

CONDIÇÕES DA AÇÃO NO NOVO CPC

Rennan Faria Krüger Thamay*

Resumo: O objetivo do presente ensaio é tecer algumas considerações sobre as condições da ação no novo código de processo civil, analisando as suas modificações estruturais.

Palavras-Chave: Ação – condições da ação – novo código de processo civil.

Summary: The purpose of this test is to make some observations on the cause of action in the new Code of Civil Procedure, analyzing their structural changes.

Keywords: Action – Conditions of action - new Code of Civil Procedure.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS



processo civil, na pós-modernidade, sempre suscitou constante estudo e adaptações visando a transformar e manter o processo como mecanismo eficiente, eficaz e suficiente para a prestação da tutela jurisdicional. Não por outra razão, a necessidade de reforma estrutural do Código está presente, sim, mas para

* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. É Professor do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Foi Professor assistente (visitante) do programa de graduação da USP, Professor do programa de graduação e pós-graduação (lato sensu) da PUC/RS. Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil). Advogado, consultor jurídico e parecerista.

ajustar o processo ao que dele se pode e deve esperar.

Há, na atualidade, um movimento mundial de nova codificação. Na Itália, nosso berço de muitas construções processuais, publicou-se novo Código de Processo Civil em 2009, assim como em Portugal, em 2013.

Trata-se de movimento que, pela influência dessas culturas, certamente chegaria ao Brasil, onde foi aprovado, em dezembro de 2014, o Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 [nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados]).

O Novo CPC, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que começará a ser aplicável em 16 de março de 2016, substituirá o CPC/73 - Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, - que muitas conquistas deixou.

Esse novo CPC, que tem como escopo variadas vertentes teórico-normativas, destaca-se pelo compromisso de um processo mais eficiente e célere, pretendendo dar ao jurisdicionado aquilo que de melhor se pode extrair de um processo que respeite, sempre, e acima de tudo, as garantias constitucionais do processo.

Percebe-se, com o novo CPC, uma sintonia mais apurada com a Constituição, louvável aperfeiçoamento, já que a Constituição é a norma estruturalmente mais destacada do país, por sua hierarquia, sendo uma constante no novo CPC a valorização das garantias constitucionais processuais.

Outra característica marcante vem a ser a maior aproximação da decisão judicial da realidade, já que o novo CPC direciona-se, fortemente, para como realizar e cumprir aquilo que fora determinado pelo julgador no feito. Também é marcante a simplificação do procedimento processual, facilitando ainda mais a condução do processo, pretendendo, de forma evidente, aumentar a efetividade processual que poderá garantir a concretização do que fora determinado pelo julgador.

Tudo isso estruturado e permeado por um sistema próprio de precedentes, que tem como finalidade – boa por sinal – a uniformização das posturas decisórias do Poder Judiciário, evitando-se, assim, que se tenham decisões diversas sobre a mesma questão, dando ainda mais coerência ao sistema do novo CPC. Embora reconheçamos não ser uma teoria dos precedentes, assim como a originária, fato é que se tem, com esse novo CPC, uma teoria dos precedentes “à brasileira”.

Uma das questões que merece, desde logo, afirmação para que não penda dúvida, em nossa teoria de pressupostos e nulidades, construída para evitar ao máximo o reconhecimento de nulidades e, dentro do possível aproveitar os atos processuais, comporta uma indagação estratégica e relevante em face da estruturação normativa do CPC/2015.

Assim, indaga-se, como alguns, sumiram as condições da ação?

Para resolver esse questionamento de sublimidade importância, que poderia mudar, por completa a forma de compreender o processo, utilizaremos o próximo sub item, certos de que, realmente, esse corte metodológico e substancial deve ser feito nesse momento para que, então, não se comprometa toda a construção teórico-argumentativa desta obra.

2. SUMIRAM AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO NOVO CPC?

A expressão “condições da ação” não aparece no texto do novo Código de Processo Civil, que, todavia, exige interesse e legitimidade para a postulação em juízo (art. 17).

Indaga-se, então, se permanece a categoria das condições da ação, imaginando-se, por exemplo, que o interesse e a legitimidade possam agora ser considerados “pressupostos processuais”.

Devagar com o andar.

A doutrina processual estuda três grandes temas: a jurisdição, o processo e a ação, variando, conforme a época, a importância dada a um ou outro desses temas. O certo, porém, é que conceitualmente processo é uma coisa, ação é outra coisa e jurisdição uma terceira. São conceitos complementares, mas que não se confundem.

Ora, se há condições relativas ao processo, desde Bülow estudadas sob o nome de “pressupostos processuais”, é natural que também haja pressupostos da ação, as chamadas “condições da ação”. Se o autor postula em juízo sem ter interesse nem legitimidade, há processo, mas não há ação apta a ser efetivamente eficaz.

Enquadrar a legitimidade e o interesse, entre os pressupostos processuais implica confundir ação com processo e não se pode pura e simplesmente negar a existência de condições da ação, por implicar negação do que a Lei afirma: a necessidade de interesse e legitimidade para a postulação em juízo.

Isso deriva da observação sistêmica do CPC/2015, visto que segundo art. art. 485, o juiz não resolverá o mérito quando: a) verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (inc. IV); b) verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual (inc. VI).

Evidentemente, merece destaque que os pressupostos processuais estão tratados no inciso IV enquanto, de outro lado, as condições da ação estão trabalhadas no inciso VI.

Fica evidente, assim, que se tratam de temas, institutos e instrumentos diversas que, com destaque próprio, são tratados de forma estruturalmente pontual, pois os pressupostos estão para com o processo assim como as condições da ação (legitimidade e interesse) estão para a ação. São, realmente, instrumentos prévios de controle para que o exercício do direito de ação e processo não sejam confundidos e banalizados.

De outro lado, certo é que desapareceu a “possibilidade

jurídica do pedido” como condição da ação, e com razão, porque a doutrina veio a concluir que ela não era senão uma hipótese de improcedência manifesta, tratando-se, pois, de uma questão de mérito.

Com referencia à legitimação para a causa, também tem-se afirmado tratar-se de uma questão de mérito, mas aqui é preciso distinguir, porque há casos em que isso ocorre e casos em que não ocorre.

No âmbito das ações individuais, em que de regra só pode postular em nome próprio o titular do direito subjetivo invocado e somente em face do devedor ou obrigado, realmente a questão da legitimação para a causa envolve o mérito, porque o juiz, ao dizer que o autor não tem legitimidade ativa, por estar indevidamente a postular direito alheio, declara que o autor não tem direito subjetivo contra ou em face do réu.

Já, no âmbito das ações coletivas, salta aos olhos que a legitimação para a causa nada tem a ver com o mérito. Assim, por exemplo, a decisão que nega a legitimidade do Ministério Público para ação civil pública em prol de pessoa maior e capaz, nada diz sobre o mérito da causa.

Reafirmamos, pois, que ação é uma coisa e processo, outra coisa.

Permanece a categoria das condições da ação¹, porque permanece a exigência de interesse e legitimidade para a propositura de ação.

Em sentido contrário, sustentando o enquadramento da legitimidade e o interesse entre os pressupostos processuais, pronuncia-se Fredie Didier Jr. Dizendo² que “... se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicio-

¹ Relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento sobre a constitucionalidade das condições da ação no RE 631.240MG, rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 10.11.2014.

² DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 304-307.

nal (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente. Cândido Dinamarco, por exemplo, um dos principais autores brasileiros a adotar a categoria “condição da ação”, já defende a transformação deste trinômio em um binômio de questões: admissibilidade e mérito”.

Mas acrescenta Didier o seguinte esclarecimento: “Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária)”³.

Conflui Didier Jr com um elogio ao novo Código de Processo Civil, por omitir a referência às condições da ação, mas perguntamos: por quê elogiar, se, ainda que sem esse nome, as condições da ação permanecem, tendo-se, assim, uma mudança que ao fim e ao cabo deixa tudo igual?

Finalizando nesse ponto, sem ser exaustivos, veja-se como Galeno Lacerda afirma: “certos autores, adeptos dessa teoria, continuam a tratar as condições da ação em termos chi-ovendianos. Não se aperceberam da contradição entre considerar o direito de agir como simples direito à sentença e definir-lhes as condições de exercício como necessárias à obtenção de sentença *favorável*. Deve manter-se a distinção entre requisitos

³ <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Condições-da-ação-e-o-projeto-de-novo-CPC.pdf>

da ação e do processo, porque uma coisa é o direito subjetivo; outra, as relações jurídicas que dele brotam. Diferem como conceitos de termo e nexos. O primeiro, parte integrante do segundo, pressupõe exigências singulares; o último as requer plurais. Conceitos relativos, embora distintos, compreendem-se, contudo, mutuamente”⁴.

Exatamente nesses termos compreendemos. Assim, “dentro da concepção abstrata do direito de ação, não se justifica, assim, o tratamento separado e oposto das condições da ação e do processo, pois junta-as um vínculo de conteúdo a continente”⁵.

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO

São condições da ação⁶, conforme a doutrina de Liebman, “a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir (necessidade e adequação do pedido formulado) e a legitimação para a causa”⁷.

A ação pode ser considerada: a) como direito a uma sentença qualquer, ainda que meramente processual (teoria do

⁴ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985, p. 58.

⁵ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985, p. 59.

⁶ Segundo o STJ “os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos pressupostos processuais podem ser conhecidos ex officio no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e Súmula n.º 456 do STF (Precedentes: REsp 698.061 - MG, Relatora Ministra ELIANA CALMON), Segunda Turma, DJ de 27 de junho de 2005; REsp 869.534 - SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 10 de dezembro de 2007; REsp 36.663 - RS, Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Segunda Turma, DJ de 08 de novembro de 1993”. STJ - REsp: 864362 RJ 2006/0142749-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/08/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2008.

⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria Geral do Processo*: em conformidade com o Novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 154.

direito abstrato e incondicionado); b) como direito a uma sentença de mérito (teoria de Liebman, a ação como direito abstrato, porém condicionado); c) como direito a uma sentença de mérito favorável (teoria do direito concreto).

Em geral não se duvida que seja de mérito a sentença que, em processo de conhecimento, acolhe o pedido do autor. A dúvida surge quando a sentença não o acolhe, o que pode ocorrer em três situações diversas: a) o juiz extingue o processo por motivo meramente processual, sem examinar o pedido do autor; b) o juiz examina o pedido do autor e o afirma infundado (sentença de mérito). Portanto, a sentença de carência de ação somente pode ser definida (c) como aquela que extingue o processo, e não por motivo processual e, contudo, sem o exame do mérito, isto é, como a sentença que examina o pedido do autor e não o acolhe, embora sem afirmá-lo infundado (uma espécie de *non liquet* moderno). E porque não examina o mérito (não diz e nem nega razão ao autor) tal sentença não produz coisa julgada, como coerentemente dispõe o CPC/1973, assim como o CPC/2015, que adotou a teoria de Liebman de forma variada.

Afirmar--se, pois, que o exame das condições da ação envolve o mérito é um absurdo (autor carecedor de ação e com ação; entrega de uma sentença de mérito a quem não tem direito à prestação jurisdicional de mérito). Contudo, com frequência encontra--se a afirmação de que o exame de tal ou qual condição da ação envolve o mérito. É que se pensa, então, em um conceito de mérito que não é o do CPC, nem o de Liebman, pois nem um nem outro elaboraram sistema com tal contradição interna.

O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. Pelo contrário, a sentença de mérito produz coisa julgada material.

Assim, no que respeita ao processo de conhecimento, há um vínculo entre as ideias de mérito e de coisa julgada: se há exame do mérito, há produção de coisa julgada; não havendo

exame do mérito, coisa julgada não o há.

Tal já era o pensamento do autor do anteprojeto, na vigência do Código de 1939: “O Código de Processo adotou, segundo Liebman, um conceito geral de mérito, que se encontra expresso no art. 287, quando dispõe que a sentença que decidir total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites das questões decididas”. Lide é o fundo da questão, o que equivale dizer: o mérito da causa.⁸

Nessa linha de pensamento, Humberto Theodoro Júnior chegou a negar a existência de sentença de mérito, em processo cautelar, em face da inexistência de coisa julgada: “Como a ação cautelar é puramente instrumental e não cuida da lide, a sentença nela proferida nunca é de mérito, e, consequentemente, não faz coisa julgada, no sentido técnico”.⁹

Embora reconhecendo o vínculo que, no processo de conhecimento, existe entre as ideias de mérito e de coisa julgada, assim que as condições da ação igualmente são condições para uma sentença com força de coisa julgada material, afirmamos que há mérito em ação cautelar.

No caso de sucumbência do autor, alguma dúvida pode surgir, porque ela tanto pode ser determinada por motivo de mérito (improcedência) quanto por falta de condição da ação ou de outro pressuposto processual. No caso, porém, de acolhimento, nenhuma dúvida pode haver: a decisão é de mérito, pois resolve o mérito. Ora, há casos de acolhimento do pedido de autor em ação cautelar. Logo, há casos de julgamento de mérito em ação cautelar. Se não houvesse mérito em ação cautelar, o juízo seria apenas quanto aos pressupostos processuais e as condições da ação.

Para o acolhimento de pedido cautelar, não basta que o pedido seja possível juridicamente, que as partes sejam legíti-

⁸ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 103.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 5. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1983. p. 156.

mas e que esteja presente o interesse de agir, revelado pela prova do *periculum in mora*. É preciso mais: é preciso o *fumus boni iuris*, que, não sendo pressuposto processual nem condição da ação, não pode ser senão o mérito da ação cautelar.

A afirmação do *fumus boni iuris* é de mérito, quer em processo de conhecimento, quer em processo cautelar. A diferença é que, naquele, ele não basta para a procedência da ação.

Embora de mérito a sentença proferida em ação cautelar, dela não decorre a imutabilidade característica da coisa julgada material, porquanto se trata, por definição, de regulação provisória.

Observe--se, então, que coisa julgada material supõe decisão de mérito, mas a recíproca não é verdadeira: nem toda decisão de mérito produz coisa julgada material.

Há quem afirme que o exame de qualquer das condições da ação deve ser feito à luz das alegações do autor tão somente. Não, a final, com base nas provas produzidas: “... a legitimidade para agir é estabelecida em função da situação jurídica afirmada no processo e não da situação jurídica concreta, real, existente, coisa que só pode aparecer na sentença. (...). O interesse de agir, da mesma forma como a legitimidade para agir, é avaliado com base nas afirmações do autor. E dizemos isto justamente porque a afirmação do autor de que a situação jurídica foi violada ou está ameaçada de violação é a realidade objetiva de que o juiz dispõe para verificar, desde logo, se há ou não interesse de agir e, em consequência, admitir ou não a ação. De maneira que, se o autor afirma que a situação jurídica foi violada ou está ameaçada de violação, justificado está o seu interesse de agir, ou seja, justificada está a necessidade de proteção jurisdicional do Estado, vez que não poderá, com as suas próprias forças, tutelar essa situação jurídica proibida, como é a justiça privada”.¹⁰

¹⁰ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 146 e 148.

Ada Pellegrini Grinover discorda: “não é possível rotular a mesma circunstância, ora como condição de admissibilidade da ação, ora como mérito, qualificando as decisões de uma ou de outra forma, consoante o momento procedimental em que forem proferidas. Não acolhemos a teoria da ‘prospettazione’: as condições da ação não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento”.¹¹

Temos que, de regra, a presença ou ausência das condições da ação deve ser afirmada ou negada considerando--se a verdade dos autos, com a ressalva, contudo, que não chega a ser verdadeiramente uma exceção, de que, havendo alegação de direito subjetivo, a lei atribui legitimidade ativa a quem alega sua existência ou inexistência e legitimidade passiva àquele em virtude do qual a existência é afirmada ou negada.

Humberto Theodoro Júnior, talvez para abrir uma brecha na concepção de que a carência de ação permite que se renove a ação, afirma que a parte não estará impedida de voltar a propor a ação, mas depois de preenchido o requisito que faltou na primeira oportunidade (Condições da ação, *RF*, 259:39). É inadmissível, todavia, essa “meia coisa julgada”, que admite a renovação da ação, mas somente se implementada a condição que faltava. A ausência de coisa julgada permite, em outro processo, interpretação jurídica diversa. Afirmou--se, por exemplo, na primeira sentença, a impossibilidade jurídica da demanda contra o Poder Público, por não exaurida a via administrativa. Nada impede a prolação de segunda decisão, em outro processo, em sentido oposto, com a afirmação da desnecessidade da prévia exaustão da via administrativa, quiçá por inconstitucionalidade de tal requisito.

3.1. SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: UMA “RELÍQUIA” DO MUSEU DOS INSTITUTOS

¹¹ As condições... cit., p. 126.

PROCESSUAIS EXTINTOS

A ideia da possibilidade jurídica como condição da ação se deve a Liebman que, entretanto, na terceira edição de seu Manual a abandonou, subsumindo--a no interesse de agir. Ele conceituara a possibilidade jurídica como admissibilidade em abstrato do provimento solicitado, isto é, ser este um dentre os que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente vedado.

A impossibilidade jurídica do pedido pode ser afirmada em duas situações: a) inexistência, no ordenamento jurídico, do provimento solicitado (impossibilidade absoluta, como no exemplo clássico do pedido de divórcio, ao tempo em que não se o admitia); b) inexistência de nexos jurídicos entre o pedido e a causa de pedir (impossibilidade relativa, como no caso de pedido de prisão por dívida cambial).

Com apoio em Moniz de Aragão e Galeno Lacerda, Ada Pellegrini Grinover que considera caso de impossibilidade jurídica a ação proposta com falta de ato prévio, exigido para o exercício da ação, como o depósito preparatório; a representação do ofendido ou requisição do ministro da Justiça em ação penal pública condicionada; a autorização da Câmara de Deputados para a instauração de processo contra o presidente e o vice--presidente da República e os ministros de Estado (CF, art. 51, I).

Observa José de Albuquerque Rocha “que a expressão *possibilidade jurídica do pedido* não deve ser entendida em sentido estrito, ou seja, não deve ser entendida como se referindo só ao objeto que se pede em juízo, mas no sentido amplo da possibilidade jurídica da situação armada pelo autor cujo significado, por ser mais compreensivo, envolve não só a ideia do objeto que se pede em juízo como também a da causa ou origem jurídica do objeto e até seu sujeito. A dívida de jogo, por exemplo, tem como objeto a cobrança de uma dívida que,

em si mesma considerada, é digna de proteção do direito. No entanto, dada a sua origem ou causa, o jogo, o direito retira-lhe a proteção. Se aplicássemos a expressão possibilidade jurídica do pedido em sentido restrito, não explicaríamos a hipótese da dívida de jogo, cuja impossibilidade jurídica não decorre do pedido, mas da sua causa. Dessa forma, a expressa possibilidade jurídica do pedido deve ser entendida como uma noção de síntese ou um instrumento conceitual com que designamos todas aquelas situações para as quais o ordenamento jurídico dispensa, em tese, a sua proteção”.¹²

Após apontar numerosos casos de impossibilidade jurídica do pedido, Cezar Peluso concluiu: “Muito embora sejam heterogêneas as causas político--legislativas da proibição legal, segundo as espécies consideradas, o substrato comum e genérico, que permite sistematizá--las sob a categoria da impossibilidade jurídica do pedido, é o elemento de vedação ao exercício de atividades jurisdicionais, conducentes à sentença que possa, em tese, acolher as respectivas pretensões. Com maior rigor, dir--se--ia que o ordenamento jurídico interdita a própria dedutibilidade daquelas noções (*rectius*, demandas). Tal contexto é que induz à asserção corrente de que inexistente o direito a uma sentença de mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido”.

“Essa qualificação”, prossegue Cezar Peluso, “dissimula a verdadeira natureza do fenômeno, coisa em que já atinou a doutrina. ‘A impossibilidade jurídica é também uma das formas de improcedência *prima facie*’ (Calmon de Passos, Donaldo Annelin). Na verdade, dizer que determinado pedido não pode ser objeto de decisão jurisdicional de mérito, ou que não pode ser conhecido por força de expressa vedação do ordenamento jurídico, significa reconhecer que não pode ser acolhido, por clara inexistência do direito subjetivo material que pretenda

¹² ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 143.

tutelar. Mas isto em nada difere dos juízos ordinários, de im-procedência da ação, em que se rejeita o pedido por inexistên-cia do direito substancial), que se não irradia porque não há regra jurídica que, incidindo sobre os fatos provados, produza o efeito pretendido, ou porque não se prova suporte fático sobre o qual incida regra jurídica existente” (JTACSP, 81:283).

Assim, a possibilidade jurídica como condição da ação, apresentada por Liebman, parece destinada ao museu dos insti-tutos processuais extintos.

3.2. INTERESSE DE AGIR

Necessidade e adequação do provimento solicitado são as expressões que traduzem o que hoje se entende por “interese de agir”.

“De modo geral”, dizia Chiovenda, “é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisso, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto”.¹³

Observa Barbi que “a legislação anterior, no artigo 2º do Código de Processo Civil, dizia que o interesse pode ser econômico ou moral. Essa conceituação estava ainda imbuída do conceito da doutrina civilista (...). Realmente, enquanto se considerava que o interesse de agir é o mesmo interesse nuclear do direito subjetivo de ser protegido, havia justificativa para essas qualificações, pois o direito subjetivo tem sempre um interesse econômico ou moral. Mas, reconhecido que o interese de agir é a necessidade ou a utilidade que disto advém não mais se justificam aqueles qualificativos, que só cabem quanto ao interesse contido no direito a ser protegido”.¹⁴

Ada Pellegrini Grinover ensina que, embora nem sempre claramente apontado, outro requisito exsurge, para a confi-

¹³ *Instituições...* cit., v. 1, p. 181.

¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 1, v. 1, p. 49--50.

guração do interesse de agir: a adequação do provimento e do procedimento. O Estado nega--se a desempenhar sua atividade jurisdicional até o final, quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo, no caso concreto.

José de Albuquerque Rocha esclarece não ser suficiente afirmar--se a violação ou ameaça de violação da situação jurídica para configurar--se o interesse de agir. “É, igualmente, indispensável que o autor peça o remédio adequado à situação afirmada, ou seja, peça a prestação jurisdicional adequada à realização da situação jurídica afirmada e, bem assim, escolha o processo e o procedimento idôneos à obtenção da proteção jurisdicional pedida. Assim, o interesse de agir compreende não só a necessidade da prestação jurisdicional, mas também a sua adequação à realização dessa situação jurídica afirmada e, bem assim, a idoneidade do processo e do procedimento escolhidos para obter a prestação jurisdicional. De sorte que, se o autor não escolhe a prestação jurisdicional adequada à situação afirmada no processo nem o processo e o procedimento idôneo para a sua obtenção, deve o juiz rejeitar, liminarmente, a sua pretensão por falta de interesse de agir”¹⁵.

Guardemo--nos, contudo, de considerar condição da ação a adequação do procedimento. Tratar a impropriedade de ação como carência de ação constitui, no dizer de Ernane Fidelis dos Santos, erro palmar.¹⁶

É de Liebman a seguinte lição sobre o interesse de agir:

“Para propor uma demanda em juízo é necessário ter interesse. O interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse de obter o provimento demandado.

Ele se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, assim como se distinguem os dois correspondentes direitos, o substancial, que se afirma caber ao

¹⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1986, 149.

¹⁶ SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Introdução...* cit., p. 160.

autor, e o processual, que se exercita para a tutela do primeiro.

O interesse de agir é, pois, um interesse processual, secundário e instrumental em relação ao interesse substancial primário, e tem por objeto o provimento que se pede ao magistrado, como meio para obter a satisfação do interesse primário, prejudicado pelo comportamento da contraparte, ou, mais genericamente, da situação de fato objetivamente existente. Por exemplo, o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é de obter o pagamento desta soma; o interesse de agir surgirá se o suposto devedor não pagar no vencimento, e tem por objeto a condenação do devedor e sucessivamente a execução forçada sobre seu patrimônio.

O interesse de agir surge da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, portanto a lesão deste interesse e a idoneidade do provimento solicitado, para protegê-lo e satisfazê-lo. Seria de fato inútil examinar a demanda para conceder (ou negar) o provimento solicitado se a situação de fato descrita não constitui uma hipotética lesão do direito, ou interesse, ou se os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já foram obtidos, ou enfim se o provimento é inadequado ou inidôneo para remover a lesão. Naturalmente o reconhecimento da subsistência do interesse de agir ainda não significa que o autor tenha razão: quer dizer apenas que a sua demanda se apresenta merecedora de ser tomada em consideração; e ao mérito, não ao interesse de agir, pertence toda questão de fato e de direito relativa à procedência da demanda, isto é, à conformidade ao direito da proteção jurídica que se pretende pelo interesse substancial.

Em conclusão, o interesse de agir decorre da relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para remediá-la através da aplicação do direito, e esta relação deve consistir na utilidade do provimento, como meio para outorgar ao interesse ferido a proteção do direito. (...)

O interesse é um requisito não só da ação, mas de todos

os direitos processuais: direito de contradizer, de se defender, de impugnar uma sentença desfavorável etc.”.¹⁷

Às vezes não é tanto a *necessidade* quanto a *utilidade* que se encontra na base do interesse de agir. Pode ocorrer, por exemplo, que o Poder Executivo, embora podendo emitir e executar ato administrativo, prefira, por motivos políticos, solicitar provimento jurisdicional, como um mandado de reintegração de posse em terras públicas invadidas. Não há necessidade, mas utilidade, e esta base para que se componha o requisito do interesse de agir.

O interesse de agir frequentemente decorre do inadimplemento, o que o vincula à ação de direito material. Nas ações preventivas e cautelares, o interesse de agir relaciona--se com a ameaça ou perigo de dano. Pode--se, a partir daí, sustentar que o interesse de agir integra o mérito. Trata--se, porém, de parcela do mérito que dele se destaca para a atribuição de tratamento jurídico diferenciado (inexistência de coisa julgada).

Pode decretar--se a carência de ação por falta superveniente do interesse de agir. Por exemplo, julga--se prejudicado o pedido de *habeas corpus* quando, ao tempo do julgamento, já cessou a coação ilegal. “A opinião geralmente admitida”, diz Celso Barbi, “é a de que o interesse deve existir no momento em que a sentença for proferida. Portanto, se ele existiu no início da causa, mas desapareceu naquela face, a ação deve ser rejeitada por falta de interesse”.¹⁸

3.3. LEGITIMAÇÃO PARA A CAUSA

Esta condição da ação tem suscitado muitas dúvidas e controvérsias, às vezes por não se haver atentado para a circunstância de que se trata de expressão com duplo significado.

¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual...* cit., p. 40--42.

¹⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...* cit., t. 1, v. 1, p. 62; SAOUZA, Gelson Amaro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 49:138.

É que tanto os partidários da teoria do direito concreto quanto Liebman apontam para a legitimação¹⁹ para a causa como condição da ação, mas, para os primeiros, trata--se de condição para uma sentença de procedência e, para o segundo, apenas condição para uma sentença de mérito.

Chiovenda e Barbi definem a legitimação para a causa como “a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e da pessoa do réu com a pessoa obrigada”.²⁰ Supõe--se, aí, a existência de um credor e de um devedor, segundo o direito material. A definição serve, pois, à teoria do direito concreto de agir, mas não a Liebman, para quem legitimação para a causa é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste na individuação da pessoa que tem o interesse de agir (e portanto a ação) e a pessoa com quem se defronta; em outras palavras, ela surge da distinção entre o *quesito* sobre a existência objetiva do interesse de agir e o *quesito* atinente à sua pertinência subjetiva. A legitimação, como requisito da ação, indica, portanto, para cada processo, as justas partes, as partes legítimas, isto é, as pessoas que devem estar presentes, a fim de que o juiz possa decidir a respeito de um dado objeto.²¹

Ao elaborar a sua teoria, Liebman tinha presente as condições da ação apontadas por Chiovenda (condição

¹⁹ Sobre a legitimidade como condição da ação vale conferir que “allo stesso modo è condizione della tutela giurisdizionale che questa non possa essere concessa se non nei confronti di chi è per legge il destinatario dell’effetto o degli effetti in cui la tutela si concreta (legittimazione a contraddire)”. ARIETA, Giovanni. SANTIS, Francesco de. MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 5º ed., Padova: CEDAM, 2013, p. 161. Segundo o STJ, a luz do CPC/73, “a circunstância de o magistrado concluir pelo atendimento das condições da ação - entre elas, a legitimidade da parte - no momento da análise da petição inicial, quando ainda não há o exame de todos os elementos probatórios necessários ao deslinde da controvérsia, não enseja violação do disposto no art. 267, VI, do CPC”. STJ - REsp: 1128102 RS 2009/0138452-9, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 11/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA.

²⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...* cit., t. 1, v. 1.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale...* cit., p. 40.

,relembre--se, para uma sentença de procedência): a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor (ou a inexistência de direito subjetivo do réu, no caso de ação declaratória negativa), a legitimação para a causa e o interesse. Na transposição de uma teoria, concreta, para outra, abstrata, a existência do direito se transformou em mera “possibilidade jurídica do pedido”, o interesse de agir se antevê inalterado, e a legitimação mudou de sentido, pois Chiovenda a entendia como a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com o obrigado, e, para Liebman, passou a significar simplesmente “as pessoas que devem estar presentes, a fim de que o juiz possa decidir a respeito de um dado objeto”.

Essa mudança de sentido nem sempre tem sido percebida e apontada.

Ernane Fidelis dos Santos já observara: “... bastante estranho que um dos maiores processualistas brasileiros, Prof. Celso Agrícola Barbi, em que pese a superabundância de normas esclarecendo a matéria, se mantenha apegado à doutrina de Chiovenda, quando textualmente afirma sobre o interesse: ‘O Código veio incluir no texto legal um princípio que era aceito pacificamente pela doutrina e jurisprudência, isto é, o princípio que só pode propor uma ação em juízo o titular do direito que vai ser discutido’. Com este princípio, o ilustre mestre mineiro prossegue em crítica descabida ao Código, admitindo ter ele dado a titularidade da ação ao titular do direito discutido, mas insistindo ter havido erro de técnica no trato da titularidade do réu, porquanto entende que o direito de defesa independe de ser parte o sujeito passivo da relação deduzida. Mas, na verdade, o Código jamais afirmou ou pretendeu afirmar a validade desta conclusão, pois a titularidade é vista em face do conflito de interesses e não do direito que se pretende reconhecer”.

Prossegue Ernane Fidelis dos Santos, transcrevendo, para criticar, a seguinte observação de Barbi: “Parece que houve uma confusão do legislador, porque o problema da legitimação

se coloca em termos de legitimação do autor e réu, no sentido de que o autor deve ser o titular do direito e deve propor a ação contra o outro sujeito desse direito. Há, pois, a legitimação ativa e a passiva. A legitimação para contestar, essa não tem a característica que o legislador pareceu lhe dar. Para contestar tem legitimação qualquer pessoa que tenha sido citada como réu numa demanda. Basta que a pessoa tenha sido citada, tenha sido convocada a Juízo, ainda que nada tenha a ver com a questão em discussão, quer dizer, mesmo que não tenha a legitimação passiva, ainda assim tem legitimação para contestar. Quer dizer, os doutrinadores, nesse ponto, não chamam a isso legitimação: é pura e simplesmente um direito de defesa que tem qualquer pessoa que está sendo atacada por uma ação judicial. Naturalmente, isto será interpretado dentro dos termos tradicionais. Todo réu tem direito de se defender, não importando seja ele ou não o sujeito do direito que se ajuizou”.

“Data vênua”, prossegue Ernane Fidélis, “a confusão não está onde se interpreta, mas na própria interpretação. Sabemos da preferência do ilustre mestre pela doutrina de Chiovenda. Correta ou não, entretanto, o Código não a adotou. Nada se pode fazer. Titularidade do autor não é a mesma do titular do direito, nem o réu titular da obrigação correspectiva. A questão gira em torno de ‘lide’: um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e resistência de outro. E a titularidade da ação é vista frente a tal conflito e não a questão de direito material que se contém na lide”.²²

Essa distinção entre sujeitos da lide e sujeitos da relação jurídica controvertida é impugnada por Adroaldo Furtado Fabricio:

“não logramos ver modificação significativa no quadro com essa alteração de nomenclatura. Os figurantes da lide são, por hipótese, alguém que se afirma titular de um direito subjetivo material e outrem que opõe resistência à pretensão que lhe

²² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Introdução...* cit., p. 156--158.

é conexa. As pessoas são necessariamente as mesmas. Continua verdadeira, seja que se examine a legitimação pelo prisma do direito material afirmado, seja que se analise pelo ângulo da lide, uma antiga ação.

‘O juiz terá negado o pedido, pela inexistência da relação jurídica, pretendida entre o autor e réu. E isso é mérito.

Se o juiz decide que o réu não deve ao autor, terá negado a existência da relação ajuizada, ter-se-á manifestado sobre o pedido de condenação do réu a pagar. Terá julgado improcedente a ação’ (Lopes da Costa)”²³.

Em consequência, conclui o autor citado, mesmo *contra legem*, que a legitimação para a causa envolve o mérito e que a decisão a respeito produz coisa julgada material.

Na verdade, nos casos da chamada legitimação ordinária, em que se exige a presença em juízo do próprio titular do direito, assim como do sujeito passivo, a legitimação para a causa não pode nunca ser negada, porque tal importa em negação liminar da existência do próprio direito, o que implica exame do mérito.

A legitimação, porém, pode ser negada quando o autor vai a juízo e afirma que outrem é o titular do direito que pretende ver tutelado, ou quando move ação contra Tício, afirmando ter direito em face de Caio. É então exato que, ao negar a ação, o juiz não afirma nem nega o direito alegado pelo autor, podendo--se, pois, dizer que o autor não tem ação (1º caso) ou que não tem ação contra Caio (2º caso). Nos termos do Código de Processo Civil de 73, não há, nesses casos, exame do mérito, assim como se pode depreender do CPC/2015. Não há coisa julgada. A ação pode ser renovada, ainda que nos mesmos termos. É preciso, porém, chamar--se a atenção para o fato de que, ao contrário do que parece resultar da leitura dos repertórios de jurisprudência, são relativamente raros os casos de ile-

²³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: OLIVEIRA et al. Saneamento... cit., p. 41.

gitimidade produtores de verdadeira carência de ação. Frequentemente, o que se nega é a legitimidade no sentido chiovendiano, em uma indevida transposição de um conceito próprio de uma teoria concreta para outra, abstrata, propiciada pela identidade de expressão, o que facilmente gera equívocos. Temos, pois, que a carência de ação por ilegitimidade pode ser afirmada quando o autor comparece em juízo, descrevendo lide entre terceiro e réu ou entre ele próprio e terceiro, ou seja, nos casos em que o autor, expressa ou implicitamente, invoca o instituto da substituição processual ou a legitimação extraordinária.

Nas ações individuais, ressalvadas as poucas hipóteses de substituição processual, a legitimação para a causa é inseparável do mérito, porque basta que o autor se diga credor do réu para que um e outro tenham legitimidade para a causa.

Nas ações coletivas, a legitimação para a causa distingue-se nitidamente do mérito, restando claro que ele não é examinado, quando o juiz extingue o processo por não haver a ação sido proposta por órgão ou pessoa arrolada no art. 82 do Código do Consumidor.

Certo é que, de regra (e nisso não há senão que concordar com Adroaldo Fabricio), o que se tem é exame do mérito. Assim:

– se o autor se diz credor do réu, por sucessão *inter vivos* ou *mortis causa*, a ação será improcedente, quer o autor não prove a dívida, quer não prove a sucessão. Não há razão processual para distinguir as relações condicionante e condicionada de direito material;²⁴

– aquele que se diz esbulhado tem legitimidade para a ação de reintegração de posse. Não provada a posse ou o esbulho, a ação é improcedente;

– legitimado ativo para a ação reivindicatória é quem se afirma proprietário. Não provada a propriedade, a ação é improcedente;

²⁴ SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Introdução...* cit., p. 155.

– legitimado ativo para o mandado de segurança é quem se afirma titular de direito líquido e certo. Declarada a inexistência do direito, a denegação do mandado importa em exame do mérito;

– legitimado passivo na ação de prestação de contas é aquele a quem o autor aponta como lhe devendo contas. É de mérito a sentença que afirma que o réu não as deve;

– legitimado passivo na ação penal é aquele a quem o autor aponta como autor do delito. A negativa da autoria é defesa de mérito.

Em nossa concepção, afirme-se, persistem as condições da ação, não havendo, por parte do CPC/2015, qualquer exclusão ou extinção deste fenômeno extremamente relevante para a estrutura processual.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Muniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. II.

ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 5. ed. São Paulo, RT, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 1, t. 1 e II.

BULOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad. da ed. Alemã de 1868. Buenos Aires, Europa-América, 1964.

CAMARGO, Cláudio Lima Bueno de. Da curadoria especial nas execuções (súmula n. 196 do STJ). Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, v. 111, p. 9).

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. J. G. Menegale. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1995. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 2. ed. São Paulo, RT, 1979.
- DALL'AGNOL JR. Antônio Janyr. Comentários ao Código de Processo Civil. Porto Alegre, Le Jur, 1985. v. III.
- DALL'AGNOL JR. Antônio Janyr. Invalidades processuais. Porto Alegre, Le Jur, 1989.
- DALL'AGNOL. Jorge Luís. Pressupostos processuais. Porto Alegre, Le Jur, 1988.
- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, 'Querela nullitatis' e ação rescisória. Porto Alegre, *Ajuris* (42): 7-32, mar. 1988.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro, Aide, 1993.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público e suas atribuições no processo civil. *Justitia*. São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça, 1993. V. 161, p. 29-39.
- KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo, RT, 1991.
- LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre, La Salle, 1953.

- LAZZARINI, Alexandre Alves. A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Processo de conhecimento e processo de execução. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- MACEDO, Alexander dos Santos. Da Querela Nullitatis sua subsistência no direito brasileiro. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. São Paulo, Saraiva, 1989.
- MALACHINI, Edson Ribas. Nulidades no processo civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, (545) mar. 1981. 25-34.
- MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 1974, v. I; 1975. v. III.
- MARQUES, Mauro Pinto. A custódia da lei. Porto Alegre, Ajuris (65): 279-84, nov. 95.
- MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do fato jurídico. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos. Derecho Procesal Civil. 5. ed., Barcelona, Bosch, 1992. t. 1.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de Mesquita. A causa petendi nas ações reivindicatórias, Ajuris, Porto Alegre, (20): 166-80, nov./1980).
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade. In: OLIVERIA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). Saneamento do processo. Porto Alegre, Fabris, 1989. p. 131-9
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. III

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1976. t. XI.
- PONTES DE MIRANDA. Tratado da ação rescisória. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1º.
- SILVA, Wilson Melo da. Da responsabilidade civil automobilística. 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Elementos para uma teoria geral do processo. São Paulo, Saraiva, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência de rescindibilidade da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre (25): 161-79, jul. 1982.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 30, p. 38-59.
- TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e. Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (662): 25-30, dez./1990).
- VIEGAS, João Francisco Moreira. Ministério Público; sua atuação no cível. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1990. V. 653, p. 257-9.
- XAVIER NETO, Francisco de Paulo . Intervenção do Ministério Público pela qualidade de parte. *Porto Alegre, Ajuris*, (38): 219-23, nov./86.
- WALD, Arnold. Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos. 7. ed., São Paulo, RT, 1987.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4. ed. São Paulo, RT, 1997.