-se de carência de ação. (DIDIER, 2005, p. 211).

Por outro lado, há quem discorde desse posicionamento, como Dinamarco, um dos discípulos de Liebman, ao afirmar que:

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 (DINAMARCO, 2001, p. 296).

Contudo, a terminologia condições da ação é a mais adotada pela nossa doutrina, principalmente pelo CPC de 1973.

3.3 Fundamento para a existência das condições da ação

A existência da categoria condições da ação, como forma de condicionar o direito constitucional de acesso à justiça, não é entendido como uma forma de dificultar ou impedir o exercício do direito de ação, mas sim como uma maneira de tornar a atividade jurisdicional o mais eficiente possível, de modo a garantir os princípios constitucionais da efetividade, duração razoável do processo e da economia processual.

[...] antes de o Estado-juiz apreciar se concede ou não a tutela jurisdicional, faz-se mister verificar se a sua provocação, se o rompimento da inércia da jurisdição, foi, ou não, e, ainda é, adequada e também que tenha dado ensejo a um processo que exista (juridicamente) e que é válido no sentido de o Estado-juiz ter efetivas e regulares condições de agir. Somente se presentes as “condições da ação” (art. 267, VI), se estiverem presentes os pressupostos “processuais de existência e validade” e ausentes os “pressupostos negativos” (art. 267, IV e V, respectivamente) é que o Estado-juiz poderá conceder a tutela jurisdicional ao autor ou ao réu. Caso contrário, a atividade jurisdicional deve ser encerrada, proferindo-se sentença que declare, para todos os fins, a falta de requisitos mínimos para exercício da função jurisdicional e para a concessão da tutela jurisdicional (BUENO, 2011, p. 401).

Embora que, com o advento da Constituição Federal de 1988, tenha se iniciado uma tendência a universalização da tutela jurisdicional, esta é mitigada, como forma de impedir a tramitação de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou que sejam predestinados a resultados que contrariem a norma constitucional ou legal (DINAMARCO, 2001).

Não seria eticamente legítimo sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele 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 ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação. Tais são os fundamentais razões de fundo ético-econômico que autorizam os condicionamentos impostos pela lei ao direito de ação (DINAMARCO, 2001, p. 296).

Por esta razão, o CPC de 1973 adotou a teoria de Liebman, de forma que o interesse de agir, a legitimidade para agir e a possibilidade jurídica do pedido funcionam como uma mitigação legítima do direito de ação (DINAMARCO, 2001).

Caracterizada a ação como direito ao processo, as razões éticas e econômicas que legitimam seu condicionamento a requisitos aconselham que aquele se extinga e portando não prossiga, sempre que faltar alguma das condições da ação. Carência de ação é a ausência do direito de ação.

Ser carecedor do direito de ação é, portanto, não ter direito sequer ao processo e muito menos ao provimento jurisdicional que este visa a preparar. Por isso, quando for possível antever com segurança que o demandante não terá direito a obter o provimento de mérito porque uma das condições lhe falta, é dever do juiz extinguir o processo desde logo, fazendo-o na primeira oportunidade. [...] é inconveniente ao Estado e à sociedade o dispêndio de recursos financeiros, perda de tempo e asoerboamento dos órgãos judiciários em detrimento do serviço, sem qualquer expectativa de um resultado prático que o justifique (DINAMARCO, 2001, p. 313).

No entanto, há doutrinadores que afirmam que apesar de as condições da ação tenham como fundamento a economia processual, estas estão sendo utilizadas de forma inadequada, no momento em que não se confere a decisão de carência de ação e a imutabilidade da coisa julgada material (DIDIER, 2005).

3.4 A análise das condições da ação segundo o CPC/73

As condições da ação são mencionadas logo no início do CPC (1973), quando este cita a ação no art. 3º, o qual prevê que: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Neste primeiro momento, pode-se observar que o legislador não incluiu a possibilidade jurídica do pedido, mencionando apenas duas das três condições da ação propostas por Liebman.

Em outro momento, no entanto, ao elencar as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, dispõe CPC no art. 267, VI, que o processo será extinto sem resolução de mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica (sem o complemento "do pedido"), a legitimidade das partes e o interesse processual.

Já no art. 295, o CPC traz a previsão de hipóteses em que a petição inicial será indeferida. Dentre o rol expresso do mencionado artigo, podemos encontrar algumas hipóteses relativas à presença das condições da ação. Segundo os incisos I, II e III do art. 295, CPC, a petição inicial será indeferida quando: I) for inepta; II) quando a parte for manifestamente ilegítima; III) quando o autor carecer de interesse processual.

Quanto à inépcia da petição inicial, afirma o parágrafo único do art. 295 que a petição será inepta, dentre outras hipóteses, quando o pedido for juridicamente impossível.

Determina o CPC (1973), no art. 301, X, que o réu, na contestação, antes de discutir o mérito, deve alegar a existência de carência de ação. Esse artigo reforça a ideia de que o CPC, adotando a teoria de Liebman, não confunde o exame das condições da ação com o exame de mérito.

Por fim, vale citar aqui também a previsão contida no art. 267, §3º que prevê a possibilidade de análise, de ofício, pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria relativa às condições da ação.

Dessa forma, segundo a previsão expressa do CPC de 1973, a ausência de qualquer uma das condições da ação é causa de indeferimento da petição inicial, caso a análise seja feita no primeiro momento em que o juiz tiver contato com os autos.

Entretanto, se o juiz somente perceber a ausência das condições da ação no decorrer do processo ou se a ausência se der com o transcorrer dos atos processuais, poderá o juiz reapreciar as condições da ação, até mesmo de ofício, extinguindo o processo sem resolução de mérito, como ordena a previsão do art. 267, VI, CPC.

3.5 A carência de ação e a extinção do processo

Carência de ação é a ausência, em determinado caso concreto, de pelo menos uma das condições da ação (LIEBMAN, 1985).

Liebman (1985) afirmava que somente há verdadeiramente prestação jurisdicional se ultrapassada a fase das análises das condições da ação e consequente análise do mérito da causa.

[...] no processo de cognição somente a sentença que decide a lide tem plenamente a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e restrito. Todas as outras decisões têm caráter preparatório e auxiliar: não só as que conhecem dos pressupostos processuais, como também as que conhecem das condições da ação e que, portanto, verificam se a lide tem os

requisitos para poder ser decidida. Recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é, ainda, propriamente, julgar: são atividades que por si própria nada têm de jurisdicionais e adquirem esse caráter só por ser uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição (LIEBMAN, 1976, apud DIDIER, 2011, p. 6).

Dessa afirmação de Liebman, surgiram diversas críticas. Não conseguia Liebman, com sua teoria, responder aos seguintes questionamentos: qual natureza jurídica do ato que extingue o processo por carência de ação? Se não houve ação, porque o Estado se manifestou para aplicar o direito objetivo? O que justifica, já que não houve ação, a manifestação do aparelho jurisdicional? (DIDIER, 2011, p. 9).

Se as condições da ação são esses requisitos, para que o mérito da lide seja apreciado (para que o processo vá adiante, até seus ulteriores termos), o que seria, então, o espaço de tempo que medeia a propositura da ação e o despacho saneador ou extinção liminar do processo? Nada? Zona cinzenta? Não houve acionamento do aparelho jurisdicional estatal? O juiz não aplicou o direito objetivo? Que espécie de atividade o juiz realizou? Não houve jurisdição? Não houve processo? Então fica combinado: vamos fazer de conta que nada aconteceu e fenômenos indubitavelmente jurídicos ficarão sem explicação. *“Pare o mundo que eu quero descer...”*, diria um poeta baiano (DIDIER, 2011, p. 13).

Se a decisão que reconhece a carência de ação, não admitindo a análise do mérito não possui natureza jurisdicional, difícil encaixá-la como ato próprio de outra função do Estado. Como entender essa decisão como de natureza legislativa ou executiva?

Será que somente há atividade jurisdicional quando o juiz analisa o direito material? E quanto à análise do direito objetivo?

Limitar o direito de ação apenas à declaração de cabimento ou não de determinada *fattispecie* prevista na lei material (*“si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata”*), fazendo pouco caso do próprio direito objetivo formal, é, também, violentamente e sem autorização, restringir o conceito de jurisdição, que se tornaria mera aplicação do direito material, ou considerar que o direito objetivo formal não é, nem nunca foi, digno de aplicação – o que é em si mesmo algo esconso e paradoxal. É mera opinião pessoal do doutrinador; não se trata de ciência. Desprezam-se conceitos básicos da ciência processual; há nítida incoerência, pois não explicaria a existência, nestes casos, de jurisdição e processo (que efetivamente existem; inclusive, é assim que o Código trata desses fenômenos), sem ação, pois são conceitos correlatos. A aceitar-se integralmente a doutrina de Liebman, ter-se-ia processo sem ação, muito embora não iniciado de ofício (DIDIER, 2011, p. 08).

Em razão da adoção da teoria de Liebman pelo nosso ordenamento jurídico, a sentença que reconhece a falta de qualquer das condições da ação gera a

extinção do processo sem exame do mérito, conforme prevê expressamente o inciso VI do art. 267.

Dessa forma, a sentença que reconhece a carência de ação é uma sentença terminativa, que para o atual CPC é aquela que:

[...] não aprecia o fundo do litígio, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Sobre ela se forma apenas a coisa julgada formal, sinalizada com o trânsito em julgado da decisão, que representa a impossibilidade de rediscussão das questões decididas dentro do processo em que foi proferida. A sentença terminativa tem autoridade apenas endoprocessual (MARINONI, MITIDIEIRO, 2005, p. 258-259).

Contrapõe-se a sentença definitiva que pode ser conceituada como aquela que põe fim ao processo com a resolução do mérito. Por analisarem o mérito da causa, as sentenças definitivas têm aptidão para ficar acobertadas pela coisa julgada material (DIDIER, 2009).

A coisa julgada que se forma com a decisão que extingue o processo por carência de ação é a coisa julgada formal. Com a coisa julgada formal, de efeito endoprocessual, torna-se impossível rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada (MARINONI, 2008).

A coisa julgada formal distingue da coisa julgada material, a qual tem efeito extraprocessual, pois seus efeitos repercutem para fora do processo, e impossibilita a rediscussão da sentença judicial fora do processo.

Quando o processo é extinto com a resolução do mérito, surge a coisa julgada material. Em razão disso, é relevante a discussão travada na doutrina sobre qual a natureza da sentença que extingue o processo por carência de ação, posto que repercutirá na coisa julgada e, conseqüentemente, na possibilidade de rediscussão da matéria.

Segundo o caput do art. 268 do CPC, salvo o disposto no art. 267, V (hipótese de extinção do processo por preempção, litispendência ou coisa julgada material), a extinção do processo não obsta que intente de novo a ação.

Dessa forma, para os doutrinadores que adotam a teoria de Liebman, se o processo for extinto por carência de ação, será possível ao autor ingressar novamente com a mesma demanda.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que somente é possível a repositura da demanda se corrigido o vício que deu causa a extinção do processo sem resolução do mérito.

O Superior Tribunal de Justiça também considerou inadmissível a repositura de demanda que não fora apreciada por carência de ação (ilegitimidade ad causam), não obstante tratar-se de sentença terminativa, em que se profere um juízo de inadmissibilidade, sem que se corrigisse o defeito (DIDIER, 2009, p. 538).

Entende-se que se o autor se limita a repropor a ação nos mesmos moldes da primeira ação julgada carente, estará ofendendo a coisa julgada, posto que, conforme o art. 471 do CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide.

Interpretar de modo diverso, até o ano de 2006, permitiria ao autor intentar quantas vezes quisesse a mesma ação até encontrar um juízo que admitisse a viabilidade de sua demanda judicial. Felizmente, a reforma do CPC de 2006, determina que neste caso, o primeiro juízo que extingui o processo seja o juízo prevento quando da repositura da demanda.

Há, nesse momento, um contrassenso. Afirma-se primeiramente que a decisão que extingue o processo por carência de ação, por não analisar o mérito, não faz coisa julgada material, e assim, em princípio, seria possível a sua repositura, pois a coisa julgada formal tem efeitos apenas endoprocessuais. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência não admitem a repositura da demanda nos mesmo termos em que fora extinta por carência de ação e ainda utilizam o argumento de afronta à coisa julgada.

Acontece que se a demanda é modificada, seja quanto às partes, à causa de pedir ou ao pedido, a mesma demanda não mais será (DIDIER, 2009). Ao se modificar qualquer um desses elementos da demanda, surge uma nova demanda, a qual é diferente da anterior.

Dessa forma, se adotarmos o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência quanto à interpretação do art. 268 do CPC, ou seja, se entendermos pela impossibilidade de repositura da demanda nos mesmos termos da anterior, pode-se verificar que a primeira demanda estará imutável, pois ao se modificar o vício em qualquer um de dos seus elementos, a demanda já não mais será a mesma.

Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem status semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito (DIDIER, 2005, p. 97).

3.6 O Mérito do processo e as condições da ação

As condições da ação, segundo o entendimento adotado pelo CPC de 1973, são tratadas como requisitos de admissibilidade do processo. O mérito do processo somente será examinado se todas as condições da ação estiverem presentes (DIDIER, 2005).

Liebman (1985) afirmava que as condições da ação são requisitos para a existência da ação e que por isso devem ser analisadas pelo juiz antes do exame do mérito. Somente após a verificação da presença das condições da ação é que surge a necessidade de julgamento do pedido formulado pelo autor. Em razão disso, toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo.

Entretanto, a análise da presença ou não das condições da ação se aproxima muito da análise do mérito do processo, o que acaba gerando maiores críticas ao instituto das condições da ação.

Portanto, deve-se fazer uma distinção entre questão de mérito e questão de admissibilidade do processo, verificando em qual das categorias as condições da ação se encaixam ou se fazem parte de uma categoria ímpar.

Nosso atual CPC, por diversas vezes utiliza a palavra “lide” para se referir ao mérito da causa. Lide, segundo a clássica definição de Carnelutti (2000, p. 77-78) é “um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)”.

O julgamento desse conflito de pretensões, por meio do qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, dá razão a uma ou a outra parte, constitui uma sentença de mérito. A lide, para Carnelutti (2000), seria o objeto do processo.

Para Liebman (1985), o objeto do processo não é a lide e sim o pedido do autor:

O conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em consequência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão, formam, em seu complexo, o mérito da causa (LIEBMAN, 1985, p. 170 - 171).

Dinamarco (2001) entende que o mérito (objeto do processo) não se confunde com lide e crítica a concepção adotada por Carnelutti:

Por duas razões, contudo, é inadequado alçar a lide à condição de objeto do processo. Primeira, porque nem sempre existe um conflito de interesses entre as partes: há casos em que ambas podem até desejar o mesmo resultado e apesar disso o processo é indispensável para que o resultado se obtenha. [...] Segunda, porque nem sempre toda a lide existente na vida das pessoas é trazida a juízo, nunca se podendo saber com certeza se se está diante de um processo por lide integral ou parcial (Carnelutti): dizer que o objeto do processo é somente a porção da lide trazida ao juiz (Liebman, Galeno Lacerda) equivale a dizer que esse objeto é representado só pela pretensão deduzida - o que torna o conceito ao menos inútil, porque assimila ao de pretensão deduzida (ainda quando na vida comum a lide tenha maior extensão, só sua manifestação é que interessa socialmente e ao processo) (DINAMARCO, 2001, p. 183).

De acordo com Dinamarco (2001), o mérito expressa o próprio objeto do processo.

A pretensão ajuizada, que em relação ao processo é seu objeto, constitui o mérito das diversas espécies de processos. O mérito do processo de conhecimento é a pretensão trazida com pedido de julgamento que a reconheça e, portanto, a acolha. O mérito do processo de execução é a pretensão a receber a coisa pleiteada - e não uma sentença (DINAMARCO, 2001, p. 182).

Ocorre que, para Liebman (1985), a análise do mérito depende da verificação da validade do processo, ou seja, que sejam observados os pressupostos processuais, e da presença das condições da ação:

Entretanto, o exame do mérito pressupõe a validade do processo e a existência dos requisitos da ação. O processo, por isso, antes de poder dedicar-se às atividades que constituem a sua verdadeira missão, deve

inclinarse sobre si mesmo e verificar da sua própria aptidão a cumprir a função que lhe toca: cada processo em particular tem, assim, uma fase logicamente preliminar, mais ou menos laboriosa, destinada a tal verificação e, se possível, à eliminação dos defeitos que o invalidam, de modo que possa prosseguir mais livre e seguro e enfrentar com os menores transtornos possíveis o seu trabalho principal (LIEBMAN, 1985, p. 173-174).

“As condições da ação são requisitos constitutivos da ação e cuja ausência priva a petição inicial da eficácia de provocar a preparação da causa e o julgamento do mérito” (LIEBMAN, 1985, p. 174).

Em virtude da adoção da teoria de Liebman, grande parte dos doutrinadores começou a classificar as questões a serem analisadas pelo juiz em pressupostos processuais, condições da ação e mérito do processo.

Segundo os seguidores de Liebman, no processo de conhecimento, a cognição do juiz teria por objeto um trinômio de questões: as relativas à regularidade do processo, as que versam sobre as condições da ação e as questões de mérito (DINAMARCO, 1984, apud WATANABE, 2005).

Há doutrinadores, como Calmon de Passos, Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, que criticam a adoção de três espécies de questões, pois alegam que o juízo ou é de mérito ou é de admissibilidade do processo, não existindo uma terceira espécie de questão relativa às condições da ação. Não aceitam as condições da ação como categoria autônoma, enquadrando-as no âmbito do mérito da causa (WATANABE, 2005).

De fato, o mais correto seria dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade. Dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso). Se apenas há dois tipos de juízos, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur* (princípio lógico do terceiro excluído) (DIDIER, 2005, p. 72).

No direito comparado, podemos, inclusive, encontrar manifestação no sentido de considerar as condições da ação, com exceção da legitimidade da parte, que seria questão de mérito, como pertencente a mesma categoria dos pressupostos processuais, restando assim, apenas duas espécies de questões a serem examinadas pelo juiz: as questões de mérito e as questões de admissibilidade para o “sucesso da demanda”.

Contemporaneamente, parte da doutrina alemã designa os pressupostos processuais e aquilo que chamamos de condições da ação (exceção feita à legitimidade, pertencente ao mérito) numa só expressão: pressupostos de sucesso da demanda (*Erfolgsvoraussetzungen*), e esta categoria compreende os pressupostos de admissibilidade (*Zulassigkeitsvoraussetzungen*) e os pressupostos relacionados com os fundamentos da ação (*Bergründetheitsvoraussetzungen*) (WAMBIER, 2004 apud DIDIER, 2005, p. 73)

No entanto, o legislador brasileiro, influenciado pela doutrina de Liebman, preferiu adotar uma divisão tripartite quanto às questões analisadas pelo magistrado. Seriam as questões relacionadas ao processo, as questões relacionadas ao direito de ação e as questões de mérito (DIDIER, 2009).

A doutrina adepta a teoria de Liebman entende que as condições da ação orbitam em uma seara estranha ao mérito e ao mesmo tempo estranha a órbita dos pressupostos processuais.

Adroaldo Furtado Fabrício assevera que as condições da ação formam “um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa”. Não se encaixariam na órbita do mérito nem da admissibilidade (DIDIER, 2009, p. 303).

Todas as três condições da ação constituem faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial, sabido que é sempre da situação da vida lamentada pelo demandante, em associação com o resultado jurídico-substancial pretendido, que resultam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte. Essas condições situam-se no campo do direito processual, porque constituem requisitos para que o processo possa prosseguir e, conseqüentemente, para que possa o juiz vir a ter o dever de prover sobre o mérito; mas, em cada caso, é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não (DINAMARCO, 2001, p. 297).

Parte da doutrina vem criticando a opção legislativa em não enquadrar as condições da ação como questões de mérito. Entende-se que para que o juiz analise a presença das condições da ação, é necessário que ele faça um juízo de mérito:

Se o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; se esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; se o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; se a legitimidade ad causam, ao menos no âmbito da tutela individual, se constata a partir da relação jurídica material; se a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa; fica difícil, então, defender que a análise das mencionadas condições da ação não é análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida) (DIDIER, 2009, p. 181).

Acredita-se que a decisão que extingue o processo sem resolução do mérito por carência de ação seria na verdade uma situação de improcedência macroscópica:

Na verdade, a falta de condições da ação revela, quase sempre, situações de improcedência macroscópica, que justificariam, inclusive, o julgamento antecipado da lide; hipóteses evidentes de improcedência do pedido, em que a solução para o caso independe de maiores aprofundamentos, haja vista a obviedade da solução da controvérsia. O magistrado chega à solução de improcedência do pedido sem a necessidade de maiores considerações, nem de mais delongada instrução probatória (DIDIER, 2009, p. 181).

Quando o juiz declara inexistente uma das “condições da ação”, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – e não contra o Estado – é improcedente. É tal sentença é sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma “condição da ação” não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a repositura da *mesma ação*, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem seria a *mesma ação* que se frustrara no primeiro processo (SILVA, 2002, p. 108).

No capítulo anterior, foi feita uma explanação de forma detalhada sobre cada condição da ação. Porém, é válido aqui fazer uma análise sobre cada uma das condições, verificando a procedência ou não das alegações de estas se confundirem com análise do mérito.

O interesse de agir, como já foi dito no capítulo anterior, pode ser dividido em três aspectos: interesse-utilidade, interesse-necessidade e interesse-adequação. Este último recebe severas críticas se comporia realmente uma faceta do interesse de agir.

Com exceção do interesse-adequação, de duvidosa existência, o interesse de agir (necessidade e utilidade) deve ser entendido como uma análise de mérito.

A necessidade da tutela jurisdicional, que conota o interesse, decorre da exposição fática consubstanciada na causa de pedir remota; a utilidade do provimento jurisdicional também deve ser aferida à luz da situação substancial trazida pelo autor da demanda (DIDIER, 2005, p. 278).

A verificação da presença do interesse de agir é feita, sempre, sob a análise do caso concreto, observando a situação trazida pelo autor na petição inicial. Não há como se verificar, em tese, se existe ou não interesse de agir, pois este estará sempre correlacionado a uma específica prestação jurisdicional (DIDIER, 2005, p. 279).

Caso o juiz, ao analisar o caso concreto, adentrando nos fatos e fundamentos jurídicos trazidos pelo autor, verificar que este não tem necessidade nem utilidade na prestação jurisdicional, deve extinguir o processo sem o exame de mérito, permitindo nova propositura da ação?

A resposta deve ser negativa. A função jurisdicional é essencial à justiça e à pacificação social do Estado, não devendo existir demandas tramitando pelos tribunais e fóruns de nosso país que não tenham qualquer utilidade para as partes. Apenas ocasionaria desperdício de verbas públicas, contribuindo com a morosidade da Justiça, e desgaste mental e financeiro para a parte ré.

Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a ação de direito material, ou está seria ilegítima por falta de interesse (SILVA, 2002, p. 109)

Para os que entendem que o interesse de agir possui a faceta interesse-adequação, este não poderá ser compreendido como questão de mérito. Pelo interesse adequação analisa-se se o meio processual escolhido pelo autor é pertinente e apropriado para a satisfação do direito material pretendido.

Nesse caso, a sentença que reconhece a inexistência de interesse adequação não adentra no mérito da causa, apenas reconhece que o meio escolhido pelo autor não foi o adequado. Verifica-se assim tratar-se de uma questão pré-processual, enquadrando-se como verdadeiro pressuposto processual.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido (ou da demanda), a verificação de se tratar de análise de mérito é mais clara ainda.

Ora, responder o juiz ao autor que ele não tem direito invocado porque, mesmo em tese, sua pretensão não encontra amparo no sistema jurídico, quaisquer que sejam os fatos, é a mais radical de todas as formas possíveis

de negar-lhe razão. É uma negativa mais terminante e desenganadora do que, e. g., a fundada na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados. E, no entanto, a crer-se na letra da lei, a *res iudicata* não cobriria aquele julgado, e as portas da justiça continuariam franqueadas à reiteração indefinida do mesmo pedido (FURTADO, 2003, apud DIDIER, 2005, p. 226).

No momento em que o juiz extingue o processo por impossibilidade jurídica do pedido, ele não estaria afirmando que não há direito material a ser tutelado naquele caso concreto? Não equivaleria a uma sentença de improcedência negando a pretensão posta pelo autor? Entendemos que sim.

A situação de alguém pedir algo que o direito repila, ou não permita expressamente, em nada difere daquela em que outrem pede algo que o direito agasalha, pois as decisões que confirmarem a repugnância ou a afeição serão consequências de “relações processuais substancialmente idênticas, expressivas do exercício do direito de ação do sujeito e de atividade jurisdicional do órgão, em tudo semelhantes”. Aplica-se o mérito; injustificável que não se produza coisa julgada material (DIDIER, 2005, p. 226).

No tocante a legitimidade para agir parece ser ainda mais difícil admitir a alegação de tratar-se de matéria estranha ao mérito da causa. Fala-se que para estar presente esta condição da ação “é necessário uma relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa” (DINAMARCO, 2001, p. 303).

No momento em que o juiz sentencia que o autor não possui legitimidade para a causa, estará denegando ao autor o bem jurídico pretendido com a sua demanda. Ao sentenciar pela ilegitimidade passiva para a causa, estará o juiz afirmando que em face daquele réu não tem o autor razão ou direito. Em ambas as hipóteses, há prestação jurisdicional de mérito desfavorável ao autor, ou seja, sentença de improcedência (FABRÍCIO, 1990).

Dizer-se, como afirmam os partidários da “teoria eclética”, que a sentença que declara o autor carecedor de ação por ilegitimidade *ad causam* não decide o mérito de sua ação é imaginar que a demanda que o autor descreve na petição inicial pudesse ter seu mérito num segundo processo e na lide de outrem! (SILVA, 2003, p. 109).

Imagine-se o processo em que Caio litiga contra Tício. Quando da análise da demanda pelo juiz, este perceber que Caio não tem direito algum em relação a Tício, mas na verdade tem em relação a Mévio, a demanda proposta deve ser obrigatoriamente julgada improcedente, por absoluta inexistência de direito material.

3.7 Momento de verificação das condições da ação e a teoria da asserção

O nosso atual CPC, adotando a teoria eclética de Liebman e possibilitando a análise das condições da ação a qualquer tempo, criou grave inconveniente para os magistrados que se deparam, após a instrução probatória, com a falta de pelo menos uma das condições da ação. Exemplo disso é o caso da ação reivindicatória, em que o juiz, após a instrução probatória, conclui que o autor não é proprietário. Nesta hipótese, deve o magistrado extinguir o processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva ou julgar improcedente o pedido por entender que o autor não é titular do direito material alegado?

Segundo estabelece o CPC nos artigos 267, §3º e 301, inciso X e §4º, as condições da ação podem ser verificadas a qualquer momento, inclusive depois do saneamento do processo e mesmo que a verificação da existência das condições da ação dependa de instrução probatória.

Independentemente do momento de verificação das condições da ação, se no início do processo ou após a instrução probatória, a decisão que reconheça carência de ação será considerada como sentença terminativa, extinguindo o processo sem resolução de mérito.

A adoção desse entendimento fez surgir diversas críticas ao longo dos anos. Uma das críticas seria quanto à dificuldade em se separar a análise das condições da ação da análise do mérito, como já exposto em nosso trabalho em capítulo anterior.

Há clássico exemplo que demonstra a problemática existente: Imagine-se uma ação de usucapião em que o autor alega em sua inicial que possui determinado bem imóvel por 02 anos. Sua inicial será indeferida, por carência de ação, em razão da impossibilidade jurídica do pedido. Imagine-se, agora, que o mesmo autor, na mesma situação fática, possuindo o imóvel há apenas dois anos, alega em sua inicial que possui o referido imóvel há 25 anos, e que o tempo verdadeiro de posse fosse comprovado, ao longo da audiência de instrução, como insuficiente para a

usucapião. Neste caso, a decisão seria de extinção do processo com ou sem julgamento do mérito?

Outra crítica importante seria quanto ao fato de que a extinção do processo sem exame do mérito, por carência de ação, não faz coisa julgada material segundo o nosso atual CPC. Em razão disso, é indesejável que, após longos anos de tramitação judicial e gastos financeiros para o Estado e para as partes, o processo ao final, após a instrução probatória, seja extinto sem resolução do mérito.

A doutrina, atenta a essa crítica, propôs a adoção de uma nova teoria, a teoria da asserção, segundo a qual o juiz deve verificar a presença das condições da ação *in status assertionis*, ou seja, à luz das afirmações feitas pelo autor, considerando a relação jurídica deduzida em juízo à vista do que se afirmou (CÂMARA, 2010).

[...] a análise da carência de ação somente poderia ser feita por ocasião do juízo de admissibilidade da petição inicial, a partir das afirmações nela feitas pelo demandante; uma vez citado o réu, com apresentação da defesa, não se poderia mais cogitar de extinção do processo sem exame do mérito em razão da carência de ação – salvo em razão de fato superveniente (DIDIER, 2005, p. 77).

O juiz deve admitir hipoteticamente que todas as afirmações feitas na inicial pelo autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação.

O exame das condições da ação deve ser feito “com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, a vista do que se afirmou, raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, como quem admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito), a respectiva apuração, ante os elementos da convicção ministrados pela atividade instrutória (WATANABE, 2005, p. 92).

A teoria da asserção mitiga o disposto no §3º do art. 267, CPC, pois limita a atividade do juiz quanto à análise da presença das condições da ação. Enquanto o referido artigo permite ao magistrado conhecer de ofício a falta de qualquer das condições da ação, a qualquer tempo e grau de jurisdição, a teoria da asserção afirma somente ser possível que o juiz profira sentença de extinção do processo

sem exame do mérito por carência de ação se a análise tiver se dado por ocasião do juízo de admissibilidade da petição inicial.

Isso significa que, se o juiz tomar como verdadeiras as alegações feitas pelo autor na petição inicial e partir desse juízo de admissibilidade entender que estão presentes no momento as condições da ação, qualquer decisão em sentido contrário após o saneamento do processo seria considerada como análise do mérito e não mais como carência de ação, gerando, conseqüentemente, a extinção do processo com resolução do mérito acobertada pela coisa julgada material.

Não se trata de uma juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de *teoria da asserção* ou da *prospettazione* (DIDIER, 2005, p. 217).

Didier (2005) traz mais exemplo para ilustrar a aplicação da teoria da asserção: Imagine-se uma ação de alimentos na qual alguém alega ser filho de outrem, e em razão disso, pede-lhe alimentos. O autor da ação de alimentos, ao afirmar em sua inicial que é filho do réu, possui legitimidade para a causa, mesmo que posteriormente, após a instrução probatória, se comprove a ausência do vínculo de filiação, devendo o juiz extinguir o processo com exame do mérito por improcedência do pedido do autor e não por carência de ação.

Posicionando-se favorável quanto à adoção da teoria da asserção:

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de ter uma indistigável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a outra teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo “carecedor de ação”? A se afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores dessa teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário se chegaria à conclusão de que só

preenche as “condições da ação” quem fizer jus a um provimento jurisdicional favorável (CÂMARA, 2010, p. 131).

Dinamarco (2001), posicionando-se contrário a teoria da asserção e a adjetivando como uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema, traz em sua obra jurídica um tópico exclusivo denominado de “Repúdio à teoria da asserção”.

Para Dinamarco (2001), é imprescindível que as situações descritas na petição inicial pelo demandante realmente existam, não bastando a mera descrição. A falta de uma das condições da ação deve sempre gerar a extinção do processo sem o exame do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, que dissimule a situação e somente mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade.

Seja ao despachar a petição inicial, ou no julgamento conforme o estado do processo (art.s 329-331) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta (DINAMARCO, 2001, p. 314).

No Superior Tribunal de Justiça, é possível observar a aplicação da teoria da asserção no conteúdo das seguintes ementas:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA E AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CONEXÃO. INTERESSE PROCESSUAL E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA AFASTADA.

1. O instituto da conexão tem a finalidade de evitar discrepância entre os julgamentos, mas isso não implica a obrigatoriedade de que as demandas reunidas devam obrigatoriamente ter seu mérito apreciado.

2. Conforme entendimento desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se insere a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Trata-se da aplicação da teoria da asserção.

3. Pedido juridicamente impossível é somente aquele vedado pelo ordenamento jurídico e, diante da alegação de inadimplemento contratual, verifica-se que há, em abstrato, interesse processual do recorrente em promover ação de cobrança em face do recorrido.

4. O fato de ter sido ajuizada uma ação de revisão contratual, na qual se discutem as cláusulas do contrato celebrado entre as partes, não retira a viabilidade da ação de cobrança, podendo, no entanto, influir no julgamento do seu mérito. Reconhecida a violação do art. 267, VI, do CPC.

5. A análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011). (Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NA NARRAÇÃO CONTIDA NA PETIÇÃO VESTIBULAR – CONDIÇÕES DA AÇÃO – LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A **APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO** – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ENTE ESTATAL.

1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito.

2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Logo, a verificação da legitimidade passiva ad causam independe de dilação probatória na instância de origem e de reexame fático-probatório na esfera extraordinária.

3. Não se há falar em legitimidade passiva ad causam quando as alegações da peça vestibular ilustrarem de maneira cristalina que o réu não figura na relação jurídica de direito material nem em qualquer relação de causalidade. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1095276/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 11/06/2010). (Grifo nosso).

PROCESSO CIVIL - DIREITO ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO - PERMUTA DA TITULARIDADE DE CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS ENTRE PAI E FILHO - PEDIDO DE NULIFICAÇÃO - IMPETRANTE - PARTE LEGÍTIMA - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA SUPOSTAMENTE INOBSERVADOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA - QUESTÃO DE MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA - RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO.

1. A legitimidade deve ser sindicada com base na Teoria da Asserção (prospettazione), portanto com observância do que foi alinhavado pelo impetrante, sob pena de invasão do mérito da demanda. Não há falar, in casu, em ilegitimidade.

2. A suposta inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa não implica extinção do presente writ sem julgamento do mérito, uma vez que, além de ser tão-somente mera suposição, é questão meritória.

3. O direito de impetrar mandado de segurança decai no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da ciência do ato, nos termos do art.

18 da Lei n. 1.533/51. O impetrante, entretanto, o fez antes do esgotamento do prazo. Tempestivo.

4. Ultrapassadas a extinção do processo, sem julgamento do mérito, e a decadência (prejudicial de mérito), deve o Tribunal de origem prosseguir no julgamento das outras questões meritórias, em face da sua competência para o feito.

Recurso ordinário provido, para que o Tribunal de origem prossiga no julgamento das outras questões de mérito.

(RMS 18.461/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 23/04/2010). (Grifo nosso).

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERÇÃO –

NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgador decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.

3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto.

4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.

6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.

7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.

8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial.

Recurso especial improvido.

(REsp 879.188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009). (Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, REFORMA SENTENÇA TERMINATIVA E ADENTRA O JULGAMENTO DO MÉRITO.

CABIMENTO.

- Nem sempre é meramente terminativo o acórdão que julga apelação contra sentença terminativa, eis que, nos termos do § 3º do art.

515, “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

- Se apenas o Tribunal julga o mérito, não se aplica o critério de dupla sucumbência, segundo o qual a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida também na sentença.

- Assim, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, em especial o § 3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação.

- Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção, segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.

- A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen juris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Portanto, entendida como de mérito a sentença proferida nos autos, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 832.370/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 13/08/2007, p. 366 RSTJ vol. 208, p. 381). (Grifo nosso)

Uma das grandes críticas feitas à teoria da asserção é a tocante ao fato de que uma mesma categoria jurídica não pode possuir duas naturezas jurídicas distintas em razão do momento de sua análise. E é justamente o que ocorre com as condições da ação analisadas sob a teoria da asserção.

Se verificada a sua ausência no momento inicial do processo, no juízo de admissibilidade, a sua natureza jurídica será a de requisito de admissibilidade para o prosseguimento da ação, ou seja, requisitos para a análise do mérito da demanda. Por outro lado, se a ausência da condição da ação for verificada em outro momento que não na fase do juízo de admissibilidade, a natureza jurídica do instituto será de mérito.

Didier (2009), embora concorde que a teoria da asserção minimiza os problemas trazidos pela teoria de Liebman, entende pela não adoção da teoria da asserção:

A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo sempre, a uma decisão de mérito. A falta de condição da ação, nesses casos, mesmo que constatada com mais facilidade, a partir da “asserção”, é caso de improcedência manifesta. A improcedência é tão clara, que dispensa, inclusive, a produção de provas para a sua demonstração. A cognição é, aqui, exauriente. A decisão tem de ser mérito e definitiva. Por isso não se adota a teoria da asserção, embora se reconheça que ela é muito melhor do que a teoria de Liebman, pois minimiza os seus problemas. (DIDIER, 2009, p. 184).

A posição que se conclui mais adequada ao nosso ordenamento jurídico e ao nosso sistema constitucional que prega ao acesso à justiça, a segurança jurídica,

a economia processual e a duração razoável do processo é a da abolição das condições da ação como categoria jurídica autônoma, por entendermos tratar-se de análise de mérito.

CONCLUSÃO

Chega-se ao fim desta pesquisa monográfica acerca das condições da ação, instituto de direito processual civil que vem gerando controvérsias em nossa doutrina e doutrina e jurisprudência.

Verificou-se, inicialmente, as teorias que discorrem sobre o conceito de ação, demonstrando-se as diferenças práticas quanto a aplicação de cada uma das teorias.

Quanto às teorias explicativas da ação, concluiu-se que o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria de Liebman, denominada de teoria eclética, que se insere entre a teoria abstrata e a teoria concreta da ação.

Após a análise crítica feita às condições da ação, verifica-se, que embora o CPC tenha adotado a teoria eclética de Liebman, esta não reflete a realidade fática das relações jurídicas, demandando do aplicador do direito um exercício interpretativo intenso.

Demonstrou-se que o direito de ação não pode ser condicionado. Que mesmo diante da ausência de uma das condições da ação, terá havido direito de ação e também exercício da jurisdição, contrariando o entendimento de Liebman. Do direito de ação é exercido independentemente da presença de qualquer condição, e independe da existência ou não do direito material postulado. A sentença proferida no processo pode ser de improcedência ou procedência do pedido, ou até mesmo de extinção do processo sem exame do mérito, e em todos os casos, haverá exercício do direito de ação, garantido constitucionalmente.

Percebeu-se outra falha na teoria de Liebman, ao não conseguir responder qual natureza jurídica possui a sentença que extingue o processo por carência de ação, senão a natureza jurisdicional. Analisou-se que além de haver exercício do direito de ação, há prestação de atividade jurisdicional no momento em que o juiz extingue o processo carência de ação.

Além disso, criticou-se a escolha adotada pelo CPC, ao dispor que sentença de carência de ação gera a extinção do processo sem exame do mérito, e conseqüentemente não faz coisa julgada material.

As questões decididas pelo juiz no processo ou são questões processuais ou são questões de mérito. A análise das condições da ação, na verdade, se confunde com a análise do mérito do processo. Tanto é assim que a jurisprudência e a doutrina entendem que após a sentença de extinção do processo por carência de ação, o autor não poderá renovar a mesma ação contra o mesmo réu, a não ser que modifique um dos elementos da ação. No entanto, demonstrou-se que se há modificação das partes, da causa de pedir ou do pedido, mesma demanda não mais será, não podendo a coisa julgada interferir em nova demanda.

Por fim, analisou-se a crescente teoria denominada de teoria da asserção, que preconiza que as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o afirmado na petição inicial pelo autor, independentemente da instrução probatória. O juiz deve verificar a presença ou não das condições da ação a partir do entendimento de que todas as alegações feitas pelo autor, na inicial, são verdadeiras. Se tomadas como verdadeiras as alegações, entender que estão presentes as condições da ação, toda decisão futura sobre as condições da ação será entendida como análise de mérito.

Desta feita, conclui-se que o instituto das condições da ação deve ser revisto pelo nosso legislador pátrio. Deve haver uma reforma quanto ao instituto, para extirpá-las de nosso ordenamento jurídico, ou no mínimo enquadrá-las como análise de mérito. Não se pode continuar adotando a teoria eclética de Liebman, pois esta possui diversas falhas que já foram observadas pelos estudiosos do direito processual civil, e que devem ser corrigidas o quanto antes, sempre em busca do adequado e efetivo direito constitucional de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. C. **Elementos da teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

BEVILÁQUA, C. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 5.869/73, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 10 Julho. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em REsp 1052680/RS. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ, 06 out. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+asser%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 10 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no REsp 1095276/MG. 2ª Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 11 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+asser%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 10 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em RMS 18.461/PR. 2ª Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 23 abril 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+asser%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 10 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em REsp 879.188/RS. 2ª Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 02 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+asser%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 10 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em REsp 832.370/MG. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ, 13 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+asser%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 10 nov. 2011.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I.

CARNELUTTI, F. **Instituições do processo civil**. 5 ed. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JR, F. S. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. I.

_____. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v II.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. 386 p.

_____. **Um réquiem às condições da ação**: Um estudo analítico sobre a existência do instituto. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B090C3970-2C5E-423E-9D19-26ECDDC04872%7D_028.pdf> Acesso em: 20 de agosto de 2011.

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II.

FABRÍCIO, A. F. Extinção do Processo e Mérito da Causa. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 15, n. 58, p. 7-27, abr/jun,1990.

FLORES, C. N. Condições da ação e mérito: uma visão crítica. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8449>. Acesso em 13 de outubro de 2011.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito processual civil esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIEBMAN, E. T. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio da Janeiro: Forense, 1985. 319 p.

MARINONI, L. G. MITIDIERO, D. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, L. G.. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. I.

_____. **Curso de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. II.

MONTEIRO, J. **Teoria do Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. I.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

ROCHA, J. A. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, H. W. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, E. F. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I.

SILVA, O. A. B.; GOMES, F. L. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. I.

THEODORO JR. H. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I.

WATANABE, K. **Da cognição do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.