

## CONDIÇÕES DA AÇÃO

---

Fábia Sacco \*

---

### Resumo

O presente estudo visa uma abordagem sobre as condições da ação e as implicações de sua ausência dentro do processo civil.

### Abstract

The present study seeks na abordage inside about the conditions of the action and the implications os its absence of the civil process.

### Introdução

A palavra ação é de origem latina, derivanda do verbo *agere* (agir) e tem sido entendida sob diversos aspectos.

No direito romano a ação era considerada como o recurso de que dispunha o titular de buscar junto às autoridades meios para fazer valer seu direito e, sob essa ótica, a ação sofreu diversas interpretações.

Vejam, de forma breve, cada um desses

períodos:

- *Período das Legis Actiones*: a ação era uma espécie de processo colocado à disposição daquele que pretenda demandar. Afirmava-se a existência de cinco ações colocadas à disposição dos demandistas, cinco formas de pedir a aplicação de um princípio jurídico;
- *Período Formular*: aqui a ação já não se encontra à disposição do demandista. Cabia ao pretor dar às partes a ação, criando uma sorte de direito para os fatos trazidos ao seu conhecimento. Ação significava a fórmula concedida pelo pretor, quando ordenava que o juiz decidisse conforme os fatos expostos na fórmula;
- *Período da Extraordinária Judicia*: a ação passou a ser considerada como um direito na sua significação mais geral, sendo entendida como a faculdade de se pedir à autoridade judiciária o que pertence ao seu titular, ou o que lhe foi concedido, incluindo-se não só os direitos reais, como pessoas e também as obrigações.

---

\* Docente da Unipar. Mestranda em Direito.

Lembra Benedito de Azevedo Ramos<sup>1</sup> que (...) nos tempos modernos são mínimas as diferenciações da conceituação de ação daquele período; se na forma há diversidade profunda, na substância os princípios são essencialmente os mesmos.

As fórmulas sacramentais deram lugar à simplicidade.

## 1. As diversas teorias sobre o conceito de ação

Várias teorias tentaram formular um conceito de ação. A palavra AÇÃO ao longo do tempo recebeu diversas conotações.

Os romanos consideravam a *actio* como sendo sinônimo de *ius*, ou seja, de direito. O sistema jurídico era um sistema de direitos. Para os romanos, o indivíduo somente tinha direito, se tivesse a ação correspondente. Tal conceito não tem lugar nos dias atuais, posto não ser correto afirmar que somente aquele que possui o direito, pode exercitar a ação. Entendimento diverso importaria a procedência obrigatória de toda ação ajuizada, uma vez que somente o possuidor do direito seria autorizado a discuti-lo em juízo. A ação seria um meio apenas para a busca da declaração do direito pelo seu titular.

A discussão em torno da palavra AÇÃO é de origem romana, quando se iniciou um estudo aprimorado em relação ao tema.

Dentre as várias teorias que tentaram explicar o conceito de ação, algumas se destacaram, mas todas sofreram críticas, não logrando apresentar um juízo que pudesse ser plenamente aceito.

Passemos a uma breve análise de tais teorias.

### 1.1 Teoria imanentista ou civilística

Para os adeptos dessa teoria, *ação é o direito*

*de pedir em juízo o que nos é devido*. Esta teoria confunde a ação com o direito material que ela tende a fazer valer em juízo. Encontra-se abandonada pela maioria dos processualistas modernos. Com essa concepção, é necessária sempre a coincidência entre a ação e o direito subjetivo que ela tende a tornar efetivo.

A crítica que se apresenta em relação a essa teoria é a impossibilidade de se explicar a propositura das ações infundadas e a ação declaratória negativa.

Veja que a propositura de ações infundadas pode ser considerada como ações em direito, visto que, mesmo ajuizada a ação, não pode ser procedente por não encontrar direito que a ampare.

Outra objeção que se faz é que existem direitos sem ação. As dívidas de jogo e dívidas prescritas, por exemplo.

Chiovenda, criticando a teoria civilística, afirma que a ação não é o próprio direito subjetivo em atitude de reação contra a violação, pois nem sempre o objeto da ação é o objeto do direito subjetivo.

Gabriel José Rodrigues Rezende Filho<sup>2</sup> ainda faz uma advertência a respeito da independência do direito de ação, apresentando críticas à teoria civilística. Diz ele que: *Esta independência do direito de ação é ainda mais impressionante nas ações declaratórias negativas, em que a sentença declara a inexistência de uma obrigação do autor*. Pergunta ele, então: *a que direito material corresponderá, neste caso, a ação?*

### 1.2 Teoria concretista

De acordo com esta escola, *ação seria o direito a uma sentença favorável, ou seja, somente teria sido exercido o direito de ação, se a sentença fosse procedente*. Em suma, o direito de ação só existiria quando fosse julgado procedente o pedido do autor.

<sup>1</sup> BENEDITO DE AZEVEDO RAMOS. Princípios de Direito Processual Civil. 2. ed. v. I, p. 18.

<sup>2</sup> GABRIEL JOSÉ RODRIGUES REZENDE FILHO. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. v. I, p. 150.

A crítica que se apresenta a essa teoria é a impossibilidade de serem explicados, sob o ponto de vista de sua natureza, os atos praticados no processo, se o provimento for desfavorável ao réu.

Veja que o direito a um provimento favorável só poderá existir a partir do momento em que o julgador se convencer da existência do direito alegado. Não se pode admitir a existência desse direito, nem antes nem durante o curso da demanda. Enquanto não julgada a ação, tanto autor quanto réu têm a expectativa de ver seu direito atendido. O autor, com a procedência; o réu, com a improcedência da ação.

Então é de perquirir-se: qual o direito foi exercido até o momento da prolação da sentença, senão o direito de ação?

### 1. 3 Teoria abstratista

De acordo com essa teoria, *ação é um direito subjetivo, autônomo e abstrato*. Autônomo, porque, sendo a ação Instituto de Direito Processual, independe do direito material. Abstrato, pois o exercício da ação corresponde a um direito, a um provimento jurisdicional, seja ele favorável ou não ao autor.

Em conformidade com essa teoria, não é essencial que o autor tenha, efetivamente, qualquer direito material e a defender em juízo. Não se impõe nem mesmo a boa-fé. No dizer de Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho<sup>3</sup>: *Tanto a ação fundada, com a própria lide temerária, a do improbus litigator, merecem exame dos juízes*.

As críticas em relação a essa teoria se fundamentam no radicalismo que ela traz no sentido de afastar o direito processual do material, desnaturando a finalidade instrumental do processo, ou seja, um mero garantidor do acesso à justiça.

### 1. 4 Teoria eclética

Para essa teoria, o conceito de ação só pode ser explicado sob o ponto de vista da dualidade, ou seja, em verdade existem duas ações que se completam: uma, a ação constitucional, genérica e incondicionada, ou seja, o direito de todos à tutela jurisdicional do estado; outra, a chamada ação processual que reflete no direito, uma sentença de mérito. A essa teoria filiou-se Liebman. Presentemente, a melhor doutrina costuma distinguir, de um lado, o direito de demandar; e do outro, o direito da ação. O primeiro seria o reflexo da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional e, portanto, incondicionado; e o segundo, aquele regulado pelas normas processuais e procedimentais.

Para Liebman, toda questão pode ser resumida na ação, atuando em dois campos: um político, segundo o qual deve ser garantida a todos a administração da justiça ou direito de demanda; e outro jurídico, de acordo com o que o direito à atividade jurisdicional deve ser restringido pela economia processual.

A teoria eclética e as conseqüentes condições da ação foram integralmente acolhidas pelo direito brasileiro.

## 2. Partes objetivas da ação

Apesar dos fins variados que se buscam através da ação, com ritos variados de acordo com o objetivo pretendido e independentemente da finalidade buscada, existem algumas partes que são invariáveis. São as que se traduzem pela pretensão do autor, pela defesa do réu, na prova a ser produzida e na decisão dada através da prolação da sentença, que é corolário da prestação da tutela jurisdicional.

<sup>3</sup> GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. v. I, p. 153.

## 2.1 Ação, processo e demanda

A uma primeira análise, as expressões ação, processo e demanda parecem expressar o mesmo termo jurídico. Importante, porém, que se estabeleça um traço diferenciador para cada uma das expressões.

Na lição de Benedito de Azevedo Ramos, (...) *a ação nos dá o direito; o processo as fórmulas, e a demanda é a relação litigiosa que existe entre as partes em juízo.*<sup>4</sup>

## 2.2 Caracteres do direito de ação

Pode-se conceituar o direito de ação como um direito público subjetivo, posto que, ao ajuizar a ação, o autor não o faz contra o réu, mas sim, contra o estado. Veja que a pretensão do autor é dirigida contra o réu somente antes da propositura da ação. Havendo resistência nessa pretensão, dirige-se o autor contra o estado, a fim de requerer solução da lide.

O estado, na posição de garantidor do direito, se subroga na qualidade de credor, tomando todas as providências no sentido de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto.

O Prof. José Frederico Marques<sup>5</sup> qualifica a ação como um *direito autônomo, conexo a uma pretensão, e de caráter abstrato* e explica que é conexo a uma pretensão, porque o pedido de tutela jurisdicional tem por fim tornar satisfeita a pretensão que gerou a lide. E ainda é abstrato, uma vez que nele contém pedido que pode ficar sem atendimento, ou então ser o final satisfeito.

Na opinião do mestre, em qualquer dos casos, com ou sem atendimento ao pedido do autor, independentemente do resultado, existiu e foi exercido o direito de ação. Outra qualificativa é a natureza constitucional da ação, posto que se encontra garantida

expressamente dentro da nossa Carta Magna.

## 2.3 As condições de ação e sua distinção dos pressupostos processuais

Segundo entendimento de José Frederico Marques:

*Para que a ação se apresente viável, possibilitando ao autor praticar atos processuais até obter a tutela jurisdicional, previstas estão no Código de Processo Civil, três condições fundamentais (...). Trata-se de condições indeclináveis para a admissibilidade da tutela jurisdicional e que se ligam intimamente à pretensão deduzida em juízo (...). As condições enumeradas são necessárias, mas não são suficientes, pois ainda que atendidas, o juiz não fará a entrega da prestação jurisdicional se ausente algum pressuposto.* (idem).

Impõe-se, assim, para a prestação de tutela jurisdicional, estejam presentes não só as condições da ação. Estas por si sós não autorizarão a prestação de tutela se acaso ausentes os pressupostos processuais. Pode-se dizer, de maneira ampla, que as condições da ação colocam a parte em contato como direito material, enquanto os pressupostos processuais põem as partes em contato com o direito processual. Os pressupostos são requisitos para a procedência de toda e qualquer ação. As condições são requisitos para a procedência de uma ação em especial, ou seja, de uma determinada ação.

No dizer de Moacyr Amaral Santos, as condições da ação são requisitos que ela deve preencher para que se profira uma decisão de mérito. São, pois, as condições da ação apreciadas e decididas como preliminares da sentença de mérito quanto à pretensão.

<sup>4</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES. Manual de Direito Civil, 10. ed. v. I, p. 170.

<sup>5</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES. Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. v. I, p. 170.

Para se chegar à decisão de mérito, é necessária em primeiro lugar uma decisão sobre a regularidade do processo, o que se fará com o preenchimento dos pressupostos processuais. Somente após verificada a existência dos pressupostos, passará o juiz a verificar a coexistência das condições da ação.

José Frederico Marques<sup>6</sup>, ao abordar o tema sobre a diferenciação entre pressupostos e condições da ação, o faz da seguinte forma:

*Pelos seus liames e nexos com a pretensão deduzida no pedido é que as condições da ação se distinguem dos pressupostos processuais. Ambos constituem espécie dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional. Mas, enquanto os pressupostos processuais incidem sobre a relação processual, as condições da ação promanam da viabilidade do pedido que o autor deduz quando propõe a ação.*

Segundo Chiovenda, pressupostos processuais são os elementos necessários para que possa ser proferida qualquer sentença na demanda favorável ou desfavorável. Já as condições da ação são os requisitos necessários para que o juiz declare a existência e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, isto é, são as condições para que o autor obtenha uma sentença favorável.

Ousamos discordar dessa opinião, posto que mesmo presentes as condições, poderá a ação ser julgada improcedente, por não lograr o autor provar seu direito.

A falta tanto das condições da ação quanto dos pressupostos impõe uma decisão de carência de ação com a conseqüente extinção do processo, sem análise do mérito.

A análise prévia da existência dos pressupostos processuais bem como das condições da ação vem em atendimento ao princípio da economia processual.

### 3. As condições da ação

Para que seja possível a aplicação do direito ao caso concreto com a prestação da tutela jurisdicional, necessário se faz que o processo se estabeleça, respeitando requisitos e condições indispensáveis à sua própria existência e eficácia. É que a prestação jurisdicional será dada somente no caso concreto, frente à existência de uma situação litigiosa e concreta a ser solucionada. A máquina judiciária não pode ser movida a propósito de meras consultas ou interesses acadêmicos. Mas não é só isso. Para que seja solucionada a lide, mister se faz o desenvolvimento válido e regular do processo que levará a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

O processo viciado jamais levará a uma solução de mérito.

Inexistentes os pressupostos processuais e as condições da ação, o órgão jurisdicional não estará em condições de enfrentar o litígio e solucionar o mérito.

Sendo assim, para o desenvolvimento válido e regular do processo, faz-se necessário o preenchimento das condições da ação, que são: interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade da parte.

Para se verificar a existência das condições da ação, deverá o magistrado fazer um exame abstrato e ideal, diante do ordenamento jurídico.

Para que isto se torne possível, deve o julgador, tomando por base a situação posta em juízo, verificar, dentro do campo da abstração, se as partes são legítimas, se há interesse e se o pedido é possível.

<sup>6</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES. Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. vol. I, p. 187.

No intuito de melhor entender esta prévia análise, tomemos por base a seguinte proposição: ajuizada a ação, deverá o julgador para a verificação da legitimidade das partes, tomando por base o caso concreto, verificar se, em caso de procedência da ação, seria o autor, abstratamente, a pessoa certa para aferir os benefícios daquela demanda. O mesmo se dará em relação à parte contrária, devendo ser analisado, se o requerido, em caso de procedência da ação, seria a pessoa correta para sofrer as conseqüências da demanda.

Analisemos cada uma das condições da ação:

### 3.1 Possibilidade jurídica do pedido

É a análise da viabilidade jurídica do pedido. Para que ele seja possível, deve haver previsão, dentro do ordenamento jurídico, de uma providência igual àquela que se pretende através da ação. A pretensão deve encontrar correspondência, suporte dentro do campo jurídico. O pedido, para ser possível, deve encontrar amparo, ressonância dentro do direito.

A *contrario sensu*, o pedido juridicamente impossível seria aquele que não encontre a necessária correspondência. Mas essa afirmação não é de todo acertada, como se verá adiante.

Importante que se esclareça que o direito a ser buscado para a análise das condições da ação será sempre o direito processual e não o material.

ALLORIO (1963: 27) faz advertência no sentido de que o (...) *cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão prima facie se revele temerária ou absurda*. Ainda para que seja possível a observação da possibilidade jurídica do pedido, é necessário que se faça uma análise a respeito do próprio pedido.

De acordo com o entendimento adotado por nosso legislador, o autor, ao formular o seu pedido, o

faz de forma dúplice. Assim, o pedido conterà sempre duas pretensões, ou seja, dois pedidos. O primeiro deles é chamado pedido imediato, dirigido contra o estado, posto que, através dele, o autor pede a prestação da tutela jurisdicional. O segundo, chamado de pedido mediato, é dirigido contra o réu. Refere-se à providência de direito material, que o autor pretende ver cumprida pelo réu.

Para que se constate o preenchimento da condição *possibilidade jurídica* deve-se buscá-la dentro do pedido imediato. Assim sendo, o pedido só será possível, se houver permissão do direito positivo para que se instaure a relação processual.

Podem ser citados como exemplo de pedidos impossíveis juridicamente, a pretensão de ajuizamento de ação de execução antes do vencimento da obrigação, ou de discussão em torno de herança de pessoa viva.

Analisando ainda a possibilidade, importante se torna a abordagem do tema sob o seguinte aspecto:

*Quando o pedido é juridicamente possível, admitindo-se o conhecimento do mérito, e quando é juridicamente impossível devendo ser repetida a ação sem julgamento de mérito?*<sup>7</sup>

A presente indagação desponta com grande importância, porquanto, se a decisão for de mérito, estará acobertada pela imutabilidade da coisa julgada material que impedirá reabertura de discussão em torno do mesmo objeto; em contrapartida, se a decisão de se ater apenas a repelir a ação por lhe faltar a condição de possibilidade, estaremos diante de uma extinção sem a análise do mérito, o que possibilitaria, em tese, a repetição da mesma ação, posto que ausente a coisa julgada material.

Filiando-nos à opinião abalizada do mestre Grecco, parece-nos que a presente dificuldade só poderá ser superada se buscarmos, para tanto, a *razão da existência da condição da ação*.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> VICENTE GRECCO FILHO. Direito Processual Civil Brasileiro. 12. ed. v. I, p. 84.

<sup>8</sup> Idém, p. 85.

O requisito da possibilidade jurídica vem evitar o curso de demandas inúteis que, após movimentarem toda a máquina judiciária, se encerram sem a devida prestação da tutela jurisdicional, por faltar à demanda o respaldo dentro das previsões legais.

Mas a extinção precoce da ação, negando-se por antecipação a tutela jurisdicional, deve dar-se naqueles casos em que a própria ordem legal expressamente proíbe a manifestação do poder judiciário. Exemplos desses casos são o pedido de prisão por dívida que não seja alimentar ou de depositário infiel, pedido de mandado de segurança normativo, posto que tal ação visa a proteção de direito específico de alguém, etc...

Em casos como tal, a ação deve ser repelida em seu nascedouro, pondo-se fim ao processo, sem qualquer decisão de mérito.

Mas, em hipóteses não expressa ou claramente vedadas, não deve o julgador afastar a cognição, abstendo-se de analisar o mérito. Em tais casos deve, sim, o poder jurisdicional dizer o direito, pondo fim à demanda com uma sentença de mérito, pois, só assim, o litígio estará definitivamente solucionado, com o impedimento através da coisa julgada material, da repetição da demanda em curso. Deve, em situações análogas, a ação ser julgada improcedente e não o autor carecedor dela.

Façamos uma análise em cima do seguinte exemplo ministrado por Grecco: Se alguém pede o despejo em contrato de locação residencial, por motivo não elencado na Lei do Inquilinato e isso for, afinal, verificado, o juiz deverá julgar a ação improcedente e não o autor carecedor de ação, porque o pedido era juridicamente possível (despejo), mas seu fundamento não está pela lei.

Busquemos agora um outro lado da questão. É certo que o Código do Processo Civil não permite que o julgador se escuse de solucionar a lide que lhe foi proposta, alegando lacuna na lei. Para tanto, traz em seu socorro a analogia, os princípios gerais do

direito e a equidade, recursos que poderão ser utilizados, quando a lei não previu uma solução abstrata diante do caso concreto.

Quer-nos parecer que poderão ocorrer pedidos possíveis juridicamente que não encontrem perfeita ressonância dentro do texto legal.

Para se dar solução a este questionamento, deve-se, então, levar em conta que pedidos juridicamente impossíveis são somente aqueles que não encontrem previsão legal, mas igualmente os que não encontrem nenhuma proibição legal dentro da ordem jurídica. Para a análise dessa condição, necessário se torna um exame no sentido de verificar se existe alguma proibição a impedir a pretensão do autor.

Versando, então, a ação a respeito de pedido juridicamente impossível, deverá ser ela julgada extinta sem a análise do mérito.

### 3. 2 Interesse de agir

Assim como a possibilidade jurídica, o interesse deve ser buscado dentro de uma abstração.

Para a verificação do interesse de agir, mister se faz igualmente que o julgador, diante do caso concreto que se põe em juízo, busque no plano ideal identificar a presença do requisito autorizador da ação.

A fim de se comprovar a existência do interesse, basta que se faça a seguinte indagação: a inércia do autor, abstendo-se do ajuizamento da demanda, traria a ele algum prejuízo? Se de tal indagação resultar uma assertiva, presente estará o interesse.

No dizer de Buzaid: *O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter, através do processo, a proteção ao interesse substancial.*<sup>9</sup>

Pode-se concluir, então, que o interesse de agir reside na necessidade de se obter, através do

<sup>9</sup> BUZAID, op. Cit., n. 39, ps. 88-89

processo, a prestação da tutela jurisdicional para a solução de um conflito.

No dizer de Humberto Theodoro Júnior, o interesse tutelável pode referir-se a qualquer prestação que se possa exigir juridicamente do réu, como:

- a). condenação a pagar, dar, fazer ou não fazer;
- b). a constituição de uma nova situação jurídica;
- c). a realização prática de uma prestação devida pelo réu;
- d). alguma medida de prevenção contra alterações na situação litigiosa que possa tornar ineficaz a prestação jurisdicional definitiva.<sup>10</sup>

Ainda dentro desse tema, é importante ressaltar que o interesse do autor pode residir numa mera declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou ainda da autenticidade ou falsidade de um documento, tendo em vista a admissão expressa, pelo artigo 4º do Código de Processo Civil, da ação declamatória.

Para Amaral Santos: *O interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais*<sup>11</sup>.

O interesse, como condição da ação, é requisito inafastável para que o poder jurisdicional possa atuar no caso concreto. Não estando presente o interesse, não pode falar em julgamento de mérito. Assim é em virtude de previsão expressa. São os exatos termos do artigo 3º do Código de Processo Civil; **Para propor ou contestar a ação, é necessário ter interesse e legitimidade.**

Ao analisarmos a condição 'interesse de agir', é oportuno o estudo a respeito do termo *interesse*. A expressão 'interesse', segundo Vicente Grecco Filho<sup>12</sup>, pode ser empregada em duas acepções: como sinônimo de pretensão, qualificando-se, então, como

interesse substancial ou de direito material, e para definir a relação de necessidade existente entre um pedido e a atuação do Judiciário, chamando-se, neste caso, interesse processual.

Na visão de Grecco, então, o interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão.

Para obter o que pretende, o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada? Para Grecco, a resposta afirmativa a esta questão demonstra a existência do pressuposto interesse. Daí, então, o que deve nos preocupar não é se a pretensão do autor é legítima ou não; mas sim, sua necessidade, ou seja, que não disponha o autor de outros meios para buscar alcance de sua pretensão. Em contrapartida, se a via judicial não for indispensável, se o autor dispuser de outros meios ainda que extrajudiciais de alcançar sua pretensão, configurado não estará o interesse.

E por que não se indaga, ao aferir a condição interesse, a respeito da moralidade ou legitimidade da pretensão do autor? Porque o deslinde dessa questão está diretamente ligada ao mérito, o que resultará na improcedência da ação.

Mire o seguinte exemplo: um proprietário, esbulhado na sua posse, ajuíza ação visando a reintegração do bem. Ao buscar a presença da condição interesse, não deverá o julgador se ater à legitimidade ou não do pedido, no sentido de averiguar se o autor tem ou não a razão que alega. A análise deve-se abster dentro do campo restrito da necessidade do autor, com a seguinte indagação: Dispõe ele de outros meios para ter de volta a posse indevidamente esbulhada? Em caso afirmativo, presente estará o interesse que autoriza prosseguimento da demanda. As indagações em relação ao direito deverão ser relegadas para um

<sup>10</sup> VICENTE GRECCO FILHO. Direito Processual Civil Brasileiro. 12. ed. v. I, p. 80

<sup>11</sup> AMARAL SANTOS. Direito Processual Civil Brasileiro. 14. ed. v. I, p. 166

<sup>12</sup> VICENTE GRECCO FILHO. Direito Processual Civil Brasileiro. 12. ed. v. I, p. 82, 83



segundo plano.

No que se refere ao interesse nas ações declaratórias previstas no artigo 4º do Código de Processo Civil, a doutrina dominante se posiciona no sentido de que também nos casos onde a pretensão do autor se resume a uma mera declaração; ainda aí necessária se faz a presença da condição de interesse de agir.

Na esclarecedora lição de Grecco:

*Justifica-se, também, essa posição pela própria natureza da atuação da jurisdição, a qual somente deve ser provocada para a obtenção de bens jurídicos verdadeiras e que não podem ser obtidos no mundo dos negócios privados por iniciativa exclusiva da parte, que deve ser sempre preferida, se possível, à via processual.*<sup>13</sup>

Para alguns processualistas, o interesse, além de legítimo deve ser também atual e direto.

Para se aferir a atualidade do interesse, deve-se tomar por base o momento da propositura da ação. No momento desta, o direito não pode estar condicionado a qualquer condição ou termo, não pode igualmente tratar-se de mera expectativa. Mas não é necessário, como adverte Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, que o autor alegue violação do direito pelo réu; basta, muitas vezes, a possibilidade ou o receio da violação para justificar-se a ação. O autor pode querer garantir-se judicialmente contra futuras lesões de seu direito.

Tal possibilidade se vê estampada de forma clara nas ações cautelares.

Há presentemente uma tendência doutrinária, no uso da expressão *interesse processual* em substituição ao *interesse de agir*. Os adeptos da idéia fincam seu entendimento, alegando que a expressão *interesse de agir* não se reveste de técnica e precisão,

constituindo-se *em velharia do CPC de 1939*.

Nelson Nery Júnior sobre o tema assim se posiciona:

*Agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que 'interesse processual' significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual. Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.*<sup>14</sup>

### 3.3 Legitimidade de parte

A legitimidade para agir, como condição da ação, também é requisito inafastável para se alcançar o julgamento de mérito.

Parte, em sentido processual, é aquela que pede (parte ativa) e aquela em face de que se pede (parte passiva) a tutela jurisdicional. Todos os demais participantes do processo, tais como: o Juiz, representante do Ministério Público, auxiliares da justiça, etc, não podem ser considerados como parte.

Para aferição da condição *legitimidade*, deve-se buscar a mesma fórmula aplicada para detectar as demais condições da ação. Sua verificação deve ser buscada dentro do plano ideal, devendo, para tanto, o julgador fazer sempre uma abstração.

Na lúcida lição de Arruda Alvim dever-se-á levar em consideração dois aspectos importantes: primeiro, legitima-se o autor quanto este for titular do direito pretendido; segundo, a legitimidade está a favor do réu em decorrência do fato de ser ele a pessoa indicada, na medida que a ação é procedente e suporta os efeitos procedentes da sentença.

A verificação do requisito legitimidade deve

<sup>13</sup> VICENTE GRECCO FILHO. Direito Processual Civil Brasileiro. 12. ed. v. I, p. 82,83

<sup>14</sup> NELSON NERY JÚNIOR. Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. p. 532

ser feita considerando-se as duas partes envolvidas na demanda.

Note-se, ainda, que a legitimidade, apesar de ser examinada dentro do contexto processual, tem seu norte no direito material. É dentro do direito material que se encontram definidas as relações jurídicas entre os sujeitos de direito, sendo ali determinados quais são os respectivos titulares desses direitos. Não deve falar em legitimidade do autor, se a ação em curso tiver sido proposta contra parte ilegítima.

É a lição de Liebman:

*Outrossim, porque a ação só atua no conflito de partes antagônicas, também a legitimação de agir. Por isso, só há legitimação para o autor, quando realmente age diante ou contra aquele que, na verdade, deverá operar efeito à tutela jurisdicional, o que impregna a ação do feitiço de “direito bilateral”.<sup>15</sup>*

Nesse contexto, conclui com muita clareza o Prof. Humberto Theodoro Júnior, que as condições da ação (...) são requisitos de ordem processual intrinsecamente instrumentais e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não. Não encerram, em si, fim algum: são requisitos-meios para, admitida a ação, ser julgado o mérito.<sup>16</sup>

#### 4. A legitimação extraordinária

Logo se constata que a finalidade do requisito legitimidade é limitar a possibilidade do ajuizamento de ações, permitindo somente ao titular do direito vindicá-lo.

Têm-se, dessa forma, que a regra é que

somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica discutida de direito material. A presente regra, apesar de sua imperatividade, sofre exceções em alguns casos expressamente permitidos por lei.

É, no dizer de Chiovenda, a chamada “substituição processual” ou legitimação extraordinária. Tal ocorrerá, toda a vez que a lei autorizar que venha demandar aquele que não seja o sujeito da relação jurídica de direito material.

Em outras palavras, a legitimação extraordinária se dará quando alguém, em virtude de texto legal expreso, tem qualidade para litigar em nome próprio, sobre direito alheio.

Na fala de Moacyr Amaral dos Santos, (...) quem litiga como autor e réu é o substituto processual, fá-lo em nome próprio, na defesa do direito de outrem, que é o substituído.<sup>17</sup>

Para que se possa entender melhor a figura da substituição processual, necessária se faz a menção de alguns exemplos encontrados no texto legal. O primeiro deles se dá com a previsão do artigo 289, III do Código Civil. Através do citado dispositivo legal, encontra-se o marido autorizado a demandar na defesa dos direitos relativos aos bens da mulher no regime dotal.

Outro exemplo que pode ser ministrado é a autorização dada pelo artigo 1331 do Código Civil, quando concede ao gestor legitimidade para atuar, em nome próprio, na defesa dos direitos do gerido.

Nesse contexto, pode ainda ser citado o artigo 55 da Lei de Falência, que autoriza qualquer credor a propor a ação revocatória em benefício da massa falida, quando o síndico representante da massa não o fizer.

Importante ainda que se diga que a legitimação

<sup>15</sup>LIEBMAN, p. cit., I, n. 14, p.43

<sup>16</sup>HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Curso de Direito Processual Civil, 18. ed., v. I, p. 58

<sup>17</sup>MOACYR AMARAL DOS SANTOS. Primeira Linhas do Direito Processual Civil. v. I, p. 349

extraordinária poderá se dar de forma exclusiva ou concorrente. Será exclusiva, quando a lei, ao atribuir legitimidade a um terceiro, afastar a do sujeito da relação jurídica que seria o legitimado ordinário. Em contrapartida, será concorrente, quando a lei admitir a propositura da ação, tanto pelo terceiro, quanto pelo sujeito da relação jurídica material.

## 5. A verificação da legitimidade

A respeito da verificação da legitimidade, Vicente Grecco Filho faz importante análise.

Ele afirma ser comum que o problema da legitimidade dependa de definição jurídica a ser provada junto com o mérito da causa, de modo que somente ao seu final se perceba que há vício nos pólos subjetivos da ação. Outra hipótese que também pode ocorrer é a da dificuldade de enquadramento dos fatos à norma jurídica adequada, o que pode levar o intérprete (no caso o advogado) a fazê-lo impropriamente.

Veja-se o seguinte exemplo: 'A', menor impúbere, é proprietário exclusivo de um imóvel que está locado. O pai, representante legal do menor, propõe, em nome dele, ação de despejo. A despeito de aparentemente correta a propositura, a forma adotada apresenta um vício de legitimidade. Com efeito, no termos do artigo 385 e 389 do Código Civil, o pai, e, na sua falta, a mãe, são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, e o usufruto dos bens do filho é inerente ao exercício do pátrio poder. Ora, o pai, como usufrutuário legal, tem a posse dos bens dos filhos (ressalvadas as exceções previstas no próprio Código Civil), de modo que a ação de despejo, objetivando a retomada da posse de um bem locado, deveria ser proposta pelo pai, em nome próprio, e não em nome

do menor, ainda que representado por seu pai. Essa conclusão decorre da conceituação legal do usufruto, figura de direito real sobre coisa alheia, em que o usufrutuário tem a posse direta da coisa, seu uso, administração e percepção dos frutos (CC, art. 718). No caso, a menoridade não impõe apenas a representação legal, mas também altera a legitimidade, porque determina diferentes direitos do pai e do menor, sobre o bem.<sup>18</sup>

Fica patente que, em muitas situações, a averiguação da legitimidade se torna complexa, necessitando até mesmo que se alcance a fase instrutória, a fim de ser deslindada a dúvida.

### 5.1 A consequência da falta das condições da ação

A falta de qualquer das condições da ação importará na declaração de sua carência, com a consequente extinção do processo sem julgamento de mérito.

É a inteligência do artigo 267, do Código de Processo Civil: *Extingue-se o processo sem julgamento de mérito: (...) quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.*

Adverte ainda Sérgio Sahione Fadel que: *As condições da ação são concorrentes e não excludentes umas das outras. Para que o processo se forme e prossiga, não pode faltar qualquer delas.*<sup>19</sup>

### 5.2 A autonomia das condições da ação frente ao mérito

As condições da ação, avaliadas de forma autônoma, foram introduzidas pelo legislador de 73.

<sup>18</sup> VICENTE GRECCO FILHO. Direito Processual Civil Brasileiro. 12. ed. v. I, p. 79,80

<sup>19</sup> SÉRGIO SAHIONE FADEL. Código de Processo Civil Comentado. 5. ed. v. I p. 447.

Na vigência do anterior Código de Processo Civil, o mérito e as condições da ação se confundiam.

Há, presentemente, uma tendência a tirar das condições da ação essa autonomia, voltando a serem confundidas com o mérito.

Note-se que a falta das condições da ação pode importar na extinção do processo com ou sem julgamento do mérito; o que estabelece a diferenciação neste sentido é o grau de cognição do julgador.

### 5. 3 Diferença entre carência e improcedência da ação

Já foi dito anteriormente que, faltando uma das condições da ação, poderá o processo ser extinto pela carência ou pela improcedência da ação.

É lógico que existe um traço diferente entre as duas situações. A falta das condições da ação pode resultar numa extinção com ou sem julgamento de mérito. E aqui é que se consegue explicar a diferença entre carência e improcedência.

O autor será declarado carecedor de ação nas hipóteses em que não houver a possibilidade, legitimidade ou o interesse, ou seja, quando faltar uma das condições da ação. Mas a declaração de carência se fará toda vez que a falta das condições da ação for percebida, antes que o julgador adentre o mérito. Veja que, nesse caso, o reconhecimento da falta de uma das condições da ação é feita em caráter preliminar.

Sendo assim, não se fala em julgamento de mérito. Pelo princípio da economia processual, detectada que foi a falta de umas das condicionadoras do direito de ação, o julgador extinguirá o processo sem analisar o mérito.

Saliente-se que tal reconhecimento não ocorrerá necessariamente no início do processo, podendo até mesmo se dar após encerrada a fase instrutória. O que ocorre, na verdade, é que, constatada a falta de uma das condições da ação, não poderá o

poder jurisdicional dizer o direito naquele caso concreto, visto estar diante de uma ação viciada.

Vejamos o seguinte exemplo: 'A' ajuíza ação, visando recebimento de indenização contra 'B' e 'C', em virtude de um acidente provocado pelo veículo conduzido por 'B'. Alega 'A' que tanto 'B' como 'C' são empregados do proprietário do veículo. Em sua contestação, 'C' alega não ter qualquer responsabilidade, visto não ser empregado do proprietário, mas sim, mero carona que se encontrava no veículo no momento do acidente.

Note-se que 'C' alega em sua defesa a ilegitimidade passiva, ou seja, falta de uma das condições da ação. Para a demonstração de sua alegação, 'C' só dispõe de prova testemunhal, que deverá ser produzida já dentro da fase instrutória. É fácil perceber, nesse caso, que a ilegitimidade se confunde com o mérito e só poderá ser comprovada já na fase de cognição.

Nesse caso em específico, a declaração da falta de uma das condições da ação não se dará inicialmente, devendo ocorrer juntamente com a prolação da sentença.

O mestre Grecco<sup>20</sup>, dentro do tema abordado, assim se coloca: *O Juiz pode decretar a carência de ação em três momentos:*

a) *Ao despachar a inicial, quando for evidente, desde logo, a ilegitimidade de parte, a falta de interesse processual ou a impossibilidade jurídica do pedido (art. 295, II e III, e § único, III, neste caso, o juiz deverá rejeitar, de pleno, a petição inicial);*

b) *Na fase de saneamento, isto é, após a resposta do réu, momento em que compete ao juiz examinar os pressupostos processuais, (...) e as condições da ação, sendo que, na ausência de quaisquer dessas últimas, deverá ele extinguir o processo conforme preceitua o artigo 329, combinado com o artigo 267, VI;*

c) *no momento de proferir a sentença final,*

<sup>20</sup> Vicente Grecco Filho. Direito Processual Civil Brasileiro. 12. ed. v. I, p. 88.

*se a ausência de condição da ação somente se revelar nesse instante, após a colheita das provas.*

Mas, seja qual for o momento em que se der a declaração de carência, a natureza da extinção será sempre sem análise do mérito.

Vamos agora, buscando o mesmo exemplo, ver a hipótese de improcedência. Se, no caso, durante a instrução, o caroneiro consegue demonstrar que, apesar de empregado, tomou todas as cautelas necessárias para evitar a ocorrência, não sendo assim parte legítima para responder a indenização pleiteada. Veja que aqui o grau de cognição dá suporte ao julgador para analisar o mérito. É caso de improcedência da ação.

O reflexo prático das duas situações é que na primeira hipótese a extinção se deu sem a análise do mérito, com o aparecimento da coisa julgada apenas formal, podendo a ação, em tese, ser repetida. Já no segundo caso, fica o autor impossibilitado de renovar a ação pelo aparecimento da coisa julgada material.

## 6. A possibilidade jurídica do pedido como condição autônoma

Liebman, nas últimas edições de seu Manual, não considera mais a condição “possibilidade” de forma autônoma, entendendo-a como fundida dentro do “interesse de agir”.

Segundo ele, não haverá o interesse de agir (...) *se il provvedimento demandato non può essere pronunciato, perchè non ammesso dalla legge.*<sup>21</sup> Filiamo-nos a este entendimento, posto que só poderá estar presente a condição “possibilidade” se presente igualmente o interesse.

### 6.1 Momento do exame das condições da ação

Como já foi exposto, a falta das condições

da ação pode ser constatada em momentos diversos, quando, ao analisar a peça vestibular, já pode o julgador verificar a presença das condições da ação. Sendo manifestamente ilegítima a parte, ou faltando ao autor o interesse de agir, deverá o juiz, na primeira oportunidade, indeferir a peça inaugural nos termos do que preceitua o artigo 295, II e III do Código de Processo Civil). Pode ocorrer, entretanto, que a verificação da ilegitimidade dependa de prova que será oportunamente produzida na fase probatória. Em casos como tal, não cabe ao juiz indeferir o plano inicial. A carência então será declarada quando da prolação da sentença.

Nos termos do artigo 295, parágrafo único, o pedido juridicamente impossível também é causa de indeferimento da inicial.

As condições da ação podem não estar devidamente preenchidas quando do ajuizamento, mas, se a irregularidade for sanada no decorrer do processo, como com o aditamento da inicial, deverá o juiz, ao julgar o pedido, fazê-lo de forma a enfrentar o mérito.

### 6.2 A preclusão e as condições da ação

Versam as condições da ação, sobre matéria de ordem pública, sendo insuscetíveis de preclusão.

Prevê o parágrafo 3º do Código de Processo Civil que: *O juiz conhecerá de ofício, em qualquer grau de jurisdição, (...)*

Como se vê, a falta de alegação pela parte na primeira oportunidade que lhe é dado falar nos autos, não acarreta preclusão sobre a matéria. Inobstante isto, responde o réu pelas custas de retardamento.

Quando o artigo fala em “qualquer grau de jurisdição”, deve tal expressão ser entendida como primeiro e segundo graus da instância ordinária.

Caso a matéria não tenha sido ventilada na instância ordinária, já não mais poderá sê-lo em sede

<sup>21</sup> Liebman. Manuale. v. I, 74, p. 137.

de recurso especial ou extraordinário, visto a necessidade de prequestionamento para admissibilidade desses recursos.

## Conclusão

O estudo sobre as condições da ação é de suma importância, tendo em vista os seus reflexos práticos em relação à coisa julgada.

A análise superficial do tema pode levar até mesmo a uma aniquilação do direito pretendido, em virtude do reconhecimento da coisa julgada de natureza material.

## Bibliografia

01. BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Forense, 1983.
02. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
03. AZEVEDO BARROS, Benedicto. **Princípios de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Borsoi, 1972.
04. FREDERICO MARQUES, José. **Manual de Direito Processual Civil**. v. I, 10. ed. São Paulo: Saraiva 1983.
05. GRECCO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. I, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
06. MONIZ DE ARAGÃO, E. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. II. São Paulo: Forense, 1974.
07. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.
08. RODRIGUES DE REZENDE FILHO, Gabriel José. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
09. SAHIONE FADEL, Sérgio. **Código de Processo Civil Comentado**. v. I, 5. ed. São Paulo: Forense, 1984.
10. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I, 18. ed. São Paulo: Forense, 1996.