

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ELAINE CRISTINA JANKOVSKI

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A TEORIA DA ASSERÇÃO

**CURITIBA
2009**

ELAINE CRISTINA JANKOVSKI

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A TEORIA DA ASSERÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof^o. Sandro Gilbert Martins

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

ELAINE CRISTINA JANKOVSKI

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A TEORIA DA ASSERÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 TEORIAS SOBRE O DIREITO DE AÇÃO | 7 |
| 2.1 TEORIA CLÁSSICA, CIVILISTA OU IMANENTISTA..... | 7 |
| 2.2 A CONTROVÉRSIA ENTRE WINDSCHEID E MUTHER..... | 9 |
| 2.3 AÇÃO COMO DIREITO AUTÔNOMO E CONCRETO..... | 11 |
| 2.4 TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO AUTÔNOMO E ABSTRATO... | 13 |
| 2.5 TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO..... | 15 |
| 2.6 TEORIA DE LIEBMAN | 17 |
| 3 CONDIÇÕES DA AÇÃO | 21 |
| 3.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO..... | 22 |
| 3.2 LEGITIMIDADE DE PARTES..... | 25 |
| 3.3 INTERESSE DE AGIR..... | 28 |
| 4 TEORIA DA ASSERTÃO | 32 |
| 4.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO..... | 36 |
| 4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL..... | 43 |

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de verificar a respeito da teoria da asserção, ou seja, qual o momento em que deve ser analisada a presença das condições da ação, com base do entendimento doutrinário e jurisprudencial. Relaciona-se a teoria da asserção com a teoria eclética e a legislação processual, tecendo as críticas a respeito da impossibilidade de se adotar a teoria eclética. Há o estudo de cada uma das condições da ação, quais seja, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir, bem como um explanação histórica a respeito das teorias da ação, que inicialmente assentava a ação em dependência com o direito material e sua evolução, para reconhecê-la como um direito autônomo.

Palavras-chave: condições da ação; teoria da asserção; legitimidade de partes; interesse de agir; possibilidade jurídica do pedido; teoria eclética; teorias da ação.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico tem como enfoque as condições da ação, suas teorias e como elas se operam em nosso ordenamento jurídico, especialmente a teoria da asserção.

O estudo aqui realizado tem a finalidade de examinar a utilidade e aplicação prática das condições da ação, na forma como está prevista no Código de Processo Civil, analisando-se a teoria proposta por Liebman, bem como as críticas de outros juristas.

A importância do tema reside no momento em que deve ocorrer a análise das condições da ação, quando o juiz despacha a petição inicial (teoria da asserção) ou depois de realizada a dilação probatória (teoria de Liebman)? Ao seguir um ou outro posicionamento, o magistrado estará definindo qual o julgamento a ser proferido, nos termos do artigo 267 ou do artigo 269 do Código de Processo Civil.

Inicia-se a Monografia com uma análise histórica acerca das teorias da ação, desenvolvida desde o período romano, a qual era dependente do direito material, e sua evolução para os dias atuais, reconhecendo-a como um direito autônomo.

No segundo capítulo enfoca-se especificamente a análise das condições da ação (legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir), com base nas lições trazidas de diversos doutrinadores que se dedicaram ao estudo da matéria.

Finalizando a Monografia, pondera-se a respeito da teoria da asserção e a teoria abstrata de Liebman, com a exposição de várias

posições doutrinárias a este respeito. Por fim, há a análise de algumas jurisprudências e o posicionamento predominante dos Tribunais.

2 TEORIAS SOBRE O DIREITO DE AÇÃO

O conceito de ação, segundo Arruda Alvim:

É o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação da nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material).¹

Para analisar a respeito das condições da ação, faz-se necessário o estudo acerca das teorias a respeito do direito de ação, sua evolução a partir do século XIX, para reconhecer como um direito processual autônomo, que existe de forma independente e desvinculada ao direito material.

2.1 TEORIA CLÁSSICA, CIVILISTA OU IMANENTISTA

Essa teoria, que tem origem no Direito Romano, pressupõe que a ação é um direito material, ou seja, meio de perseguir o que de direito. Nesse sentido, afirma o doutrinador Marcelo Paulo Maggio:

Toma-se como termo inicial a definição de Celso, onde a ação consistiria no direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido. A ação é vista como imanente ao direito material, não havendo distinção entre eles, mas sim, uma complementaridade originária da intimidade profunda que se entendia haver entre ambos.²

¹ ARRUDA Alvim. **Manual de direito processual civil**. 9ª ed., vol. 1, São Paulo: RT, 2005, p. 351.

² MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da ação** – com ênfase à ação civil pública para tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005, p. 47.

Por essa teoria, haveria três conseqüências: “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.³ Essas premissas estavam reconhecidas no Código Civil de 1916, em seu artigo 75, que assim dispunha: “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.⁴

Conforme assevera Antonio Carlos de Araújo e outros doutrinadores, “pela escola denominada clássica ou imanentista (ou ainda civilista, quando se trata de ação civil), a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação”.⁵

Arruda Alvim afirma que “a teoria clássica acerca da natureza jurídica da ação identificava-a como o direito material; uma e outro eram a *mesma realidade*, apenas apresentadas sob *formas diversas*”.⁶

Como crítica a essa teoria, pode-se citar os casos em que a sentença reconhecia a ausência do direito subjetivo do autor ou quando se pleiteava a declaração de inexistência da relação jurídica. Em tais hipóteses, não havia o respaldo pela teoria clássica.

A este respeito, cita-se o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni:

É intuitivo que a ação não se confunde com o direito material. Hoje, ao contrário do que ocorria à época em que tal confusão era feita, qualquer leigo sabe que propor uma ação significa ter o direito que através dela se busca, pois não é difícil ouvir alguém falar que o juiz não percebeu a existência do direito ou que as provas não foram produzidas de forma a evidenciá-lo, embora ele fosse de fácil demonstração. De modo que a

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 250.

⁴ BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, op. cit., p. 250.

⁶ ARRUDA Alvim, op. cit., p. 343.

antiga idéia de que a ação e o direito material constituem uma coisa só atualmente não merece sequer cogitação.⁷

Ovídio Baptista adverte que muitas teorias sobre o direito de ação não conseguiram explicar de forma satisfatória a ação processual, por estarem vinculadas ao direito material:

Ora, definimos a denominada 'teoria civilista' a 'ação' processual como o direito de perseguir em juízo 'o que nos é devido pelo obrigado', a doutrina misturou as duas realidades, ou seja, o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal e a ação de direito material, que é o agir do titular do direito para obtenção 'do que lhe é devido', e, ao assim proceder, não teve como explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo sem ter direito, ou seja, ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente, pois em tal caso a 'ação' processual não teria sido o direito de perseguir em juízo 'o que nos é devido'.⁸

Dentre os seus seguidores, destaca-se Savigny, que modernizou e desenvolveu o entendimento do Direito Romano. Além disso, pode-se citar Garsonnet, Marttirolo, Paula Baptista, João Monteiro, Clóvis Bevilaqua, Eduardo Espínola e Câmara Real.⁹

2.2 A CONTROVÉRSIA ENTRE WINDSCHEID E MUTHER

Em meados do ano de 1857, travou-se na Alemanha uma polêmica a respeito do direito de ação, entre Theodor Muther e Bernhard

7 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Vol. 1., 3ª ed., rev., e atual. 2. tir., São Paulo: RT, 2008, p. 176.

⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1: processo de conhecimento. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 79.

Windscheid, que foi o início da separação do direito material do direito de ação.¹⁰

Windscheid defendia a idéia de que a ação (*actio*) “(...) dizia respeito à pretensão do ofendido dirigida contra a obrigação de fazer ou a não fazer”.¹¹

Segundo Marinoni:

Windscheid concluiu que a pretensão é o equivalente moderno *actio*, afirmando que a pretensão é distinta do direito subjetivo, do qual é uma simples emanção que confere ao autor a possibilidade de exigir a sua realização, e do próprio direito de agir contra do Estado (direito de se queixar ou *Klagerecht*).¹²

A tese de Windscheid, segundo a qual a ação é o exercício da pretensão perante o juiz, muito embora separe pretensão do direito subjetivo material, permanece a idéia de que a ação é um direito material, e não um direito processual.¹³

Já Muther afirmou que a ação “consistia no direito do lesado em buscar o amparo jurisdicional do Estado e o direito deste de tomar as providências necessárias para extinguir a lesão, contra o seu autor, sendo ela, portanto, bilateral e de natureza pública.”¹⁴

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a partir da teoria de Muther “nasceriam dois direitos: a) Direito do ofendido à tutela do Estado; b)

¹⁰ MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 48.

¹¹ Idem.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 176.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 176.

¹⁴ MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 49.

Direito do Estado de eliminação da lesão, contra aquele que a praticou”.¹⁵

Além disso, havia divergência entre os dois doutrinadores a respeito do direito romano:

Enquanto Windscheid entendeu que a ordenação romana era uma ordenação de pretensões que podem ser perseguidas judicialmente, Muther sustentou que a ordenação romana, assim como a moderna, era uma ordenação de direitos. É por isso que Muther disse que aquele que pedia a fórmula ao pretor, também devia ter um direito subjetivo, que, no seu raciocínio, seria o próprio fundamento do direito à fórmula. De acordo com Muther, desde o direito romano se podia conceber que, ligado ao direito privado, havia um direito contra do Estado, de modo que também no direito moderno, diante da idéia de ‘Klagerecht’, existiria um direito de agir autônomo em relação ao direito privado, ainda que a ele vinculado.¹⁶

Sobre essa questão, aduziu Fábio Gomes:

(...) apresenta uma concepção da *actio* romana desvinculada do direito subjetivo material, pois, caso o pretor enunciasse a fórmula (e não estava obrigado a enunciá-la), poderia o juiz, depois, não confirmá-la, [...] enquanto o direito à fórmula era público, o direito originário (subjetivo material) era privado.¹⁷

Windscheid partia da premissa de que o ordenamento romano era de pretensões perseguíveis judicialmente, e não de direitos, como afirmava Muther. Assim, se alguém exige que se reconheça uma relação de direito ou de fato, estará exigindo algo, qual seja, a concessão da tutela judicial para obter o que é exigido e com isso é atribuída a *actio*, para a realização do direito, através da via judicial. Entretanto, para Muther, havia o direito material (decorrente do direito

¹⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1998, p. 176.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 176 e 177.

¹⁷ GOMES, Fábio. **Carência de ação**: doutrina e comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: RT, 1999, p. 24.

originário) e o direito de agir contra o Estado (poder de concessão da fórmula, através do pretor). Esse direito de agir concede ao Estado os meios de coerção necessários para serem exercidos em face do réu, a fim de que a obrigação seja cumprida.¹⁸

Com efeito, o entendimento exposto por Muther foi o primeiro a compreender o direito de ação de forma autônoma em relação ao direito material, muito embora o direito de agir do Estado estivesse vinculado a um direito material. Windscheid acabou concordando com alguns argumentos de Muther mais tarde, principalmente a relação de direito processual, exercida através da tutela do Estado.

2.3 AÇÃO COMO DIREITO AUTÔNOMO E CONCRETO

A teoria desenvolvida por Adolf Wach, em 1885, classificou a ação como um direito autônomo, dirigido em face do Estado e do adversário, em que a satisfação do direito de ação apenas se concretiza com a sentença favorável. Segundo Wach, como o juiz poderia conceder algo que não era devido e declarar que não era devido por ninguém (ação declaratória negativa), não haveria espaço para confundir ação e direito material.¹⁹

Assim, a inovação trazida por Wach foi a possibilidade de ajuizar ação não apenas para buscar o que era devido, mas também visando a declaração na sentença de que nada era devido. Com isso, há a

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 177.

¹⁹ MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 50.

possibilidade de uma sentença de mérito, mas sem a relação de direito material.²⁰

Nesse sentido, afirmou Marcelo Abelha Rodrigues:

A teoria do direito autônomo e concreto, segundo Wach, consistindo a ação, num direito concreto à tutela jurídica, a apreciação da existência ou inexistência do direito de ação, somente seria feita na oportunidade da sentença. Só então o juiz diria se existia ou não a ação: sendo procedente a ação, concederia a tutela jurídica; caso contrário, negaria a tutela e a ação não teria verdadeiramente existido.²¹

Segundo Maggio:

A ação corresponde a um direito público e concreto, na medida em que somente terá existência quando houver o reconhecimento do direito material. Somente pode ser exercida pelo titular de um interesse real e não, imaginário. Para a caracterização da ação deve existir a violação ou ameaça de ofensa a direito, além da correspondência entre o direito e o ordenamento jurídico concreto, consubstanciado em regras previamente definidas.²²

Por essa teoria, o direito processual possuía relativa independência com o direito material, pois ficava vinculado a uma sentença favorável. A esse respeito, afirma Marinoni:

Porém, o direito à tutela jurídica, no raciocínio de Wach, significa direito à sentença favorável ou à execução ou ao seqüestro, todos representando atos de proteção jurídica. Ou seja, o autor ou réu que não obtivesse sentença favorável não teria tutela jurídica. A teoria de Wach, embora frise a necessidade de o Estado dar proteção ao cidadão, demonstrando que o direito a essa proteção nada tem a ver com o direito material, vincula tal proteção a um ato de proteção concreta, com a sentença favorável, a execução e o seqüestro.
(...)

²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 81.

²¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., p. 176.

²² MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 50.

Ainda que o autor e o réu tivessem pretensão à sentença, a pretensão à tutela jurídica dependia de uma sentença favorável.²³

Como principais traços dessa teoria, pode-se destacar:

1º.) a ação é relativamente independente do direito material (substancial), que por seu intermédio se pretende fazer valer; 2º.) é, assim, um direito secundário, dado que supõe – na generalidade dos casos – um outro direito, o qual é, por sua vez, o direito primário; 3º.) com esse direito primário, porém, não se confunde, embora haja de retratar qual seja esse direito. Esta afirmação é verdadeiramente axiomática, se tivermos presente a hipótese da ação declaratória negativa, cujo pressuposto é a própria inexistência de uma relação jurídica de direito material; 4º.) os requisitos do direito de ação são determinados pelo direito processual; 5º.) a ação é bifronte, exercitável em duas direções: a) em face do Estado, a quem se pede prestação jurisdicional; b) contra o réu, obrigado a suportar a referida prestação.²⁴

A crítica feita a esta teoria é a de que apenas se a sentença for favorável o autor terá direito à tutela jurídica estatal, entretanto, sempre deverá haver uma atividade estatal mesmo sem reconhecer o direito material.²⁵ Além disso, não trás qualquer meio ou procedimento a ser utilizado até que seja proferida a sentença.²⁶

2.4 TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO AUTÔNOMO E ABSTRATO

Alguns anos mais tarde, surgiram as teorias de Degenkolb e Plósz, para embasar as sentenças desfavoráveis para o autor, pois o direito de agir não é apenas autônomo, mas também abstrato. Assim,

²³ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 177.

²⁴ ARRUDA Alvim, op. cit., p. 344.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 177.

²⁶ MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 51.

com base na boa-fé e na consciência da existência de um direito, seria possível agir, mesmo sem o direito material.²⁷

Para Marinoni, essa teoria se caracteriza como a possibilidade do provimento jurisdicional de mérito proferido pelo Estado, independente de haver o direito material alegado, ou seja, tem como objetivo apenas o pronunciamento de mérito, seja ele favorável ou não ao autor.²⁸

Conforme exposto por Ovídio Baptista:

Para a chamada teoria do 'direito abstrato de ação' (DEGENKOLB, PLÓSZ e seus seguidores), este é um direito público subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado. Tanto aquele que tiver sua demanda declarada procedente quanto o outro que propusera 'ação' julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público, através do qual impunham ao Estado o cumprimento de sua obrigação de prestar jurisdição. Logo, tanto o autor que visse a demanda acolhida pela sentença quanto aquele que tivesse repelida sua pretensão por infundada teriam um idêntico 'direito de ação', enquanto exercício de uma pretensão de tutela jurídica perante o Estado.²⁹

Segundo Marcelo Paulo Maggio:

A ação consiste no direito a um pronunciamento do Estado quanto ao pedido elaborado pelo autor, sendo desnecessário que a sentença proferida venha a julgar procedente o requerimento apresentando, já que independe da subsistência do direito material invocado. Seu ponto nodal reside no fato de que, para a existência da ação, não se necessita que o autor tenha êxito em sua demanda, podendo vir a ser julgada totalmente improcedente.³⁰

Essa teoria sofreu críticas, pois não havia qualquer relação com o direito material, sendo apenas um direito de petição, sem a

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 177.

²⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., p. 177.

²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 84-85.

³⁰ MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 53.

observância de requisitos prévios para sua legitimação.³¹ Desta forma, para que exista o direito de ação, devem-se observar determinados requisitos e condições, sob pena se de caracterizar apenas um direito cívico de petição, direito este que todo cidadão possui de solicitar providências aos órgãos estatais.³²

2.5 TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO

Esta teoria tem como partidário o doutrinador Guisepe Chiovenda, a qual sustenta “que a ação consistia em um direito autônomo, mas que não se dirige contra do Estado, porém somente em relação ao adversário, não configurando num direito subjetivo e nem num direito público.”³³

Segundo os ensinamentos de Ovídio Baptista, a teoria desenvolvida por Chiovenda tinha a ação como “(...) um direito especial de natureza potestativa,³⁴ por meio do qual se realizava, no caso concreto, a vontade da lei, abstratamente prevista pelo ordenamento jurídico”.³⁵

Conforme leciona Arruda Alvim, “o direito potestativo tem dois objetivos primordiais: 1º.) fazer cessar um direito ou estado jurídico

³¹ Idem.

³² SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 85.

³³ MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 51.

³⁴ “Denominam-se ‘direitos potestativos’, também chamados ‘direitos formativos’, uma classe especial de direitos subjetivos cuja satisfação não depende propriamente do cumprimento de um dever do obrigado, ou de uma prestação a ser realizada por este. Os direitos potestativos são poderes que o respectivo titular tem de formar direitos, mediante a simples realização de um ato voluntário e sem que se exija do obrigado o cumprimento de uma obrigação correspondente.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 82).

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 82.

existente; 2º.) produzir um estado jurídico inexistente, e, nessa produção, compreende-se a mera modificação”.³⁶

Com efeito, a ação não é proposta em face do Estado, mas em face do próprio adversário. A ação “constitui um poder em face do réu”.³⁷ O Estado é visto como o órgão público de prestação de tutela jurídica.

De acordo com Marinoni:

Segundo Chiovenda, a ação requer uma sentença favorável e, nesse caso, produz os efeitos da atuação da lei em face do adversário. Portanto, o réu, diante da ação, fica sujeito aos efeitos jurídicos derivados da sentença favoráveis do autor. Essa sentença ou tais efeitos jurídicos dependem do exercício da ação, vista como um poder em face do adversário, isto é, como uma ação que, quando acolhida, sujeita o adversário a determinados efeitos. De modo que a ação, para Chiovenda, está muito longe de constituir um direito contra do Estado, sendo um poder (ou direito potestativo) em face do réu.³⁸

Por essa teoria, o autor da ação deverá obter uma sentença favorável para que seus efeitos sejam produzidos em face do réu. Essa sentença de procedência deverá ser proferida pelo Estado, segundo a sistemática processual da atividade jurisdicional.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues:

Já a teoria do direito potestativo, defendida por Giuseppe Chiovenda, entendia que o direito de ação nada mais era do que uma sentença favorável ao autor para reparar direito lesado ou ameaçado. Olhava tal problema sob o prisma da sujeição do réu à potestade do autor. Não explicava a sentença de improcedência e condicionava-a à existência de um direito.

Segundo Ieciona Chiovenda: ‘As condições da ação eram justamente aquelas possibilitadoras da obtenção dessa espécie de decisório, e variavam segundo a natureza deste.

³⁶ ARRUDA Alvim, op. cit., p. 346.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p.180.

³⁸ Idem.

No caso de se pedir uma sentença condenatória, as condições, normalmente, seriam: a) a existência de lei garantidora do bem pretendido, através da imposição, ao demandado, de uma prestação; b) a qualidade, ou identidade entre a pessoa do autor e aquela favorecida pela lei, e a pessoa do demandado com a obrigada por ela; c) o interesse em conseguir o bem através da Justiça'.³⁹

A análise realizada em relação a essa teoria é que, primeiramente, a ação é dirigida contra o Estado, para que reconheça o direito material, e então haja a atuação perante o réu.⁴⁰ Segundo Marinoni, "(...) se pode dizer que a ação, antes de ser um direito a um fim, é um direito a um meio".⁴¹

A crítica realizada é a de que, para existir ação, faz-se necessária uma sentença favorável. Além disso, de qualquer forma, a ação será dirigida em face do Estado, ou seja, "(...) a ação é um direito do autor contra o Estado, que atinge o réu apenas na hipótese de sentença de procedência, mas é exercido em caso de sentença de procedência ou improcedência".⁴²

2.6 TEORIA DE LIEBMAN

A teoria desenvolvida por Eurico Liebman originalmente previa uma teoria abstrata. No entanto, após estudos realizados pelos doutrinadores, percebeu-se que dificilmente haveria separação do direito concreto. Por isso a doutrina, a exemplo de Marinoni e Ovídio Baptista, pelas críticas proferidas, começou a chamá-la de 'teoria

³⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op., cit., p. 177.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 180.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

eclética', porque na verdade dizia-se como um direito abstrato, entretanto estava diretamente relacionada com o direito concreto.

Conforme exposto por Ovídio Baptista, para Liebman, o direito de ação está diretamente ligado ao direito de jurisdição, assim dispendo:

Tentando superar as duas posições extremas, parte LIEBMAN da afirmação de que este fenômeno, a que se dá o nome de 'direito de ação', corresponde a um agir dirigido contra o Estado, em sua condição de titular do poder jurisdicional, e, por isso, em seu exato significado, o direito de ação é, no fundo, 'direito à jurisdição'; entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro ("Laione nella teoria Del processo civile". Problemi del processo civile, PP. 45 e 47).

Sendo, como vimos, inerte a jurisdição, a ação processual corresponde ao 'agir' que a porá em movimento. Portanto, se o Estado prestou jurisdição é porque alguém exerceu 'ação', ou seja, porque alguém, a quem se dá o nome de autor, o provocou para que o mesmo prestasse tutela jurisdicional. Inversamente, se alguém exerceu 'ação', terá necessariamente desencadeado a atividade jurisdicional. Havendo exercício de 'ação', terá havido jurisdição.⁴³

Entretanto, a discussão a respeito dessa teoria começa com o momento em que se inicia a atividade jurisdicional. Para Liebman, só haverá jurisdição quando o juiz constatar "que a causa posta em julgamento está constituída de forma regular e capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda, ainda que esta decisão seja contrária ao autor".⁴⁴ Neste caso, quando o juiz julga inepta a petição inicial, ou quando reconhece a ilegitimidade para a causa, ou se ainda reconhecer a ausência de interesse processual, não haveria atividade jurisdicional.

Para Enrico Tullio Liebman, a ação é dirigida contra o Estado e existe quando presentes as condições da ação, quais sejam,

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 86.

⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da., op. cit., p. 86.

legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, necessárias para que seja possível julgar o mérito da causa. Em relação a esta última, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido, Liebman mudou seu posicionamento posteriormente, para integrar o interesse de agir.

Assim, a teoria de Liebman representa uma intermediação entre a teoria do direito abstrato de ação e a teoria do direito concreto de ação, definindo ação “como um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide”.⁴⁵

Liebman diferencia a ação prevista no Código de Processo Civil (CPC) daquela prevista na Constituição Federal, pois aquela deve necessariamente ter todas as condições da ação para que efetivamente exista a ação, enquanto esta seria o direito de petição.

Nesse sentido:

Para essa teoria, as condições da ação constituem-se em pressupostos de existência da ação e que o direito de ação de natureza constitucional é alheio ao direito processual, apenas servindo de fundamento.

No exame de qualquer das condições da ação deve-se procurar respostas às seguintes questões: i) na hipótese de verdadeiros os fatos narrados, existe norma jurídica a amparar tal pretensão?; ii) estaria o autor imbuído de interesse?; iii) seria ele o titular do direito que pretende, e réu o sujeito passivo da eventual relação? Em sendo elas positivas, devem ser consideradas presentes as condições da ação, tornando viável a passagem para o exame da pretensão formulada. A falta de uma delas é o suficiente para acarretar a carência da ação, ensejando somente a configuração de garantia constitucional da ação.⁴⁶

⁴⁵ Ibidem, p. 87.

⁴⁶ MAGGIO, Marcelo Paulo, op. cit., p. 55-56.

Conforme exposto por Antonio Carlos Cintra, sobre a teoria proposta por Liebman:

O autor a define como direito subjetivo instrumental – e, mais do que um direito, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do *status civitatis*), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão favorável sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja.⁴⁷

Porém, esse entendimento de Liebman é bastante criticado, pois o CPC em seu artigo 263 prevê que, com a distribuição da ação ou com o despacho inicial, considera-se proposta a ação. Além disso, ausentes uma das condições da ação, o juiz deve extinguir o processo sem a resolução do mérito (CPC, art. 267, inciso VI). Portanto, por mais que não estejam presentes todas as condições da ação, haverá a atividade jurisdicional e o direito de ação foi exercido, ou seja, há a existência da ação mesmo que não estejam presentes todas as condições da ação.⁴⁸

Para Cândido Rangel Dinamarco, a ação é uma garantia da personalidade, não podendo se prender a qualquer condição, conforme o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Entretanto, as condições da ação servem como um filtro para as ações sem qualquer

⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, op. cit., p. 253.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 181.

amparo, atuando apenas em caráter instrumental, sem que isso restrinja o direito de ação.⁴⁹

As condições da ação citadas por Liebman não configuram um rol taxativo, pois o próprio Liebman reconhece outras condições mais específicas, como “ausência de jurisdição estatal face a um processo envolvendo réu estrangeiro, [...] proibição do ajuizamento da ação reivindicatória enquanto pendente a possessória”.⁵⁰

⁴⁹ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. **Execução Civil**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 367-368 e 377.

⁵⁰ ARMELIN, Donaldo., **Legitimidade para agir no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1979, p. 38.

3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

A teoria eclética da ação foi a adotada pelo Código de Processo Civil, “(...) segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo.”⁵¹

Como conceito, cita-se os ensinamentos de Chiovenda:

Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. Variam segundo a natureza do pronunciamento. Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1º a *existência* de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º a *qualidade*, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu como a pessoa obrigada; 3º o *interesse* em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.⁵²

Ada Pellegrini Grinover conceitua condições da ação como sendo:

(...) elementos ou requisitos que limitam o exercício do direito de ação, em cada caso concreto; elementos ou requisitos estes, para que se exerça de maneira correta, na espécie, o direito de obter o provimento jurisdicional: a sentença de mérito, no processo de conhecimento, e o provimento satisfativo, no processo de execução.⁵³

Ainda, segundo Arruda Alvim, condições da ação são:

⁵¹ DIDIER JÚNIOR, FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1, 9ª ed. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 171.

⁵² CHIOVENDA, Guiseppe, **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 89.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977, p. 26-27.

(...) categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como nosso Direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito. As condições da ação, em nosso ordenamento jurídico, são o interesse de agir, a legitimação para a causa e a possibilidade jurídica do pedido.⁵⁴

O Código de Processo Civil refere-se às condições da ação em seus artigos 3º e 267, inciso VI:

Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito (...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Assim, verifica-se que as condições da ação previstas no ordenamento jurídico brasileiro são: possibilidade jurídica do pedido⁵⁵, legitimidade de partes e interesse de agir.

3.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O Código trata da possibilidade jurídica do pedido, além dos artigos já citados, no art. 295, parágrafo único, inciso III do CPC, que diz que a petição inicial será inepta quando “seu pedido for juridicamente impossível”.

O entendimento adotado pelo código vem da teoria abstrata da ação, pois “a possibilidade jurídica do pedido diz respeito a previsão *in abstracto* daquilo que se pede, dentro do ordenamento jurídico”.⁵⁶

⁵⁴ ARRUDA Alvim. op. cit., p. 352.

⁵⁵ Ressalta-se que, muito embora a teoria proposta por Liebman mencione “possibilidade jurídica do pedido”, o inciso VI do artigo 267, do CPC refere-se apenas à “possibilidade jurídica”.

Liebman, com a edição da 3ª edição de seu *Manuale* retirou essa condição da ação, tendo em vista que o divórcio, exemplo utilizado pelo doutrinador, passou a ser aceito na Itália. Nesse sentido:

Em substituição à categoria denominada por Chiovenda de 'existência do direito' (que era fiel à teoria concreta do direito de ação), também considerada como condição da ação, criou Enrico Tullio Liebman a possibilidade jurídica do pedido, com a manifesta preocupação de extremá-la do mérito – talvez por isso se tenha utilizado da palavra 'possibilidade', que denota aquilo que pode ser, e não aquilo que necessariamente é/será. Como informa dileto discípulo do mestre italiano, Cândido Rangel Dinamarco, tendo sido permitido o divórcio na Itália, em 1970, Liebman, a partir da 3ª edição de seu *Manuale*, retirou a possibilidade jurídica do rol das condições da ação – pois esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido – passando a integrar o conceito de interesse de agir.⁵⁷

Marcelo Rodrigues Abelha conceitua como “(...) um instituto processual, e significa que ninguém pode ajuizar uma ação sem que peça uma providência que esteja, em tese (abstratamente) prevista no ordenamento jurídico material (...)”.⁵⁸

Segundo Arruda Alvim:

Por possibilidade jurídica do pedido, portanto, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material.⁵⁹

O juiz apenas verifica que se há previsão legal, sem adentrar em considerações fáticas e probatórias da lide, como por exemplo, ajuizar uma ação de cobrança em razão do inadimplemento. Quando da análise

⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit., p. 181.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie., op. cit., p. 175.

⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op.cit., p. 181.

⁵⁹ ARRUDA, Alvim, op. cit., p. 353.

das condições da ação, apenas será verificado se é possível ajuizar a ação de cobrança, sem adentrar ao mérito da procedência ou não da ação, qual seja, a existência ou não de uma dívida.

Wambier leciona que há duas formas de configurar a possibilidade jurídica do pedido. O primeiro entendimento, que é o que deve ser aplicado no âmbito do direito privado, diz que o pedido será juridicamente impossível quando não houver vedação expressa da lei a respeito da pretensão do autor. Já o segundo entendimento, que deve ser aplicado no direito público, prevê que o pedido é juridicamente possível quando houver expressa autorização legal, sendo, portanto, vedado àquilo que a lei não menciona.⁶⁰ Segundo Moniz de Aragão:

A possibilidade jurídica do pedido, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável, em tese, mas isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma pretensão que o torne inviável.⁶¹

A possibilidade jurídica do pedido deve ser ampliada para os casos em que, muito embora haja previsão legal do pedido, há uma ilicitude na causa da pedir ou em relação às partes.⁶²

Para Dinamarco, trata-se de um requisito que visa a limitar o poder estatal, tendo em vista que os juízes ficam impossibilitados de atuar em casos de pedido juridicamente impossível. Além disso, o autor frisa que o termo “impossibilidade jurídica da demanda” é mais

⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues, op. cit., p. 141-142.

⁶¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 394.

⁶² DIDIER JR., Fredie., op. cit., p. 176.

adequado, pois pedido é apenas um dos elementos da demanda, também sendo composto pelas partes e pela causa de pedir.⁶³

No entendimento de Antonio Carlos de Araújo Cintra e outros doutrinadores:

Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído, *a priori* pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países em que não há o divórcio, por exemplo, um pedido nesse sentido será juridicamente impossível, merecendo ser repelido sem que o juiz chegue a considerar quaisquer alegações feitas pelo autor e independentemente mesmo da prova de tais alegações. Outro exemplo comumente invocado pela doutrina é o das dívidas de jogo, que o art. 814 do Código de Processo Civil exclui da apreciação judiciária. Nesses exemplos, vê-se que o Estado se nega a dar a prestação jurisdicional, considerando-se, por isso, juridicamente impossível qualquer pedido dessa natureza.⁶⁴

Importante ressaltar os apontamentos de Marcelo Abelha Rodrigues, a respeito de possibilidade jurídica do pedido e pedido inicial inepto:

Não se deve confundir a possibilidade jurídica do pedido, verdadeira condição da ação, com o pedido inicial inepto, que é pressuposto processual de validade positivo da relação jurídica processual. Aquele se verifica na existência *in abstracto* da norma jurídica a ser aplicado ao caso levado a juízo. Este refere-se à correta veiculação do pedido feito por via da petição inicial, ou seja, em conformidade com os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC.⁶⁵

Por ser prejudicial em relação às demais condições, deve ser analisada por primeiro, “(...) à luz da logicidade e do princípio da economia processual”.⁶⁶

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 386-387.

⁶⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, op.cit., p. 258.

⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op.cit., p. 181.

⁶⁶ Idem.

A tendência atual é de reduzir os casos de impossibilidade jurídica do pedido, facilitando o acesso à justiça, como por exemplo, a análise do mérito dos atos administrativos.⁶⁷

3.2 LEGITIMIDADE DE PARTES

Segundo Chiovenda, “parte é aquele que demanda em seu nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação dum vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.⁶⁸

Com efeito, o conceito de parte está ligado à legitimidade, e por esta entende-se que:

(...) perpassa a idéia transitiva, bilateral, porque não se consegue imaginar alguém legítimo sem estabelecer um complemento para a referida legitimidade. Queremos dizer que só se é legítimo com relação a uma dada situação, ou seja, só se é legítimo com relação a alguém e alguma coisa.⁶⁹

Donaldo Armelín supõe legitimidade como:

(...) a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergentes em regra da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurídicos, asseguradora da plena eficácia desse mesmo ato, e, pois, da responsabilidade pelos seus efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes.⁷⁰

Conforme os ensinamentos de Didier, muito embora exista o direito constitucional da atividade jurisdicional, não é admitido que se leve a juízo toda e qualquer pretensão. Deve haver, portanto, um

⁶⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, op., cit., p. 259.

⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Op., cit., p. 278.

⁶⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op.cit., p. 184.

⁷⁰ ARMELIN, Donaldo. op. cit., p. 13.

vínculo entre os sujeitos da demanda e o objeto da relação jurídica que autorize a conduzir o processo referente ao direito material posto em juízo.⁷¹

Para ser legítima, a parte autora deve ser a titular da situação jurídica que se afirma em juízo, ou seja, o autor deve possuir uma ligação com o objeto do direito afirmado. Já o réu, para ser parte legítima, é necessário a existência de uma relação de sujeição em relação à pretensão do autor. Nesse sentido:

Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.⁷²

Segundo Didier:

Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora 'decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso'. Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar.⁷³

Nos dizeres de Liebman:

"A legitimação para agir é [...] a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propõe 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

⁷¹ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 176-177.

⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. 1. 7ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 141.

⁷³ DIDIER JR., Fredie., op. cit., p. 177.

em juízo. Tudo quanto se disse até aqui prevalece em casos normais e refere-se à legitimação ordinária. Todavia, em casos expressamente indicados na lei, pode ser reconhecida ao terceiro uma legitimação extraordinária, que lhe confere o direito de prosseguir em juízo 'um direito alheio'.⁷⁴

Com efeito, a legitimação ordinária prevê que “a mesma pessoa que se afirma titular do direito lesado seja a mesma pessoa que aciona o Poder Judiciário (direito de ação)”.⁷⁵ Está expressamente prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal⁷⁶ e no artigo 6º do Código de Processo Civil.⁷⁷ Também é admitido no ordenando jurídico brasileiro, em caráter excepcional, a substituição processual, ou seja, a possibilidade de pleitear em nome próprio direito alheio, quando autorizado por lei, não caracterizando a figura do procurador, trata-se, nesse caso, da legitimação extraordinária.⁷⁸

Há outras classificações para a legitimidade, como específica ou genérica, singular ou coletiva, direta ou indireta, exclusiva ou complexa, mas que não serão analisadas nesse trabalho monográfico, por não serem o objeto do estudo.

A análise dessa condição da ação deve ocorrer antes do julgamento do mérito, pois “se o autor sequer possuir o direito de ação, é porque não ultrapassou as ‘barreiras’ da legitimidade e/ou interesse e/ou possibilidade jurídica do pedido levado ao judiciário por via da sua provocação.”⁷⁹

⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro:Forense, 1984, vol. 1, p. 159-160.

⁷⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit., p. 185.

⁷⁶ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁷ “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

⁷⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues., op. cit., p. 141.

⁷⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit., p. 189-190.

A legitimidade não deve ser confundida com capacidade processual. Donaldo Armelin diferencia legitimidade de capacidade processual de três formas: (a) a incapacidade afeta o ato de forma intrínseca, causando invalidade, enquanto a legitimidade do agente tem repercussão na produção de efeitos do ato, ou seja, a legitimidade não corresponde à essência do ato jurídico, mas apenas tem relação com as conseqüências do ato; (b) a capacidade é sempre plena, inexistindo capacidade restrita quanto ao objeto, enquanto que a legitimidade, por ser um pressuposto de eficácia do ato jurídico, é limitada; (c) a capacidade é um atributo deferido à pessoa em relação as suas qualidades naturais, enquanto que a legitimidade tem relação com as circunstâncias jurídicas.⁸⁰

3.3 INTERESSE DE AGIR

Para Marcelo Abelha Rodrigues, a expressão ‘interesse de agir’ não é adequada, pois ‘agir’ pode ter um significado processual e extraprocessual. Assim, segundo o autor, a expressão ‘interesse processual’ é mais apropriada. Leciona o referido doutrinador:

O interesse que refere a lei é processual, ou seja, é o interesse secundário e acessório do interesse primário, que se relaciona diretamente com o direito material. Para ser mais explícito, o interesse processual só poderá existir a partir do exato momento em que o interesse material é aviltado.⁸¹

⁸⁰ ARMELIN, Donaldo., op. cit., p. 15-18.

⁸¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op.cit., p. 182.

Arruda Alvim distingue interesse processual de interesse substancial, alegando que aquele diz respeito aos casos em que há necessidade de ingressar no Poder Judiciário para a satisfação do direito, enquanto que interesse substancial diz respeito ao próprio bem, estando vinculado ao direito material.⁸² A respeito do assunto, leciona o referido autor:

Vemos, pelo exposto, que os interesses substancial e processual são independentes, embora este último emergja da insatisfação do interesse substancial. É ele um interesse que há de ser admitido com mais amplitude do que o interesse primário, e deste derivado, bastando que haja a mera possibilidade da presença do direito material para a existência do de índole processual. Existindo o interesse processual, deverá o juiz admitir a ação. Para essa admissão, terá o juiz que ter raciocinado sobre a possibilidade da presença do direito material, o qual será *in concreto*, constatado na sentença, à luz das provas, e quase sempre depois de discussão.⁸³

Há interesse processual quando a parte precisa exercer o direito de ação, a fim de obter o resultado pretendido, devendo esse resultado ser útil sobre o aspecto prático. Nasce da necessidade da tutela jurisdicional, exercida através da ação. Porém, ter o interesse de agir não garante a procedência da ação, mas sim a análise do mérito. O interesse pode ser demonstrado através do binômio 'necessidade-utilidade' ou 'necessidade-adequação'.⁸⁴ A respeito do assunto, leciona o professor Wambier:

Normalmente não há diferença substancial entre as duas expressões, pois, no mais das vezes, quando se estiver diante da propositura da ação inadequada, estar-se-á, também,

⁸² ARRUDA Alvim, op. cit., p. 354.

⁸³ Ibidem, p. 356.

⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues., op. cit., p. 140.

diante da inutilidade do pedido para os fins que se pretende alcançar. Em tais casos, a adequação é como que o fracionamento da utilidade. No entanto, é possível imaginar hipóteses em que o fracionamento jurisdicional utilizado pelo autor, embora lhe sendo útil, é objetivamente inadequado. É sob essa perspectiva que alguns autores, por exemplo, consideram a falta de título executivo um caso de carência de interesse processual (afinal, quem pede o pagamento de uma quantia valendo-se diretamente da via executiva, apesar de não ter título executivo, estará manejando um instrumento que lhe é útil, mas não é adequado).⁸⁵

Assim, o interesse jurídico processual deve ser necessário, imprescindível, no sentido de proteger o bem jurídico violado ou sob ameaça, sob pena de não ser obtida a pretensão. Além disso, deve ser útil, para que exista uma correlação entre o que se pretende e a via judicial utilizada, sob pena de carência da ação. Ainda, segundo Marcelo Abelha Rodrigues, o critério 'adequação' está dentro do critério da utilidade.⁸⁶

Para Didier, a verificação do interesse se agir deve ser realizado conforme o caso concreto apresentado em juízo. Além disso, faz distinção entre interesse-utilidade/necessidade/adequação. Para o referido autor, há utilidade toda vez que o demandante puder ter o objeto pretendido através do processo. Haverá necessidade sempre que a via judicial for encarada como a última forma de solução do conflito. Em relação à adequação, em que há grande discussão da doutrina, afirmando que o procedimento inadequado não revela ausência de interesse, o autor afirma que, ou é causa de impossibilidade jurídica do pedido, ou admite-se a fungibilidade, ou é

⁸⁵ Ibidem, p. 139.

⁸⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *op.cit.*, p. 183.

caso de erro passível de correção pelo próprio magistrado, ou ainda, é causa de emenda à petição inicial.⁸⁷

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie., op. cit., p. 190.

4 TEORIA DA ASSERÇÃO

Liebman inicialmente entendia que as condições da ação deveriam ser analisadas de acordo com o que foi exposto na petição inicial pelo autor, por ser no despacho inicial o momento para auferir a legitimidade e o interesse. Caso surja na contestação qualquer alegação que coloque em dúvida as condições da ação, é o caso de produção probatória e análise do mérito. Nesse sentido, afirmou o Professor Liebman, em uma conferência realizada em 29 de setembro de 1949:

(...) todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou o interesse. Quer isto dizer que, se da contestação surge uma dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já é um problema de mérito.⁸⁸

Posteriormente Liebman reformulou esse entendimento, para afirmar que “as condições da ação não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento”.⁸⁹ A respeito do assunto, expõe Marinoni:

As condições da ação, no entendimento de Liebman, não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento. De acordo com Liebman, as condições da ação não devem ser aferidas apenas em razão da afirmação do autor, cabendo também a sua análise diante

⁸⁸ WATANABE, KAZUO, *apud* DINAMARCO, Cândido R. **Carência da ação**. N° 12, PP. 102-103.

⁸⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *op. cit.*, p. 139.

das provas, pouco importando a fase processual em que isso possa ocorrer no processo.⁹⁰

Segundo Chiovenda, ao contrário da maior parte da doutrina brasileira, entende que as condições da ação apenas devem ser analisadas no momento de se proferir a sentença:

No tocante as condições da ação, basta, em geral, que existam no momento da sentença [...], e regulam-se em parte pela lei substancial, desde que essa é a lei que informa sobre a existência duma obrigação, sobre inadimplemento, sobre a pertinência subjetiva dos direitos.

Os pressupostos processuais, em regra, devem existir no momento da propositura da ação e regulam-se pela lei processual.

Logicamente, antes de investigar se existem as condições da ação, é necessário que o juiz investigue os pressupostos processuais, o que lhe compete fazer de ofício [...]. As questões concernentes às condições da ação, qualificam-se de questões *de mérito* (*merita causae*, arts. 492, 493 e 803, CPC).⁹¹

Segundo Didier, a teoria da asserção implica na análise das condições da ação com base no que foi exposto pelo autor na petição inicial, a fim de que não haja confusão com o mérito da causa.

Nesse sentido:

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in status assertionis*).⁹²

Não se trata de análise através de cognição sumária, pois não haverá nova análise posterior através da cognição exauriente. “A

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, p. 182.

⁹¹ CHIOVENDA, Guiseppe, op.cit., p. 93.

⁹² DIDIER JR., Fredie., op. cit., p. 173.

decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chame-se de teoria da asserção ou da *prospettazione*".⁹³

Como exemplos, menciona o autor:

Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pede-lhe alimentos, possui legitimidade *ad causam*, mesmo que se comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de filiação, quando será o caso de improcedência do pedido e não de carência de ação. Se o autor pretende a obtenção de verba devida contratualmente, mas demanda contra alguém estranho ao contrato, da própria estipulação da causa de pedir é possível aferir a legitimidade; o magistrado, neste caso, indeferirá a petição inicial sem exame do mérito.⁹⁴

Seguindo o mesmo entendimento, destaca-se o posicionamento de Donaldo Armelin:

In casu, mister se torna fixar uma posição sobre o tema, no emaranhado de tais teorias. Se aceita a ação como um direito complementar abstrato, desvinculado radicalmente da matéria correspondente ao mérito do processo, evidentemente, é de se aceitar que, em qualquer hipótese inicial veiculadora de um pedido determinado, a atuação da jurisdição, o direito de ação se exercitou na sua plenitude, independentemente da apreciação de tal pedido. Por outro lado, se a apreciação do mérito é essencial a um exercício regular do direito de ação, óbvio se torna que tal direito não se dinamizou, tanto assim que poderá ser reiterado. Dir-se-á que no conceito de ação como direito inteiramente abstrato essa reiteração do seu exercício poderá ocorrer, também. Indubitavelmente isso sucede; porém, dentro da normalidade do sistema jurídico, o exercício regular de um direito é uma das formas de sua exaustão. Se, no primeiro caso, aceita-se como exercício regular de um direito a formulação de qualquer pedido à autoridade judiciária, estar-se-á aceitando a possibilidade de reiteração *ad infinitum* de um mesmo pedido canhestro e inviável, como atividade normal de exercitar um direito inexaurível. Ademais, o processo como instrumento de realização do direito objetivo somente colima sua finalidade quando alcança essa realização, decidindo ou satisfazendo definitivamente, dentro dos parâmetros do mesmo direito, os pedidos formulados sob o pálio do direito de ação. Por essas razões sumariamente arroladas adota-se, também, como premissa das conclusões a que se chega neste trabalho, um

⁹³ Idem.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie., op. cit., p. 173-174

conceito de ação como direito abstrato a uma decisão sobre o mérito, ou seja, sobre o pedido formulado pelo autor, qualquer que seja decisão, favorável ou desfavorável.⁹⁵

A crítica feita à teoria eclética consiste no fato de apenas reconhecer a atividade jurisdicional quando houver a apreciação do mérito. Havendo carência de ação, pela ausência de uma ou mais condições da ação, para os seguidores daquela teoria, não terá havido atividade jurisdicional. Por essa razão, aqueles que não adotam a teoria eclética, afirmam que, mesmo que haja carência de ação, haverá sim atividade jurisdicional.

Além disso, pela teoria da asserção, as condições da ação apenas devem ser analisadas no momento inicial do processo, sob pena de haver confusão entre condições da ação e mérito. Entretanto, os seguidores de Liebman e da teoria eclética afirmam ao contrário, que pode haver a análise das condições da ação em qualquer momento processual.

Segundo Kazuo Watanabe, as críticas referentes à análise das condições da ação, segundo a teoria eclética, são fundamentadas de acordo com certos posicionamentos de seus defensores, quais sejam:

A procedência dessas críticas está na dependência da adoção, pelos defensores da teoria eclética, dos seguintes pontos: a) as condições da ação são pressupostos para a existência da ação e, à falta de qualquer delas, inexistirá o direito de ação e por isso, quando o juiz pronuncia a 'carência de ação', nem mesmo haverá processo, mas mero fato, e o juiz não terá exercido função jurisdicional; b) as condições da ação devem ser aferidas segundo o que vier a ser comprovado no processo, após o exame das provas, e não apenas tendo-se em consideração a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (*in status assertionis*), ou seja, se 'A', por exemplo, afirmando-se titular do domínio de uma determinada

⁹⁵ ARMELIN, Donaldo., op., cit., p. 33-34.

propriedade imóvel, ajuíza ação reivindicatória contra 'B', que a teria invadido, vindo este a alegar na contestação a ilegitimidade *ad causam* de 'A', por não ter ele o domínio do imóvel, a presença da condição da ação negada por 'B' somente poderia ser aferida após a produção de provas acerca da existência do direito de propriedade disputado por ambos, não bastando a mera afirmativa sua, feita na petição inicial e suportada por um documento hábil em tese (escritura definitiva registrada, por exemplo) para a aquisição do domínio. Semelhante entendimento levaria a tornar uma coisa só as condições da ação e o mérito da causa.⁹⁶

A teoria da asserção vem ganhando adeptos, dentre os quais destaca-se: Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Guilherme Marinoni.

A seguir, expõe-se o posicionamento dos principais doutrinadores a respeito do assunto.

4.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Kazuo Watanabe entende que as condições da ação são conciliáveis com a teoria do direito abstrato de agir, pois “seriam condições para o julgamento do mérito da causa, impostas basicamente por razões de economia processual, e não condições para a existência da ação”.⁹⁷

O doutrinador fixa como ponto nodal da discussão o momento em que devem ser analisadas as condições da ação: segundo as

⁹⁶ MAGGIO, op. cit., p. 56.

⁹⁷ WATANABE, Kazuo, op. cit, p. 91.

afirmativas do autor na petição inicial (*in statu assertionis*) ou conforme as provas produzidas no processo a respeito do objeto litigioso. Para ele, a primeira opção é compatível com teoria abstrata da ação. Nesse sentido:

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, à 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 de convicção ministrados pela atividade instrutória', como preleciona Barbosa Moreira.⁹⁸

A respeito da cognição na análise das condições da ação, o doutrinador afirma que as condições da ação servem como um elo entre o direito material e o direito processual, com apreciação "no *plano lógico* e da *mera asserção* do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acertamento do direito afirmado".⁹⁹

Ou seja, a cognição, no plano vertical, é superficial, caso contrário, haveria o exame do mérito.

Marinoni critica a teoria eclética de Liebman, que considera a presença das condições da ação como requisitos de existência da ação da seguinte maneira:

⁹⁸ Ibidem, p. 92.

⁹⁹ Ibidem, p. 107.

Na verdade, caso as condições da ação fossem admitidas como requisitos da *existência* da ação, seria necessário explicar o que teria provocado a jurisdição e determinado a instauração do processo. Somente poderia ser a ação fundada na Constituição. Nesse caso, a Constituição serviria apenas para garantir o ingresso em juízo, já que o prosseguimento da atividade jurisdicional do autor dependeria de outra ação, isto é, daquela cuja existência requer a presença das condições da ação. *Com isso, a função da Constituição seria severamente reduzida, podendo-se dizer que o direito fundamental à tutela jurisdicional perderia praticamente quase todo o seu conteúdo.*¹⁰⁰

Para Marinoni, as condições da ação devem ser requisitos para a apreciação do mérito, e não requisitos para a própria existência da ação, considerando irracional o entendimento de que, após instruído o processo e verificada a ausência de alguma condição da ação, possa o juiz julgar o processo sem o julgamento do mérito.¹⁰¹

Nesse sentido:

É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudesse voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito. Melhor explicando: a legitimidade para a ação de reivindicação deve ser aferida segundo o que é afirmado na petição inicial, mas, quando as provas e os argumentos trazidos ao processo demonstram que o autor não é proprietário, o seu pedido deve ser julgado improcedente. Liebman afirma, ainda, que só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão. Mesmo que Liebman entenda que a ação constitui direito ao julgamento do mérito, e que portanto não depende de uma sentença de procedência, vincula o direito à tutela jurisdicional ao reconhecimento do direito material. Assim, no caso de sentença de improcedência, inexistiria tutela jurisdicional; haveria ação, jurisdição, mas o autor não obteria tutela jurisdicional.¹⁰²

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 181.

¹⁰¹ Ibidem, p. 182.

¹⁰² ibidem, p. 182-183.

Em sua obra ‘Código de Processo Civil Comentado’, Marinoni afirma que:

O interesse e a legitimidade para a causa representam requisitos para o julgamento do pedido (não podendo mais ser considerados, como já se propôs, elementos constitutivos da ação) e devem ser aferidos *in status assertionis*, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para a causa ou quando o autor carecer de interesse processual, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, CPC), com extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade do autor, há resolução do mérito (art. 269, I, CPC).¹⁰³

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem que o mérito do pedido deve ser a última coisa a ser analisada pelo juiz. Em primeiro lugar deve examinar as condições da ação, que dizem respeito ao exercício do direito de ação, e os pressupostos processuais, que se referem à existência e regularidade da relação jurídica processual. Assim, para que seja examinado ou não o pedido (mérito), deve-se antes analisar se estão ou não presentes as condições da ação. Estando ausentes uma ou mais condições da ação, haverá a carência da ação e com isso não haverá o exame do mérito.¹⁰⁴

Nesse sentido:

As condições da ação possibilitam ou impedem o exame da questão seguinte (mérito). Presentes todas, o juiz pode analisar o mérito, não sem antes verificar se também se encontram presentes os pressupostos processuais. Ausente

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008, p. 98.

¹⁰⁴ NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**, 7ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 628.

uma delas ou mais de uma, ocorre o fenômeno da carência da ação, ficando o juiz impedido de examinar o mérito.¹⁰⁵

Para Marcelo Abelha Rodrigues, o preenchimento das condições da ação não garante a procedência da ação, mas apenas a análise do mérito da ação. Afirma o referido autor:

Uma vez preenchidos tais requisitos necessários, não significa estarmos diante de um resultado meritório favorável, pois não estamos diante de um conceito concreto de ação, mas significa, antes de tudo, e simplesmente, um direito a um resultado meritório (há de se pressupor também estarem preenchidos os pressupostos processuais positivos e inocorrentes os pressupostos processuais negativos, cuja avaliação, normalmente, se faz antes das condições da ação).¹⁰⁶

Além disso, o referido autor afirma que as condições da ação são matérias de ordem pública, podendo ser alegadas em sede de preliminar de contestação (CPC, art. 301, inciso X) ou em qualquer momento e qualquer grau de jurisdição, podendo o juiz conhecê-las de ofício, não incidindo o efeito da preclusão. Entretanto, devem ser analisadas antes do julgamento do mérito.¹⁰⁷

No entendimento de Ovídio Baptista da Silva, não há como se afastar as condições da ação do próprio mérito da ação, sendo que a ausência de qualquer das condições acarreta numa sentença de improcedência do mérito. Nesse sentido, afirma o referido autor:

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,

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Condições da ação**. *RePro* 64, out/dez. São Paulo:RT, 1991, 64/34.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit., p. 180.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 190-192.

para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E 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 reproposição 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. Toma-se o conflito de interesses, existente fora do processo, a que Carneluti denominava lide, como verdadeiro e único objeto da atividade jurisdicional. Como este conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor da ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo processo, com novos figurantes, estar-se-ia a desenvolver a mesma ação. Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processual, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. 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 esta seria ilegítima por falta de interesse. Não a ação processual que jamais será ilegítima por falta de interesse, e da qual o autor não carecerá jamais, pois o direito de ser ouvido por um tribunal é um princípio constitucional a todos assegurado.¹⁰⁸

Para o referido autor, Liebman confunde o direito à sentença de mérito com exercício da ação. O ‘direito a sentença de mérito’ é a própria definição de ação, segundo Liebman. Para este “julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas (O despacho saneador, p. 122), conclui-se que só existirá ação, e, pois, jurisdição, quando se verificar a existência das condições da ação”.¹⁰⁹

Além disso, o réu também possui interesse na ação, quando decorrido o prazo de defesa, para requerer o julgamento improcedente do pedido do autor e nem por isso estará a exercer a ação, tendo em

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da., op., cit., p. 94-95.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 94.

vista que possui, assim como o autor, interesse na pretensão de tutela jurídica.¹¹⁰

Ovídio Baptista crítica a teoria eclética da seguinte forma:

De modo que a doutrina de LIEBMAN contém, no mínimo, dois inconvenientes graves: (a) para se manter coerente, teve de imaginar uma atividade prévia, exercida pelo juiz, que ainda não seria 'verdadeira' jurisdição, uma espécie de atividade de 'filtragem', através da qual o magistrado deve investigar se concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação; (b) acaba por reconhecer um direito de ação tanto ao réu quanto ao autor, resultado que ultrapassa o próprio problema, dissolvendo-o, em vez de resolvê-lo.

[...]

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 *dessa 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, ou na lide proposta contra outrem!¹¹¹

Fredie Didier afirma que, em muitos casos, para a verificação da regularidade do exercício da ação, é necessária a produção probatória. Conforme o artigo 267, par. 3º. do CPC e na teoria eclética, a análise das condições da ação não estaria restrita apenas à alegação do autor na petição inicial, mas sim conforme a situação trazida a julgamento, podendo ser verificado no curso do processo, admitindo-se, inclusive, o preenchimento superveniente de alguma condição da ação faltante quando da propositura da ação. Basta, portanto, que estejam presentes quando o julgamento da ação.¹¹²

A respeito das condições da ação e da teoria da asserção, Didier tem o seguinte posicionamento:

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Ibidem, p. 94-95.

¹¹² DIDIER JR., Fredie., op. cit., p. 172-173.

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in statu assertionis*).

[...]

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 a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. No entanto, é indiscutível que, à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao menos diminui os inconvenientes que a aplicação literal do § 3º do art. 267 do CPC poderia causar.¹¹³

Arruda Alvim também segue a posição que as condições da ação não fazem parte do mérito, mas são requisitos para que o mérito seja apreciado, devendo as três condições estar presentes simultaneamente. Nesse sentido:

Se, eventualmente, entender o magistrado que, não há possibilidade jurídica do pedido, não há dúvida de que, no fundo, estará denegando o pedido em si mesmo, apesar de a possibilidade jurídica ser condição da ação pelo nosso Direito positivo e doutrina, podendo a ação ser reproposta (arts. 267, VI, e 268). Terá, nesse caso, apenas dito que inexistente no sistema jurídico o tipo de providencia jurisdicional solicitada. Fá-lo-á, porém, abstratamente, isto é, sequer terá tido necessidade de examinar os fatos da demanda, à luz das provas, senão à luz do próprio e exclusivo relato feito pelo autor. Ter-lhe-á, normalmente, bastado o pedido e a respectiva *causa petendi*, idealmente considerados, representativos de formulação incompatível com a ordem jurídica.

[...]

Outrossim, o exame do interesse de agir também não pode ser considerado como mérito. Se o juiz não acolhe uma pretensão, por ausência do interesse de agir, em função dessa decisão fica obstado o conhecimento do mérito. Por exemplo, o magistrado não admite uma ação de cobrança, não porque

¹¹³ *ibidem*, p. 174-175.

afirma inexistir o direito de crédito, mas, sim, porque não está vencida a dívida; terá o credor, certamente, ao que tudo indica, direito de cobrar seu crédito, quando este se vencer e não for pago. Nessa oportunidade, então, é que o magistrado verificará se existe ou não o direito do autor, o que constituirá o exame do mérito.¹¹⁴

Portanto, é possível afirmar que a doutrina brasileira segue a teoria da asserção, para que as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes) sejam aferidas no momento inicial da propositura da ação, ao contrário do que entende Liebman e os seguidores da teoria eclética.

¹¹⁴ ARRUDA Alvim, op. cit., p. 372-373.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria da asserção, para a análise das condições da ação, especialmente os Ministros Humberto Martins e Nancy Andrighi:

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.

[...]

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)

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE - PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL - INTERESSE DE AGIR, LEGITIMIDADE E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

(...)

3. Deste modo, uma vez constatada a não-observância de tais regras básicas, surge o interesse-necessidade para a tutela pleiteada. Vale observar, ainda, que as condições da ação são vistas *in situ assertionis* ("Teoria da Asserção"), ou seja,

conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial. Desse modo, o interesse processual exsurge da alegação do autor, realizada na inicial, o que, ademais, foi constatado posteriormente na instância ordinária. Tudo isso implica reconhecer a não-violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC.

4. No caso dos autos, não ocorre a impossibilidade jurídica do pedido, porque o *Parquet*, além de ter legitimidade para a defesa do interesse público (aliás, do interesse social), encontra-se no ordenamento jurídico, tanto na "Lei da Ação Civil Pública" (Lei n.7.347/85), quanto na "Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Normas Gerais para os Ministérios Públicos dos Estados" (Lei n. 8.625/93) e outras, ou mesmo nos arts. 127 e 129 da CF, respaldo para pedir a adequação dos serviços de utilidade pública essenciais.

5. Quanto à alínea "c", impossível o conhecimento do especial, pois inexistente dissídio jurisprudencial demonstrado, uma vez que os substratos fáticos dos acórdãos apontados como paradigma são diferentes do enfrentado no acórdão recorrido.

Recurso especial conhecido em parte e improvido. (Grifei)
(REsp 470675 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.10.2007, DJ 29.10.2007.)

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

(...)

- 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 júris 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. (Grifei)
(REsp 832370 / MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2.8.2007, DJ 13.08.2007.)

Conforme o entendimento os ministros, a análise das condições da ação deve ser realizado pelo juiz ao proferir do despacho inicial. Qualquer matéria que implique em cognição profunda, se estará diante do exame do mérito. Além disso, segundo o § 3º do artigo 267 do CPC, é possível o conhecimento das condições da ação em qualquer tempo e grau de jurisdição, entretanto, esse artigo deve ser aplicado com

moderação, para que se evite o julgamento sem análise do mérito após anos do embate processual.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem seguido o mesmo entendimento, conforme ementas adiante colacionadas:

APELAÇÃO CÍVEL - CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CONDIÇÕES DA AÇÃO - TEORIA DA ASSERÇÃO - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADAS. DECADÊNCIA DO DIREITO DE RESPOSTA - MATÉRIA QUE REFOGE AO ÂMBITO DA DISCUSSÃO - PEDIDO E CAUSA DE PEDIR RESTRITOS AO FORNECIMENTO DA GRAVAÇÃO. PROGRAMA DE RÁDIO NÃO ESCRITO - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VEÍCULAÇÃO SOMENTE NA APELAÇÃO - INOVAÇÃO CARACTERIZADA - LEI DE IMPRENSA, ART. 58 - INFORMAÇÃO PÚBLICA DE ACESSO A QUALQUER INTERESSADO - NOTIFICAÇÃO PARA MANUTENÇÃO DA GRAVAÇÃO - PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS - TEMPESTIVIDADE RECONHECIDA - OBRIGAÇÃO DE EXIBIR O FONOGRAMA CARACTERIZADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E NÃO PROVIDA.

1. À luz da teoria da asserção, as condições da ação devem ser aferidas segundo o objetivamente alegado na petição inicial.

[...]

(TJPR - 5ª C.Cível - AC 0478954-4 - Paranavaí - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Gil Francisco de Paula Xavier F Guerra - Unânime - J. 01.09.2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROVIDÊNCIA PRETENDIDA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PLANO ABSTRATO. EXISTÊNCIA. REJEIÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE. TEORIA DA ASSERÇÃO. AFIRMAÇÕES DA INICIAL. JUÍZO PROVISÓRIO. VERACIDADE. AFASTAMENTO. INTERESSE PROCESSUAL. NECESSIDADE/ADEQUAÇÃO. PRESENÇA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO EVENTO DANOSO. DATA. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. PRIMEIRO GRAU. INDEFERIMENTO. RECURSO. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. ARTS. 183 C/C 473 DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO. CHEQUE PRESCRITO. LEGALIDADE. ART. 1º DA LEI Nº. 9.479/97. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO.

1. A possibilidade jurídica consiste na existência, no plano abstrato, da providência pretendida pela parte, ou na inexistência de vedação legal, o que se verifica em relação ao

pedido de indenização por danos morais, com previsão no art. 927 do Código Civil e art. 5º, V, da Constituição Federal.

2. Segundo a teoria da asserção, as condições da ação são aferidas de acordo com os fatos descritos na petição inicial, os quais, em um juízo provisório, são considerados verdadeiros. Desse modo, se o autor afirma que a atuação irregular do réu lhe acarretou prejuízos, tem ele legitimidade para mover ação em que se busque a devida compensação, a teor dos arts. 927 do Código Civil e 5º, XXXV, da CF.

3. Há interesse de agir quando necessária a prestação jurisdicional, invocada por meio adequado, com vistas a atingir um resultado útil.

(...)

(TJPR - 15ª C.Cível - AC 0548150-9 - Alto Paraná - Rel.: Des. Luiz Carlos Gabardo - Unânime - J. 29.07.2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INOCORRÊNCIA. CONTRATO FIRMADO SOB EFEITO DE SUPOSTA COAÇÃO, EXERCIDA DURANTE SEQÜESTRO RELÂMPAGO. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL QUANTO À OCORRÊNCIA DAQUELE EVENTO ILÍCITO. ÔNUS QUE INCUMBIA À AUTORA NOS TERMOS DO ART. 333, INCISO I, DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. INVERSÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. As condições da ação, dentre elas a legitimidade de partes, "deverão ser verificadas pelo juiz 'in statu assertionis', à luz das alegações feitas pela parte autora na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final". No presente caso, diante do narrado na inicial de anulação do negócio jurídico frente à parte adversa, verifica-se que, em atenção à teoria da asserção, atendida está a condição da ação.

(...)

(TJPR - 15ª C.Cível - AC 0518307-9 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Jurandyr Reis Junior - Unanime - J. 08.10.2008)

Portanto, é nítida a tendência doutrinária e jurisprudencial, em adotar a teoria da asserção quando da análise das condições da ação.

5 CONCLUSÃO

Conforme aqui exposto, para que seja apreciado o mérito da ação, faz-se necessário o cumprimento de determinados requisitos, chamados de condições da ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir. Estando ausentes quaisquer dessas condições, há extinção do processo sem o julgamento do mérito.

O Código de Processo Civil adotou a teoria eclética de Liebman, e segundo essa teoria, ausentes umas das condições da ação não há que falar-se em atividade jurisdicional. Evidentemente que esse entendimento gera conflitos e críticas, pois a própria legislação processual prevê que há ação com o despacho inicial ou com a distribuição da petição inicial.

Assim, a teoria eclética apresenta-se falha em relação à existência de jurisdição e o movimento do aparato estatal, quando condiciona à existência das condições da ação.

Desta forma, a teoria da asserção, que prevê a análise das condições da ação com base no que foi exposto pelo autor na petição inicial é aceita pela maior parte dos doutrinadores, por ser aquela que melhor reflete o momento em que devem ser averiguadas as condições da ação.

Se numa primeira análise o juiz entender que todas as condições estão presentes, mas no curso do processo, após da produção probatória, verificar a ausência de algumas delas, implicará no

juízo de mérito, pois houve cognição exauriente a respeito daquela condição da ação ausente, como, por exemplo, no caso de ilegitimidade do pólo passivo, que apenas é aferido após a realização de provas. Em face daquele réu ilegítimo, deve haver o julgamento de mérito, para que não seja possível ajuizar novamente a ação, sob pena de ineficácia do julgamento jurisdicional.

Por fim, interessante ressaltar os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais entendem que as condições da ação podem ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, por tratar-se de norma de ordem pública, porém, da mesma forma, deve-se evitar a ineficácia do provimento jurisdicional, após anos do trâmite da ação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA Alvim. **Manual de direito processual civil**. 9ª ed., vol. 1, São Paulo: RT, 2005.

BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.

CHIOVENDA, Guisepppe, **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1, 9ª ed. Bahia: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GOMES, Fábio. **Carência de ação**: doutrina e comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Vol. 1. Rio de Janeiro:Forense, 1984.

MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da ação** – com ênfase à ação civil pública para tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Vol. 1., 3ª ed., rev., e atual. 2. tir., São Paulo: RT, 2008.

_____. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**, 7ª ed., São Paulo: RT, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Condições da ação**. *RePro* 64, out/dez. São Paulo:RT, 1991, 64/34.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1: processo de conhecimento. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. 1. 7ª ed., São Paulo: RT, 2005.