

Breves considerações sobre as condições da ação

Max Akira Senda de Brito

maxbrito@tj.rs.gov.br

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Ação. 2.1. Conceito de ação. 2.2. Teorias sobre a ação. 2.2.1. Teoria Civilista. 2.2.2. Teoria do Direito Concreto de Ação. 2.2.3. Teoria do Direito Abstrato de Ação. 2.2.4. Teoria Eclética. 3. Condições da ação no direito brasileiro. 3.1. Aspectos gerais. 3.2. Possibilidade jurídica do pedido. 3.3. Interesse processual. 3.4. Legitimação para a causa. 4. Conclusão.

1. Intróito

O estudo sobre as condições da ação constitui-se questão das mais instigantes e contraditórias na doutrina, especialmente quanto à exata medida de sua extensão na atual conjuntura do processo civil brasileiro, haja vista a problemática havida em razão da adoção da Teoria Eclética pelo Código de 1973.

Inicialmente, necessária uma abordagem sucinta sobre as principais teorias existentes sobre a ação, passando a tecer algumas considerações sobre aspectos gerais das condições da ação, como seu conceito, a sua identificação com o mérito e a preclusão para as partes e para o juiz para, por fim, apreciar uma a uma as três condições da ação positivadas no direito brasileiro.

2. Ação.

2.1. Conceito de ação.

A busca pelo preciso conceito de ação esbarra na diversidade de posições adotadas sobre o tema. Várias são as acepções encontradas na doutrina sobre o que se entenderia por ação, alguns entendendo a ação como um direito¹, outros como pretensão² ou, ainda, como o exercício de um direito preexistente³. José Maria Rosa Tesheiner descreve a ação como *“um poder, isto é, o poder de provocar o exercício da jurisdição, podendo ou não revestir a qualidade de um direito abstrato”*⁴.

Por outro lado, hodiernamente, com a tendência constitucional do processo civil, Luiz Guilherme Marinoni apresenta a ação como um direito fundamental, porquanto *“cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizada conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais”, sendo, por isso, “um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais”, os quais “dependem, em termos de efetividade, do direito de ação”*⁵.

De toda a sorte, seja qual for o entendimento sobre o que seria a ação, é inequívoco que sua finalidade primordial é a obtenção da prestação jurisdicional⁶, positiva ou negativa, a fim de solucionar a pretensão formulada pelo autor em face do réu, pondo fim ao litígio e, pois, à própria ação⁷. É claro que não se trata apenas de aplicação da lei ao caso concreto, mas, sim, da justa composição da lide, restabelecendo a paz social, não se confundindo, todavia, com a chamada “ação de direito material”, a qual se constitui no exercício do próprio direito por ato do seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado⁹, praticamente inexistente na atual conjuntura social, em que o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição¹⁰.

2.2. Teorias sobre a ação.

Impositivo, a fim de melhor entender as condições da ação, tecer breves considerações sobre as

principais teorias que buscaram solucionar o problema da ação, adiantando a inexistência de pretensão em se aprofundar em cada uma delas.

2.2.1. Teoria Civilista.

Teve como precursor Savigny, que partiu da celebre definição de Celso de que “a ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido” (*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat judicio persequendi*), concluindo que a ação era o próprio direito material posto em movimento para reagir a uma ameaça ou violação. Noutras palavras, entendiam os seguidores de Savigny que não existia ação sem direito.

Muitos foram as críticas à tese de imanência do direito de ação ao direito material, iniciando-se por Windscheid e Müther, em sua conhecida polêmica, da qual se pôde extrair a existência de dois direitos coexistentes: um direito à tutela jurisdicional exercida contra o Estado e outro frente ao obrigado que é sujeito da relação substancial¹¹.

Também Wach, ao estudar o objeto litigioso, concluiu que a ação não pressupõe o direito material¹², na medida em que existem direitos de ação independentes dos direitos subjetivos, como no caso da ação declaratória negativa (art. 4º do CPC), em que o pedido deduzido é exatamente a declaração da inexistência de determinada relação jurídica.

Ademais disso, a teoria civilista não consegue explicar o fenômeno da ação (*rectius*: pedido ou demanda) julgada improcedente, haja vista que somente possuía ação aquele que detinha o direito substantivo.

Em verdade, o equívoco de Savigny foi tentar transportar ao processo o conceito de ação de direito material, o qual é distinto, notadamente se considerando não se confundir a relação jurídica substantiva com a relação jurídica de direito processual, conforme posteriormente definiu Oskar Von Bülow, ao formular a teoria do processo com relação jurídica¹³.

2.2.2. Teoria do Direito Concreto de Ação.

Adolf Wach, seguindo a linha do entendimento de Windscheid, buscou demonstrar a autonomia do direito de ação, sustentando que este não se confunde com o direito subjetivo privado, sequer com a pretensão do direito civil. Afirmou que o direito de ação possui natureza pública, dirigido contra o Estado – obrigado a concedê-lo – e contra o réu – obrigado a acatá-lo -, coexistindo duas relações, uma processual e outra de direito privado¹⁴. Wach dizia que o direito de ação, embora autônomo, só competia aquele que era titular de interesse real, e não imaginário. Daí o nome de “direito concreto de ação”.

A principal contribuição da teoria de Wach foi demonstrar que não se buscava através da ação somente “aquilo que nos era devido no plano do direito material, mas simplesmente pedia-se que o juiz declarasse por sentença que nada era devido por ninguém”¹⁵.

Chiovenda, aderindo ao pensamento de Wach, sustentou ser a ação um direito potestativo, que objetivava realizar a vontade da lei no caso concreto. A vontade da lei ficaria apenas na dependência de uma condição, qual seja, de que o particular interessado manifestasse sua vontade perante o Estado. Essa manifestação de vontade é que se denominaria “ação processual”.

Entretanto, tanto Wach, quanto Chiovenda, pecaram ao identificar a ação como um direito do autor, porquanto a vincula ao resultado da demanda, não explicando, por conseguinte, a possibilidade da “ação improcedente”. Inviável se admitir a existência de ação somente quando a sentença for de procedência¹⁶.

No que concerne às condições da ação, a teoria concreta apresentou o primeiro esboço daquilo que posteriormente foi mais bem trabalhado por Liebman, ao formular Teoria Eclética, pois, segundo Wach, a ação exigia três condições, a saber: “a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse que deveria ser real, e não imaginário; b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; e c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados”¹⁷.

2.2.3. Teoria do Direito Abstrato de Ação.

Teve como precursores Degenkolb e Plósz e se afirmava na premissa de que a ação seria realmente um direito autônomo, porém, ao contrário da teoria do direito concreto, não outorgado apenas aos que eram titulares de algum direito subjetivo material, mas, sim, a todos, independentemente de possuírem ou não algum direito. Teria direito de ação processual tanto o sujeito que tivesse direito, quanto o autor que viesse a juízo sem direito algum. Evidente, assim, que o direito de ação, por não estar ligado a nenhum direito subjetivo material, seria abstrato, ou seja, um direito subjetivo público do cidadão contra o Estado para prestação da atividade jurisdicional.

A crítica apresentada por parcela da doutrina a esta teoria se funda, basicamente, no fato de que haveria confusão entre o direito de ação e direito de petição, o qual seria o verdadeiro direito de acesso aos Tribunais, outorgado a todos¹⁹. O direito de ação, embora não se identificasse como um direito a uma sentença favorável, também não seria um mero direito de petição facultado a todos indistintamente, havendo que se qualificar mediante o preenchimento de certos requisitos (condições) para legitimar seu exercício²⁰.

2.2.4. Teoria Eclética.

Criada por Liebman, que tentou conciliar as duas posições extremadas pelas teorias concreta e abstrata da ação, sustentando que o direito de ação corresponde a um direito à jurisdição, ou seja, a ação corresponde a um agir que movimentará a jurisdição inerte. O Estado somente prestará a jurisdição se alguém o provocar por meio da ação. Há, como se vê, estrita ligação entre a ação e a jurisdição.

Para os adeptos da teoria eclética – adotada pelo nosso Código de Processo Civil – a teoria abstrata apresenta-se correta quando diz que a ação não seria direito apenas do sujeito que logra sucesso na demanda, obtendo uma sentença de procedência. A divergência, entretanto, ocorre no momento em se iniciaria a atividade jurisdicional.

Segundo professava Liebman, a jurisdição somente existe quando a demanda for capaz de ensejar uma sentença de mérito pelo julgador. Quando o juiz aprecia e julga as questões preliminares, que não correspondem ao mérito, não haverá atividade jurisdicional, pois ação e jurisdição são termos correlatos, que se exigem mutuamente. Somente poderia haver exame do mérito após um “joeiramento prévio”²² pelo julgador.

A ação, para Liebman, corresponde a um direito público subjetivo à prestação jurisdicional, a todos conferido, desde que existentes determinadas condições prévias indispensáveis ao julgamento de mérito pelo juiz. Ausente algum destes requisitos haverá óbice ao julgamento do mérito e a decisão que encerrar o processo não se constituirá em verdadeira prestação jurisdicional. De ressaltar, a propósito, que “Liebman é expresso no sentido de que nessa fase preparatória o processo funciona, em certo sentido, como um filtro, de modo a evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios”²⁴.

Em suma, o direito de ação é abstrato, existindo mesmo na ausência do direito subjetivo material, mas condicionado à existência de certos pressupostos denominados “condições da ação”. Será, segundo Frederico Marques, *“conexo, instrumentalmente, a uma pretensão, pelo que se liga a uma situação concreta sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional invocada. Por este motivo, o jus actionis se subordina a condições que se relacionam com a pretensão a ser julgada”*²⁵.

Essa teoria, como não poderia deixar de ser, não deixou de ser duramente criticada por abalizada doutrina, notadamente em razão da ligação umbilical das condições da ação com o mérito da causa. Em razão da pertinência dos fundamentos, a crítica será mais bem trabalhada no próximo tópico.

3. Condições da ação no direito brasileiro.

3.1. Aspectos gerais.

Como é sabido, Liebman aportou no Brasil na primeira metade do século 20, instalando-se em São Paulo, onde acabou por se tornar docente da Universidade de São Paulo, influenciando sobremaneira inúmeros processualistas daquela época, inclusive Alfredo Buzaid, que mais tarde foi incumbido de elaborar o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

Seguindo a nítida influência de Liebman, o Código Buzaid adotou a Teoria Eclética da Ação, determinando que o exercício do direito de ação, conquanto abstrato e autônomo, só é possível em correlação com a pretensão de direito material, tornando impositivo condicioná-lo a determinados requisitos indispensáveis ao julgamento do mérito da causa, denominados condições da ação.

Condições da ação, consoante preceitua Arruda Alvim, *“são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito”*²⁷, estando expressamente arroladas, em nosso direito positivo, no inciso VI do art. 267 do Estatuto Processual, a saber: a) possibilidade jurídica do pedido, b) interesse de agir e c) legitimação para a causa.

A aferição das condições da ação pelo juiz pode-se dar a qualquer momento, de ofício ou por iniciativa das partes (art. 267, § 3º, do CPC), sem embargo, inclusive, de que a carência de ação seja superveniente ao ajuizamento da ação, porquanto *“não só para propor ou contestar ação, mas também para ter direito a obter sentença de mérito, (favorável ou desfavorável) é necessária a presença das condições da ação”*²⁹. Sobre o tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco que *“Como a superveniência de condições da ação no curso do processo legitima o julgamento de mérito (LIEBMAN), pela mesma razão o desaparecimento de uma delas depois que a demanda foi proposta impede tal julgamento. Não seria lícito exercer a jurisdição com assento numa situação antes existente, mas agora inexistente (...)”*³⁰.

A maior crítica acerca da adoção do trinômio de Liebman pelo nosso direito positivo se consubstancia no fato de que o juiz ao apreciar as condições estaria, ao fim e ao cabo, decidindo sobre o mérito, uma vez que teria de analisar elementos da relação jurídica de direito substancial havida (ou não) entre as partes.

Para melhor discorrer sobre tais ilações, é necessário se saber, primeiramente, o que se poderia entender por mérito.

O Código, em sua exposição de motivos, seguindo a influência liebmaniana, identifica o conceito de mérito com o de lide, subsumindo-se na idéia de que seria o objeto principal do processo, em que se incluem *“todas as questões que, de qualquer forma, se refiram à controvérsia existente entre as partes e submetida ao conhecimento do juiz, cuja solução pode levar ao julgamento do pedido, que para acolhê-lo, quer para rejeitá-lo”*³¹.

Todavia, a conceituação de mérito existente no ordenamento pátrio que nos parece mais correta é aquela formulada por Cândido Rangel Dinamarco, em estudo sobre o desenvolvimento do tema na doutrina alemã, no qual conclui que *“O mérito, (...) é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame. (...) é a pretensão que consubstancia o mérito, de modo que prover sobre este significa estabelecer um preceito concreto em relação à situação trazida de fora do processo”*³².

O Código de Processo Civil, ao seu turno, distingue expressamente às condições da ação do mérito nos arts. 267, VI (*“extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) quando não concorrer qualquer das condições da ação”*), e 301, X (*“Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...) carência de ação”*).

Fábio Gomes tece severas críticas aos adeptos da teoria eclética, quando estes buscam contornar o problema da identidade das condições da ação com o mérito da causa, dizendo que a investigação de tais elementos não constitui em exame de mérito porque fundada em juízos hipotéticos, pois implicaria na *“desastrosa consequência de bastar ao autor da ação mentir para adquirir o direito à jurisdição!”*³³, com o que concorda Adroaldo Furtado Fabrício, ao afirmar que o exame das condições da ação *“não esgota o meritum causae, mas é com certeza um passo que se dá dentro do mérito”*³⁴. Ainda, necessário citar o magistério de Galeno Lacerda, quando assevera: *“Se (o magistrado) julgar inexistentes as condições da ação referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide”*³⁵.

É claro que esse entendimento não ficaria imune a críticas daqueles que seguem a doutrina eclética, como Tesheiner, que considera absurda a tese de que o exame das condições da ação envolve mérito, pois implicaria em admitir um conceito de mérito diverso daquele adotado pelo Código de Processo Civil³⁶.

Mas qual a importância em se saber se as condições são ou não matéria de mérito? A resposta é simples, está nos efeitos da coisa julgada sobre a sentença que reconhecer alguma das hipóteses do art. 267, VI, do CPC, pois em sendo mérito, a sentença faria coisa julgada material, impedindo a repositura de ação idêntica na forma prevista pelo art. 268 do Estatuto Processual.

Ocorre que, não obstante o Código adotar expressamente a teoria eclética, bem como haver processualistas de peso que defendam inexistir identidade entre as condições da ação e o mérito da causa, o certo é que a jurisprudência hodierna, em especial no Egrégio STJ, cada vez mais vem se inclinando, ainda que veladamente, no sentido de que o julgamento das condições da ação implica em exame do mérito.

A propósito, cita-se o seguinte precedente, recentemente julgado: *“RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DO PEDIDO. EXTINÇÃO. JULGAMENTO DE MÉRITO. INTERESSE DE RECORRER. Quando, no julgamento de ação rescisória, proclama a impossibilidade jurídica do pedido, o tribunal está julgando o mérito da rescisória. Em tal caso não se pode dizer que houve simples extinção do processo. (...)”*³⁸.

Em outra oportunidade, aplicando a teoria da asserção³⁹, capitaneada por parcela da doutrina pátria, a mesma Corte assentou que:

“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.”.

Feitas as considerações iniciais, passemos, então, a discorrer sobre cada uma das condições da ação.

3.1.1. Possibilidade Jurídica do Pedido

Consoante leciona Moacyr Amaral Santos, a *“possibilidade jurídica do pedido é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo”*⁴¹.

Melhor trabalhando o conceito do sábio mestre, entende-se que a possibilidade jurídica existirá sempre que não houver vedação no ordenamento jurídico, considerado como um todo, à pretensão deduzida pelo sujeito que busca a tutela jurisdicional⁴², ainda que inexista norma expressa que ampare o direito arguido em juízo⁴³.

Relativamente à terminologia adotada pelo Código (possibilidade jurídica do pedido), de se observar que ela carece de melhor técnica, porquanto restringe, à primeira vista, a possibilidade jurídica a apenas um dos elementos identificadores da ação, qual seja, o pedido. Entretanto, é inequívoco que a possibilidade jurídica também abrange os fatos e fundamentos do pedido (causa de pedir), bastando para se chegar a essa conclusão o simples exemplo da ação ajuizada para cobrança de dívida de jogo, o pedido será juridicamente possível (condenação ao pagamento de certo valor), enquanto a causa de pedir não, por encontrar expressa vedação no art. 814 do Código Civil. Assim, a possibilidade jurídica do pedido deve ser compreendida pela análise conjunta da causa de pedir e do pedido.

Pertinente observar a distinção proposta por Humberto Theodoro Junior, que entende haver duas espécies de impossibilidade jurídica do pedido: a do pedido imediato (dirigido contra o Estado-juiz) e a do pedido mediato (dirigido em face do réu). A primeira hipótese estaria prevista no inciso III do parágrafo único do art. 295 do CPC (o pedido for juridicamente impossível), sendo óbice de direito instrumental, decorrente da ausência de condição da ação, ao passo que a segunda hipótese estaria positivada no inciso II do supracitado dispositivo legal (da narração dos fatos não decorrer logicamente o pedido), tratando-se de impossibilidade de direito material⁴⁴.

A importância da distinção, segundo ele, residiria no fato de que a extinção do processo por impossibilidade material (art. 295, parágrafo único, inciso II, do CPC) importaria em apreciação do mérito, fazendo coisa julgada material, enquanto que no caso do inciso III do parágrafo único do art. 295 do CPC haverá verdadeira condição da ação, *“pois o que o juiz então vai decidir é que o pedido de tutela jurisdicional é insuscetível de apreciação. O autor, por isso mesmo, será declarado carecedor da ação, através de julgamento que não alcançará o mérito. Não ocorrerá,*

*por conseguinte coisa julgada material e a parte não estará impedido de voltar a propor a ação, depois de preenchido o requisito que faltou na primeira oportunidade*⁴⁵.

Contudo, de se notar que Calmon de Passos professa entendimento diverso, afirmando que, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 295 do CPC, “há *impossibilidade jurídica absoluta de deferir-se ao autor o bem da vida pretendido, porque é este próprio bem que, em abstrato, o ordenamento jurídico veta seja deferido a quem quer que seja, ou porque para deferimento não prevê ele solução que agasalhe sua acolhida*”⁴⁶, ou seja, a impossibilidade estaria no direito subjetivo material.

Acreditamos mais correta a posição de Calmon de Passos, na medida em que a inépcia da inicial no caso previsto no inciso II do parágrafo único do art. 295 CPC constitui em defeito formal da petição inicial, consubstanciado na ilogicidade entre a premissa maior e menor da peça processual com sua conclusão e não na absoluta ausência de amparo da pretensão deduzida no ordenamento jurídico. Logo, não faria coisa julgada material.

De se observar que na possibilidade jurídica do pedido se pode visualizar com maior nitidez a estreita ligação – quiçá identificação – entre as condições da ação e mérito, bastando o exemplo da ação de usucapião extraordinária, citado por quase todos os que críticos da teoria eclética, na qual a parte alega posse qualificada pelo prazo de quatro anos. O autor seria julgado carecedor de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Todavia, se o mesmo autor mentisse em juízo, dizendo ter posse vintenária, a ação teria seu normal tramite, sendo ao final julgado improcedente o pedido. Ambos os exemplos são idênticos, sem qualquer diferença. Entretanto, somente no segundo caso se poderia falar em coisa julgada material.

Por fim, cumpre observar que o próprio Liebman, autor da teoria que influenciou a inserção das três condições da ação em nosso direito positivo, ainda antes do advento do Código de 1973, já havia excluído a possibilidade jurídica como condição da ação, subsumindo-a ao interesse de agir⁴⁷. Ironicamente, assim, nossa legislação adotou a idéia original encetada pela Teoria Eclética, a qual seu próprio criador já havia abandonado.

3.1.2. Interesse processual.

O Código de Processo Civil, nos arts. 3º, 267, VI, e 295, III, faz expressa referência ao interesse de agir (*rectius*: processual) como condição da ação.

Inicialmente, importa observar que o interesse exigido nos dispositivos supracitados não se confunde com o interesse substancial ou primário, ou seja, o interesse em conflito na lide⁴⁸, o qual se busca tutelar por meio da ação, mas, sim, “*o interesse que a parte tem de agir, de provocar a jurisdição, sem o que o bem da vida buscado não poderá ser conseguido, porquanto não lograra obtê-lo pela via extraprocessual*”⁴⁹.

O interesse processual, portanto, seria um “*interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão*”⁵⁰.

Por essa razão, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com propriedade, entendem mais adequada a terminologia “*interesse processual*”, conforme consta expressamente no inciso VI do art. 267 do CPC, uma vez que “*agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que interesse processual significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual*”⁵¹.

O interesse processual deve ser aferido pela conjugação do binômio “*necessidade x utilidade*”, ou seja, necessidade na provocação da jurisdição para obtenção do bem da vida, a qual se

inviabilizou pela via extrajudicial, e utilidade⁵² do provimento judicial postulado para satisfação do interesse posto em juízo.

Esgotando o tema de forma extremamente didática, Adroaldo Furtado Fabrício ensina que:

O requisito consiste em ser a prestação jurisdicional buscada pelo autor necessária e útil, vale dizer, a ação só será admitida se a atuação do Estado-juiz for a única, nas coordenadas do caso concreto, capaz de assegurar ao demandante a satisfação da pretensão de direito material por ele manifestada. Do ponto-de-vista da necessidade, a imposição da restrição visa impedir que alguém provoque a atividade jurisdicional (sic) do Estado por mero capricho ou comodismo, quiçá com o só propósito de molestar o réu, quando estava apto a obter o mesmo resultado por seus próprios meios e sem resistência. Na perspectiva da utilidade, supõe-se que a sentença almejada represente um proveito efetivo para o autor, no sentido de assegurar-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que a anterior. A conceituação do interesse processual por essa dupla visualização garante que o aparelhamento judiciário não seja utilizado como órgão de consulta para simples solução acadêmica de teses jurídicas e que, de outra banda, dela não se abuse como instrumento de intimidação ou pressão⁵³.

Nesse mesmo sentido acima exposto, de observar que o Augusto STJ já manifestou entendimento de que *“O interesse de agir é manifesto quando a ação proposta é o meio idôneo à obtenção dos escopos da demanda, alcançável somente pela via judicial”*⁵⁴.

Essa mesma Corte, em outra oportunidade, também decidiu que *“Furtado o veículo objeto do arrendamento mercantil, o arrendante não tem interesse em propor ação de reintegração de posse contra o arrendatário inadimplente, porque eventual sentença de procedência não terá utilidade prática, até porque será logicamente inexecutível. (...) Quem não tem a posse, não pode ser demandado para reintegrá-la”*⁵⁵.

Ainda, o Tribunal de Justiça Gaúcho, seguindo essa linha, decidiu pela *“inadmissibilidade do processo de conhecimento (sob qualquer rito) quando o autor dispõe de título executivo, pois ausente o requisito do interesse processual, no sentido chiovendiano de necessidade e utilidade da prestação jurisdicional pretendida”*⁵⁶.

3.1.3. Legitimação para a causa.

Por fim, encerrando as espécies de condição da ação positivadas na legislação pátria, temos a legitimação para a causa (*legitimatío ad causam*) que, ordinariamente, se constitui na correspondência entre as posições de autor e réu com a dos sujeitos ativo e passivo da relação jurídica de direito material.

Em outras palavras, a legitimação para a causa, segundo Liebman, consiste na *“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 da tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo”*⁵⁷.

Ainda sobre o tema, Clito Fornaciari Júnior, com precisão peculiar, sustenta que:

A legitimação para a causa consiste no deferimento do direito de ação àquele a quem pertine o possível Direito Material que estará em discussão no processo. Para o pólo ativo, a legitimidade é de quem, em sendo julgada procedente a demanda, recolherá os benefícios da mesma; para o pólo passivo, ela é mensurada em função da resistência oferecida à pretensão do autor, sendo legitimado aquele que se opõe ao exercício de seu direito, e que, em sendo a demanda procedente, sofrerá efeitos da decisão⁵⁸.

Tais definições servem para conceituar a legitimação ordinária da parte, em que os próprios sujeitos da relação jurídica de direito material estão no processo na condição de autor e réu. Entretanto, há casos em que isso não ocorre, sendo a ação exercida por ou contra quem não seja

o titular do direito material posto em juízo.

Nestas hipóteses excepcionais ocorrerá a chamada legitimação extraordinária, cujo fundamento legal se encontra no art. 6º do CPC, o qual dispõe que *“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”*.

Voltaire de Lima Moraes ensina que a regra contida no art. 6º do CPC traz em si dois comandos distintos: na primeira parte, ele reafirma o conteúdo do art. 3º do próprio Código, vedando a utilização da ação por quem não seja o titular do direito material controvertido e, na segunda parte, admite a possibilidade de excepcionar a regra geral, ressalvando neste caso que a própria lei assegurará a legitimidade, *“de forma extraordinária, na condição de substituto processual”*⁶⁹.

A substituição processual, segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *“é o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa de pretensão alheia”*⁶⁰.

O próprio Código de Processo Civil traz em bojo um exemplo de substituição processual, quando prevê a manutenção do alienante da coisa litigiosa em um dos pólos do processo no caso de não aceitação pela parte adversa da sucessão processual (art. 42, § 1º). Neste caso, ele permanece como parte, conquanto não mais seja o titular do direito material discutido na lide⁶¹.

Outro exemplo se tem no art. 81 do CPC, que outorga legitimidade extraordinária ao Ministério Público para atuar como parte nos casos expressos em lei, tais como: ação de declaração de ausência (art. 22 do CC); ação de extinção de fundação (art. 69 do CC e art. 1.204 do CPC); ação de suspensão e/ou destituição do poder familiar (art. 1.637 do CC); e ação de nulidade de casamento (art. 1.549).

Entretanto, no tocante às ações coletivas para defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, importante se fazer uma ressalva quanto ao ponto, pois parcela considerável da doutrina recente tem entendido, com argumentos firmes, que o Ministério Público e as demais pessoas arroladas na Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor não agiriam no processo por legitimação extraordinária, na qualidade de substituto processual, havendo nestes casos uma nova espécie de legitimidade, cuja perspectiva não poderia se enfocada pela mesma linha seguida na concepção tradicional do Código de Processo Civil.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem que tais sujeitos possuiriam “legitimação autônoma”, pois a figura do substituto processual pertence exclusivamente ao direito processual individual, só havendo sentido quando existe um direito subjetivo singular a ser substituído. Os direitos difusos e coletivos, por outro lado, não poderiam ser abarcados pelo mesmo sistema, uma vez que não têm como característica a individualidade, não se podendo substituir a coletividade ou pessoas indeterminadas. Sua legitimidade, portanto, seria autônoma, *“independente do conteúdo do direito material a ser discutida em juízo”*⁶².

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma não ser possível trasladar a legitimação criada para reger os casos do direito individual para as ações coletivas, em que o objeto tutelado é “metaindividual”, na medida em que *“não se vai encontrar o ‘titular’, o ‘dono’ do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua ‘partição’ ou ‘fracionamento’ (a chamada ‘indivisibilidade do objeto’) e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos ‘titulares’ (a chamada ‘indeterminação dos sujeitos’)”*⁶³.

Por fim, não se pode deixar de citar a posição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sobre o tema, quando asseveram que:

(...) não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela

coletiva. De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em 'direito alheio, raciocina-se a partir de uma visão individualista que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da idéia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária"⁶⁴.

Todavia, em que pese a bem trabalhada distinção entre a tutela individual e coletiva, a doutrina e jurisprudência dominantes tem mantido a mesma classificação da legitimação para as ações individuais e transindividuais.

Na seara doutrinária, basta citar, por todos, o pensamento de Teori Albino Zavascki, quando aduz que *"tratando-se de direitos difusos ou coletivos (= sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor defende, em nome próprio, direito de que não é titular"*⁶⁵.

Ainda nesse propósito, o Superior Tribunal de Justiça, assim entendeu: *"Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional. (...) Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual"*⁶⁶.

4. Conclusão.

Pode-se concluir, ao final da exposição, que a evolução do conceito de ação ainda não chegou ao seu fim, estando, ao revés, cada mais longe de um consenso, ainda mais com a necessidade de regramento dos chamados "novos direitos", cuja existência não era imaginada quando da concepção de qualquer das teorias hoje existentes.

Outrossim, a teoria adotada pelo Código, em que pesem seus predicados, padece de graves defeitos que a comprometem cientificamente. Não se pode conceber que a atividade exercida pelo juiz na apreciação das condições da ação não se constitua exercício da jurisdição estatal. Aliás, como bem observado por Adroaldo Furtado Fabrício, tal entendimento poderia resultar na descabeçada possibilidade de se admitir um recurso processual para um ato não-processual no caso de indeferimento da inicial, por carência de ação⁶⁷.

Acompanhamos, pois, o pensamento de Araken de Assis, no sentido de que, dentre as teorias então existentes, a que maior fidelidade guarda com a realidade forense e com os princípios hoje vigentes é a teoria do direito abstrato de agir, uma vez que a restrição que lhe oposta – confusão entre direito de ação e direito de petição – se apresenta a mais fraca dentre as objeções existentes a todas as teorias.

NOTAS DE RODAPÉ CONVERTIDAS

1 Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 159; Arruda Alvim Netto, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 351.

2 Couture, Eduardo Juan. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, p. 57.

3 Gomes, Fábio. *Carência de Ação*, p. 19.

- 4 Tesheiner, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, p. 107.
- 5 Marinoni, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, vol. 1, p. 204.
- 6 Arruda Alvim Netto, José Manoel de. *op. cit.*, p. 352.
- 7 Santos, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 167.
- 8 Assis, Araken de. *Cumulação de Ações*, pp. 50-51.
- 9 Silva, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, p. 66.
- 10 Salvo raras hipóteses expressamente previstas em lei, como o desforço possessório imediato previsto no art. 1.210, § 1º, do Código Civil.
- 11 Gomes, Fábio. *op. cit.*, p. 21.
- 12 Assis, Araken de. *op. cit.*, p. 58-59.
- 13 Dinamarco, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. 1, pp. 40-42.
- 14 Gomes, Fábio. *op. cit.*, p. 30; Marinoni, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 164.
- 15 Silva, Ovídio A. Baptista da. *op. cit.*, p. 81.
- 16 Assis, Araken de. *op. cit.*, p. 59; Silva, Ovídio A. Baptista da. *op. cit.*, p. 83-84.
- 17 Gomes, Fábio. *op. cit.*, p. 31.
- 18 Silva, Ovídio A. Baptista da. *op. cit.*, p. 84; Couture, Eduardo Juan. *op. cit.*, pp. 13-14
- 19 Lacerda, Galeno. *Despacho Saneador*, p. 76.
- 20 Silva, Ovídio A. Baptista da. *op. cit.*, p. 85.
- 21 Tesheiner, José Maria Rosa. *op. cit.*, p. 110.
- 22 Expressão de Liebman, conforme aduz Fábio Gomes, *op. cit.*, p. 45.
- 23 Silva, Ovídio A. Baptista da. *op. cit.*, pp. 84-90.
- 24 Gomes, Fábio. *op. cit.*, p. 44.
- 25 Marques, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 28.
- 26 Fabrício, Adroaldo Furtado. “*Extinção do Processo*” e *Mérito da Causa*, in “Saneamento do processo: Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda”, p. 33.
- 27 Arruda Alvim Netto, José Manoel de. *op. cit.*, p. 352.
- 28 “(...) LEGITIMIDADE DE PARTE. PRECLUSÃO ‘PRO JUDICATO’. Inocorrência de preclusão ‘pro judicato’ quando se trata da análise das condições da ação e dos pressupostos processuais. Matéria de Direito Público. Possibilidade de apreciação pelo juiz de ofício a qualquer tempo. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA”. (Apelação Cível Nº 70013035720,

Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/01/2006).

29 Nery Junior, Nelson; Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 142. No mesmo sentido, Tesheiner, José Maria Rosa, *op. cit.*, p. 120.

30 Dinamarco, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. II, pp. 1055-1056. Sobre o mérito e sua identificação com a pretensão e o objeto litigioso, recomenda-se a leitura do aprofundado estudo de Darci Guimarães Ribeiro (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004).

31 Gomes, Fábio. *op. cit.*, p. 43.

32 Dinamarco, Cândido Rangel, *op. cit.*, pp. 254-255.

33 Gomes, Fábio. *op. cit.*, p. 68.

34 Fabrício, Adroaldo Furtado, *op. cit.*, p. 46.

35 Lacerda, Galeno, *op. cit.*, p. 82.

36 Tesheiner, José Maria Rosa Tesheiner. *op. cit.*, p. 110.

37 Tesheiner, *op. cit.*, p. 128, define as condições da ação “*como aquela parcela do mérito imune à coisa julgada*”.

38 REsp 819.352/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 03.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 574.

39 Pela qual se entende que a sentença terminativa por ausência de condição da ação proferida após cognição profunda das alegações das partes, com esgotamento dos meios probatórios, implica em julgamento de mérito, não obstante fundamentada no art. 267 do CPC.

40 REsp 832370/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02.08.2007, DJ 13.08.2007 p. 366.

41 Santos, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 170.

42 Exemplo de proibição expressa na legislação pátria se encontra no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 7.347/85, que veda a utilização da ação civil pública para veicular pretensão que envolva matéria tributária. Ainda, segundo o STJ, no caso da ação de busca de apreensão prevista no Decreto-Lei n.º 911/69, em que se exige a mora do devedor, sem a qual haverá impossibilidade jurídica do pedido (AgRg no REsp 824.480/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18.05.2006, DJ 19.06.2006 p. 151).

43 Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que “*A impossibilidade jurídica do pedido é de ser reconhecida apenas quando há expressa proibição do pedido no ordenamento jurídico, e não quando inexistente norma jurídica que ampare a pretensão do Impetrante*” (MS 11.513/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 28.03.2007, DJ 07.05.2007, p. 274).

44 Theodoro Junior, Humberto. *Pressupostos Processuais Condições da Ação e Mérito da Causa*, RePro 17, pp. 46-47.

45 *Idem, ibidem*. Esse posicionamento encontra alguma ressonância na jurisprudência, consoante se observa do seguinte julgado do STJ: “(...) se a extinção do processo se fundar em impossibilidade jurídica do pedido, poderá ser proposta outra ação, porém não a mesma; se a ilegitimidade de parte for ativa ou se faltar interesse processual ao autor, não poderá propor nova ação”. (REsp 903.355/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17.04.2007, DJ 14.06.2007 p. 269).

46 Calmon de Passos, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, p. 246.

47 Tesheiner, José Maria Rosa. *op. cit.*, p. 113.

48 Theodoro Junior, Humberto. *op. cit.*, p. 48.

49 Moraes, Voltaire de Lima. *Das Preliminares no Processo Civil*, p. 18.

50 Santos, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 170.

51 Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, p. 436.

52 Tesheiner, José Maria Rosa. *op. cit.*, pp., 117-120, denomina como “adequação”, o que entendemos, na essência, possui o mesmo significado.

53 Fabrício, Adroaldo Furtado. *op. cit.*, pp. 41-42.

54 REsp 620.512/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.02.2007, DJ 01.03.2007 p. 229.

55 REsp 469.063/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 20.03.2007, DJ 14.05.2007 p. 279.

56 Agravo de Instrumento nº 195057757, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, julgado em 28/06/1995.

57 Liebman, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 159.

58 Fornaciari Junior, Clito. *Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*, pp. 89 e 90

59 Moraes, Voltaire de Lima. *op. cit.*, p. 121.

60 Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, p. 152.

61 Observe-se que, caso houvesse sido admitida a substituição pelo sucessor, ocorreria a substituição de partes, que nada tem a ver com substituição processual aqui tratada, sendo mera sucessão no processo.

62 Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, pp. 152-153.

63 Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, pp. 103-104.

64 Marinoni, Luiz Guilherme Marinoni; Arenhardt, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 727.

65 Zavascki, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 76.

66 REsp 488.427/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 471.

67 Fabrício, Adroaldo Furtado. *op. cit.*, p. 24.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. I.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. III.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. 3ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1942.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. I.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. II.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo" e Mérito da Causa. In: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do Processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989, pp. 15-57.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. *Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª. ed. (trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco). Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. I.

_____; Arenhardt, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MORAES, Voltaire de Lima. *Das Preliminares no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Condições da Ação. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 64, pp. 33-38,

out/dez. 1991.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. I.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I.

_____. Gomes; Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Pressupostos Processuais, Condições da Ação e Mérito da Causa. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 17, pp. 41-49, jan/mar. 1980.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.