

**FACULDADES INTEGRADAS**

**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**MODOS DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO  
CIVIL**

André Yudi Hashimoto Hirata

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**MODOS DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO  
CIVIL**

André Yudi Hashimoto Hirata

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente/SP

2011

# **MODOS DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Gilberto Notário Ligerio  
Orientador

Fabiana Junqueira Tamaoki  
Examinador

Luiz Eduardo Sian  
Examinador

Presidente Prudente, 03 de Novembro de 2011.

Seu tempo é limitado, então não o desperdice vivendo a vida de outra pessoa. Não se deixe aprisionar pelo dogma – que é viver segundo os resultados dos pensamentos de outras pessoas. Não deixe o barulho da opinião dos outros sufocar sua própria voz interior.

Steve Jobs

Dedico este trabalho a minha mãe, pessoa maravilhosa e essencial em minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me dado forças nos momentos de fraqueza, luz nos momentos obscuros e por ter colocado pessoas especiais, ao longo dessa breve trajetória jurídica.

Agradeço a minha mãe Teresa, por todo seu esforço e dedicação, sempre em busca de fazer o melhor por mim. Obrigado por todas as preces, amor, carinho e apoio, mesmo nos momentos mais difíceis.

Devo um muito obrigado a minha avó Kimie, que sempre me apoia, incentiva, me passa toda sua sabedoria e torce, incondicionalmente, pela minha vitória.

Agradeço, também, minha namorada Mariana, por estar sempre ao meu lado, ao longo de todos esses anos. Obrigado por me fazer amar e me sentir amado, por todo o apoio e toda a paciência.

Agradeço aos meus sábios professores, pelas horas despendidas e dedicação integral.

Aos meus amigos, agradeço por todo carinho, apoio, e sincera amizade.

Ao meu Orientador Professor Gilberto, pelo qual tenho grande admiração, agradeço por ter se mostrado sempre disposto. Obrigado pela dedicação e estímulo, que foram essenciais para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus examinadores, pelo apoio que me deram ao aceitar este encargo.

Obrigado a todos que contribuíram, de qualquer forma, por mais essa vitória.

## RESUMO

A presença das condições da ação é requisito imprescindível para que o processo percorra seu curso natural e o juiz possa analisar o mérito da demanda. São condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a causa. A ausência de qualquer dessas condições dá ensejo à carência da ação. Há grande discussão sobre os modos de aferição dessas condições. Há duas fortes teorias a respeito do tema, principalmente no que tange à possibilidade ou não de produção probatória para comprovação de suas presenças. Antes de analisarmos essas teorias, essencial um estudo sobre o direito de ação. É importante a análise de sua natureza jurídica, especialmente com a adoção da teoria abstrata da ação. Há que se elaborar, também, um estudo sobre a técnica utilizada pelo magistrado no momento do julgamento, ou seja, a espécie de atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz. Neste sentido, é importante destacar que as matérias cognoscíveis compreendem as questões preliminares, prejudiciais e o mérito. Há grande embate entre a teoria de verificação das condições da ação “*in status assertionis*” e o da verificação “*in status probationis*”. Esta possui ampla ligação com a teoria concreta da ação. A importância dessas teorias reside no fato de que são determinantes para estabelecer a forma de resolução do processo. Essa resolução poderá se dar com ou sem resolução de mérito, a depender da teoria adotada. Prevalece na doutrina e jurisprudência, a teoria de aferição “*in status assertionis*”.

**Palavras-Chave:** Direito de ação. Condições. Aferição das condições. Teoria da asserção. Teoria da exposição.

## ABSTRACT

The presence of the action's conditions is an essential requirement for the process to go through its natural course and the judge can analyze the demand merits. The action's conditions are the possibility of legal claim, interest and legitimacy to act for the cause. The absence of any of these conditions gives rise to the lack of the action. There is much discussion on measuring ways of these conditions. There are two strong theories on the subject especially with regard to whether or not the production of evidence to prove its presence. Before reviewing these theories, it's essential a critical study on the right of action. It's important to make an analysis of its legal nature, especially with the Adoption of the abstract theory of action. We also have to prepare a study about the technique used by the judge at the time of trial, that is the kind of cognitive activity developed by the judge. In this sense, it's important identifying cognizable subjects understand the preliminaries, prejudicial questions and merit. There is a clash between the theory of verifying the action's conditions "in status assertionis" and verifying "in status probationis". This one has extensive proximity to the theory of concrete action. The importance of these theories lies in the fact that they are crucial to establish the process resolution form. This resolution can take place with or without merit resolution, depending on the theory adopted. Prevails in doctrine and jurisprudence, the theory of measurement in "status assertionis".

**Keywords:** Right of action. Conditions. Measurement of the conditions. Theory of assertion. Theory of exposure.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>08</b>
<b>2 O DIREITO DE AÇÃO: ORIGEM E CONCEITO</b> .....	<b>10</b>
2.1 Natureza Jurídica da Ação (Enfoque Constitucional) .....	11
2.1.1 Teoria clássica, civilista ou imanentista.....	12
2.1.2 Teoria concreta da ação.....	13
2.1.2 Teoria abstrata da ação.....	15
2.1.3 Teoria eclética ou mista.....	16
2.2 Elementos da Ação .....	17
2.2.1 As partes .....	18
2.2.2 A causa de pedir .....	20
2.2.3 O pedido.....	21
2.3 Classificação das Ações.....	23
2.3.1 Ações de conhecimento .....	23
2.3.1.1 Ações meramente declaratórias .....	25
2.3.1.2 Ações constitutivas.....	25
2.3.1.3 Ações condenatórias.....	26
2.3.2 Ações de execução .....	27
2.3.3 Ações cautelares.....	28
<b>3 CONDIÇÕES DA AÇÃO</b> .....	<b>30</b>
3.1 Possibilidade Jurídica do Pedido.....	33
3.2 Interesse de Agir .....	36
3.3 Legitimidade Para a Causa .....	37
3.4 Carência da Ação.....	41
3.5 Pressupostos Processuais, Condições da Ação e Mérito .....	44
<b>4 COGNIÇÃO PROCESSUAL</b> .....	<b>47</b>
4.1 Matérias Cognoscíveis .....	49
4.2 Espécies de Cognição.....	51
<b>5 MODOS DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO</b> .....	<b>55</b>
5.1 Teoria da Asserção ou da <i>Prospettazione</i> (Verificação <i>in status assertionis</i> ) .....	55
5.2 Teoria da Exposição (Verificação <i>in status probationis</i> ).....	58
5.3 Casuísmo .....	60
5.4 Teoria Prevalente .....	61
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>64</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como assunto central os modos de aferição das condições da ação. Trata-se de tema controvertido com duas posições bem delineadas, ambas com argumentos convincentes.

O método de pesquisa utilizado foi o método comparativo, objetivando uma comparação entre as diferentes formas de análise das condições da ação, a fim de se chegar naquela que melhor se enquadra em nosso ordenamento jurídico.

Buscaremos elucidar determinadas questões, como por exemplo, se haverá ou não exercício do direito de ação quando houver julgamento sem resolução de mérito ou o que ocorrerá com o processo se ficar constatada a ausência de alguma das condições da ação.

Antes de chegarmos ao cerne deste trabalho, trataremos do direito de ação, que é dotado de extrema importância para a sociedade, porquanto, além de ser um direito constitucionalmente garantido, compõe grande parte dos conflitos que surgem cotidianamente, mantendo ou restabelecendo a paz social.

Ainda com relação ao direito de ação, buscaremos demonstrar o porquê da sua existência, a forma de se exercê-lo, o seu conceito e a sua natureza jurídica. Explanaremos, também, os elementos identificadores da ação, com base na teoria da tríplice identidade e classificaremos os diferentes tipos de ação, de acordo com o provimento jurisdicional ou tutela requerida pela parte autora.

Prosseguindo com o estudo do direito de ação, adentraremos ao tema das condições da ação, onde cada condição será, individualmente, explicada. Serão analisadas, ainda, as consequências da ausência de qualquer das condições. Por fim, será traçado um paralelo com comparações entre os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito.

Posteriormente, trataremos do assunto cognição processual, estabelecendo base conceitual, indicando quais são as matérias cognoscíveis e expondo as diversas espécies de cognição existentes.

Por fim, trataremos do assunto tema do presente trabalho, ou seja, os modos de se aferir as condições da ação. Ressalta-se, aqui, que a importância desse tema reside na ideia de que a forma de extinção do processo define a espécie

de coisa julgada (material ou formal) que se formará. E mais, a aplicação adequada da verificação das condições da ação, possibilitará aos juízes, uma preocupação e dedicação às causas mais relevantes.

Nesse capítulo, em um primeiro momento, serão analisadas, individualmente, as teorias da asserção e da exposição. Para elucidar as teorias, citaremos alguns exemplos práticos, indicando, ao fim, a teoria que vem sendo adotada por nossos Tribunais.

## 2 O DIREITO DE AÇÃO: ORIGEM E CONCEITO

A vida social é formada por sujeitos, que praticam diversos fatos, que podem ou não ser relevantes para o Direito. Esses fatos podem gerar uma controvérsia, uma divergência de vontades que resultam em um conflito, onde dois ou mais indivíduos entendem ser aqueles protegidos pela lei.

Esse conflito pode ser resolvido pacificamente. Entretanto, na maioria das vezes, não se consegue uma solução sem que um dos sujeitos se sinta injustiçado. Essa situação conflituosa leva, inelutavelmente, à necessidade de sua composição.

O Estado veta que seja feita justiça com as próprias mãos e resguarda para si o monopólio da justiça, ou seja, o Estado, por meio do Poder Judiciário, se obriga a prestar a tutela (proteção) jurisdicional dos direitos subjetivos sempre que for chamado para tanto. O Poder Judiciário age substituindo a vontade das partes pela sentença que a eles impõe.

Todos que se julguem lesados ou ameaçados em seus direitos poderão requerer a intervenção estatal para uma composição imparcial. Isso quer dizer que todos possuem o direito de ação, que, segundo Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 68), nada mais é do que o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer toda a incerteza e insegurança gerada pela divergência de vontades.

Outro interessante conceito é o anunciado por Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 125):

Podemos conceituar o direito de ação como o direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide.

O conceito citado nos parece ser o mais completo e, por este motivo, será o adotado para o presente trabalho.

Diz-se que o direito de ação é subjetivo, pois é uma faculdade do interessado de provocar a atividade estatal que, em regra, permanece inerte até a provocação daquele que necessita da prestação jurisdicional.

É, ainda, um direito público, pois se volta contra o Estado, ao contrário do direito material, que se dirige contra a parte adversária, sendo este, portanto, de natureza privada.

Por fim, a abstração do direito de ação diz respeito à desvinculação da ação com o resultado do processo, ou seja, pouco importa se à pretensão do autor é dada procedência ou não. O direito de ação já terá sido exercido independentemente da existência ou não do direito material que se pretende.

Vale lembrarmos que, o direito de ação não é apenas exercido para se iniciar um processo, mas sim exercido ao longo de todo o processo. O direito de defesa, por exemplo, não passa de um desdobramento do direito de ação, assim como o direito de recorrer.

## **2.1 Natureza Jurídica da Ação (Enfoque Constitucional)**

Determinar a natureza jurídica de qualquer instituto do direito significa encontrar a sua essência, ou seja, descobrir a sua origem.

O direito de ação tem natureza constitucional e está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV.<sup>1</sup> Trata-se da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Ora, se não é permitido à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito, fica evidente que o direito de ação é um direito fundamental do indivíduo.

O princípio do juiz natural também ganha espaço importante quando tratamos do direito de ação. Segundo esse princípio, só pode exercer a jurisdição o juiz investido no cargo de acordo com as previsões previstas na Constituição Federal.

Deve-se observar, ainda, para o exercício da atividade jurisdicional do Estado, o devido processo legal, que garante aos demandantes, um julgamento

---

<sup>1</sup> Art. 5º - CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

imparcial em procedimento regular com toda a segurança para se exercer os direitos de ação e defesa.

O legislador infraconstitucional, no artigo 126<sup>2</sup> do Código de Processo Civil também trata sobre a inafastabilidade do Estado. Observa-se no artigo mencionado a vedação ao “*non liquet*”, ou seja, a proibição ao Poder Judiciário de deixar a questão sem uma resposta.

Conforme visto em tópico anterior, o direito de ação é o direito público, subjetivo e abstrato de requerer a prestação jurisdicional do Estado, sempre que dela precisar para solução de um determinado conflito. Entretanto, para se chegar a essa acepção, um extenso percurso ao longo da história teve de ser percorrido, com diversas teorias a respeito da natureza jurídica da ação.

### **2.1.1 Teoria clássica, civilista ou imanentista**

Essa teoria tem como seu principal defensor o alemão Friedrich Karl von Savigny.

Segundo essa teoria, a ação era um mero aspecto de direito material. Não havia uma distinção nítida entre a relação jurídica material e a relação jurídica processual. A ação era o próprio direito material em reação a uma violação que tivesse sofrido, ou seja, a ação seria o próprio direito armado para a guerra. Não haveria ação sem direito e nem direito sem ação. A ação apenas seguiria a natureza do direito. A doutrina explica a teoria clássica da seguinte forma:

A teoria clássica acerca da natureza da ação é a chamada teoria civilista ou imanentista da ação. Esta teoria vigorou durante todo o século passado e deveu a sua existência à fase evolutiva do processo, em que este se encontrava verdadeiramente subordinado ao Direito Civil, sendo concebido como apêndice deste. (ALVIM, 2003, p. 428).

Esse mesmo entendimento possui Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 107):

---

<sup>2</sup> Art. 126 CPC – O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito

Essa teoria é reflexo de uma época em que não se considerava ainda o Direito Processual como ciência autônoma, sendo o processo civil mero “apêndice” do Direito Civil. Por esta concepção, a ação era considerada o próprio direito material depois de violado.

Para melhor entender essa teoria, importante exemplificar. Supomos que “A” celebra contrato de mútuo com “B”, emprestando determinada quantia em dinheiro. Se “B” não adimplir sua dívida com “A”, este sofrerá uma lesão. Com isso, esse direito subjetivo irá a juízo em busca de defesa, devendo ser tratado, doravante, como direito de ação.

A teoria civilista influenciou diretamente o Código Civil de 1916. O art. 75 desse código preconizava que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Esse artigo foi revogado, mas não desapareceu totalmente com o Código Civil de 2002, tendo em vista o teor dos artigos 80, I <sup>3</sup> e 83, II e III <sup>4</sup>. Contudo, esses artigos são interpretados como fonte de garantia de tutela jurisdicional adequada.

A principal crítica sofrida por essa teoria foi quanto às ações declaratórias, que são aquelas que buscam apenas uma declaração sobre a existência ou inexistência de uma situação jurídica. No caso dessas ações, não há direito material violado.

### **2.1.2 Teoria concreta da ação**

A teoria civilista começou a perder seu espaço com a famosa polêmica Windscheid x Muther.

O jurista alemão Bernard Windscheid publicou um ensaio sobre o instituto da actio no Direito Romano, defendendo ali que tal conceito não correspondia ao moderno conceito de ação, mas sim ao de pretensão (Anspruch). Outro notável estudioso do direito romano, o também alemão Theodor Muther, respondeu às afirmações de Windscheid, em ensaio onde afirmou a coincidência entre os conceitos romano de actio e moderno de ação. Windscheid publicou ainda um outro trabalho, verdadeira réplica às afirmações de Muther, onde, aceitando embora muitas das afirmações

---

<sup>3</sup> Art. 80 CC – Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

<sup>4</sup> Art. 83 CC – Consideram-se móveis para os efeitos legais:

II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

daquele jurista, reiterou sua teoria básica: a de que actio e ação seriam conceitos inconfundíveis. (CÂMARA, 2009, p. 108).

Dessa polêmica, começou a surgir a ideia de que o direito de ação e o direito material não se confundem. O direito de ação começou a ser entendido como direito à prestação jurisdicional e passou a ser visto como um direito autônomo.

Essa autonomia fica facilmente compreendida se pensarmos, por exemplo, em um direito de crédito (direito material) e o compararmos com o direito de ação. Teremos, nesse caso, que no direito material, o sujeito passivo é o devedor (obrigação de dar, fazer...). No direito de ação, o sujeito passivo é o Estado (prestação da tutela jurisdicional).

Diversas teorias defensoras da autonomia do direito de ação começaram a surgir. A primeira foi a teoria concreta da ação, também chamada de teoria do direito concreto de agir, que teve como principal precursor Adolf Wach. Com o surgimento dessa teoria, foi corrigida a situação criticada na teoria civilista, quanto às ações declaratórias.

Diferentemente dos defensores da teoria civilista, que viam a ação como um direito imanente ao direito material, os concretistas vêem o direito de ação como um direito autônomo concreto à tutela jurídica, ou seja, para que determinado sujeito exerça o direito de ação, é preciso que sua ação seja julgada procedente.

Logo, para que o direito de ação fosse exercido, uma sentença favorável teria de ser, necessariamente, proferida, ou seja, a parte tinha de ter o direito material invocado.

Chiovenda também foi adepto da teoria concreta da ação. Para ele, a ação era um direito potestativo (direito pelo qual não corresponde nenhuma prestação por parte do devedor, mas somente uma sujeição) de provocar a atividade jurisdicional contra a parte contrária.

Observei que, se em verdade a coação é inerente à idéia do direito (não no sentido de que, para se ter direito, se deve poder efetivamente atuá-lo, e sim no de que tende a atuar com todas as forças que estão de fato à sua disposição); se em verdade a vontade concreta da lei, quando o devedor deixa de satisfazê-la com sua prestação, tende à sua atuação por outra via, e que, mesmo, em numerosíssimos casos, há vontades concretas de lei cuja atuação só se concebe por obra dos órgãos públicos no processo; todavia, normalmente, esses órgãos só a pedido de uma parte podem prover à atuação (*nemo iudex sine actore*), de modo que, normalmente, a atuação da lei depende de uma condição, a saber, da manifestação de vontade de um indivíduo; e diz-se que esse indivíduo tem ação, querendo

dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei. (CHIOVENDA, 2009, p. 62).

Para a teoria adotada por Chiovenda, a ação seria um direito voltado contra o demandado, que simplesmente estaria sujeito à lei. Podemos citar como exemplo, o contrato de mandato, que pode ser revogado a qualquer tempo, independente da vontade do mandatário, que deverá apenas se sujeitar à vontade do mandante.

Essa teoria também foi alvo de duras críticas. A principal diz respeito ao fato de que, no caso de sentença de improcedência, apesar do Estado (Poder Judiciário) ter sido provocado a atuar, não haveria direito de ação. A teoria concreta não conseguia responder o porquê de haver provocação da atuação do Estado se inexistente o direito material. Nota-se que só seria possível verificar o exercício do direito de ação quando da decisão final.

### **2.1.3 Teoria abstrata da ação**

Com base nas críticas apresentadas em tópico anterior, o jurista alemão Heinrich Degenkolb e o húngaro Alexander Plósz desenvolveram a teoria abstrata da ação ou teoria do direito abstrato de agir.

Para essa teoria, a ação é o direito à jurisdição, ou seja, é o direito a uma resposta do judiciário, seja ela positiva ou negativa. Então, caso seja julgada improcedente a pretensão do autor, ficará evidenciado que ele não possuía o direito material alegado, entretanto, tinha o direito de ação, que foi exercido mediante resposta negativa do poder judiciário.

Surge, então, a teoria abstrata da ação, ou teoria do direito abstrato de agir, segundo a qual o direito de ação seria, simplesmente, o direito de provocar a atuação do Estado-juiz. Em outros termos, para essa teoria a ação é o direito de se obter um provimento jurisdicional, qualquer que seja o seu teor. (CÂMARA, 2009, p. 110).

Logo, o direito de ação é exercido tanto pelo autor que teve sua pretensão atendida, quanto àquele que a teve repelida. O direito de ação é abstrato, pois não depende da existência do direito material.

Importante destacar que somos adeptos a essa teoria. Entretanto, entendemos que as teorias a respeito da ação se complementam. Não há que se excluir uma das teorias em detrimento de outra. Veremos no decorrer deste trabalho que, embora adotemos a teoria abstrata da ação, não somos contra as condições da ação inerentes à teoria eclética, que será vista logo a seguir.

#### 2.1.4 Teoria eclética ou mista

Essa teoria foi adotada por Enrico Tullio Liebman. É um desdobramento da teoria abstrativista.

Segundo a teoria eclética, a ação é abstrata, é um direito a uma sentença de mérito. Entretanto, o direito de ação não é absoluto, pois exige o preenchimento de alguns requisitos para que se configure sua existência. São as chamadas condições da ação, que compreendem a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 253).

Essa teoria foi adotada pelo nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 267, VI.<sup>5</sup> Para Liebman, somente se pode considerar a existência da ação se estiverem presentes todas as condições da ação.

Embora essa teoria continue dominante, há que se ressaltar que a concepção original de Liebman sofreu algumas alterações. Parte da doutrina vem entendendo que as condições estabelecidas pelo jurista italiano não são condições para a existência do direito de ação, mas sim do seu legítimo exercício.

---

<sup>5</sup> Art. 267 CPC - Extingue-se o processo sem resolução de mérito:

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

## 2.2 Elementos da Ação

É expressivo o número de conflitos de interesses que acontecem no dia a dia. Esses conflitos trazem inúmeras ações para composição pelo Estado.

A entrega ao Estado da atividade jurisdicional exige, em contrapartida, uma segurança jurídica, para que o resultado do processo seja capaz de produzir efeitos que resolvam a lide.

A segurança almejada pela sociedade estaria completamente comprometida, se a uma solução dada a determinado processo pudesse se seguir outra diversa. Assim, para evitar decisões contraditórias, tem-se que coibir a pendência de ações iguais.

A ação, quando proposta, deve ser individualmente analisada, para que dela se extraia elementos identificadores. A doutrina e o Código de Processo Civil, em seu artigo 301, §2º<sup>6</sup> apontam três elementos identificadores (teoria da tríplice identidade), quais sejam, as partes, a causa de pedir e o pedido. São esses elementos que coibirão a pendência de ações iguais e que trarão às partes, a segurança jurídica desejada.

Afirma Arruda Alvim (2003, p. 485) que, apesar das críticas, a teoria da tríplice identidade se mostra capaz de fornecer um “claro esquema” para a tarefa de identificar as ações, coibindo, assim, a pendência de ações iguais e decisões contraditórias.

Havendo identidade total da ação poderá ocorrer o fenômeno da coisa julgada ou da litispendência. Em sendo parcial, poderá ocorrer a conexão (identidade de causa de pedir e pedido) ou a continência (identidade de partes e causa de pedir).

---

<sup>6</sup> Art. 301 § 2º CPC - Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

### 2.2.1 As partes

A primeira análise que deve ser feita para se identificar uma ação é quanto as partes. Deve-se verificar quem está atuando no polo ativo (autor) e no polo passivo (réu) do processo, ou seja, deve-se identificar os sujeitos parciais da demanda.

Considera-se autor aquele que, em nome próprio, vai a juízo para expor sua pretensão e formular pedido diante do judiciário.

Já o réu é aquele contra quem o autor formulou o pedido de tutela jurisdicional.

Para se identificar as partes, deve se observar a qualidade jurídica em que elas se apresentam. Poderá haver alteração de parte, fisicamente; no entanto, sob a ótica jurídica, pode não haver mudança alguma, não deixando de haver identidade de partes, como no caso de sucessão por morte.

Ressalta-se, ainda, que, uma mesma pessoa poderá litigar em processos diversos ou, no mesmo, em distintas posições jurídicas (polo ativo ou passivo). Podemos citar como exemplo, os embargos de terceiro, onde a própria parte pode desempenhar, também, papel de terceiro, conforme disposição do artigo 1.046, § 2º<sup>7</sup> do Código de Processo Civil.

Em contrapartida, em já havendo um processo, se outro surgir, com as mesmas partes, mas em polos distintos, ou seja, autor figurará no novo processo como réu e vice-versa e se os fatos e fundamentos jurídicos forem os mesmos, subsistirá a identidade de partes, quer para fins de litispendência, quer para os de coisa julgada. Logo, resta claro que, o que importa para se verificar se as partes são idênticas ou não é a sua qualidade jurídica e não a posição em que se encontram.

Para facilitar o entendimento sobredito vale citar o exemplo dado por Arruda Alvim (2003, p. 485):

Se *A* move contra *B* uma ação condenatória, objetivando a cobrança do crédito *X*, e, subsequentemente, *B* (agora como autor) move contra *A* (como réu) uma ação declaratória negativa, objetivando negar a existência do

---

<sup>7</sup> Art. 1.046, § 2º CPC - Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela quantidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

mesmo crédito X, há, certamente, identidade de partes, de causa petendi e de objeto, dado que a declaração de compreende na condenação.

A qualidade de parte implica sujeição àquilo que for determinado e julgado no processo, de forma que os efeitos subjetivos da coisa julgada alcançarão ambos os sujeitos processuais.

Vale ressaltar que há uma distinção entre capacidade processual e legitimidade. A capacidade processual é um pressuposto de validade, ou seja, se não estiver presente, o juiz fica impedido de julgar a causa. A capacidade confere apenas uma aptidão genérica para se praticar atos processuais.

A legitimidade, por sua vez, é uma condição da ação e deverá ser analisada após a certificação do pressuposto processual da validade. A legitimidade é específica ao caso concreto. Essa diferenciação será tratada mais afundo quando tratarmos do tópico específico da legitimidade.

Compartilha do entendimento exposto, o doutrinador Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 233)

A legitimidade, ao contrário da capacidade, é, como já se disse, conceito transitivo. Tem-se legitimidade com relação a um sujeito e a um objeto, ou seja, a uma relação jurídica. A legitimidade, portanto, não pode ser conferida em abstrato, mas única e exclusivamente em função de um contexto. Diferentemente ocorre com a capacidade: o juiz, sem nem mesmo conhecer a lide, tem condições de aferir se a parte tem capacidade ou não. No entanto, desconhecendo o pedido, não há como saber se a parte tem ou não tem legitimidade.

A parte ilegítima também é parte no processo durante sua existência ou até que seja excluída dele pelo reconhecimento da ilegitimidade. Vale lembrar que a parte ilegítima poderá alegar sua própria ilegitimidade.

Ressalta-se, ainda, em observância ao artigo 295, II<sup>8</sup> do Código de Processo Civil que, quando a parte for manifestamente ilegítima, a petição inicial será indeferida. Essa ilegitimidade manifesta se observará quando o juiz, pela simples análise da petição inicial, puder concluir pela sua existência.

As partes, depois da propositura da ação, jamais poderão ser modificadas.

---

<sup>8</sup> Art. 295 CPC - A petição inicial será indeferida:  
II – quando a parte for manifestamente ilegítima;

### 2.2.2 A causa de pedir

A causa de pedir é o motivo que leva a parte autora a dirigir determinado pedido ao Poder Judiciário. Ela é complexa, pois engloba os fatos e os fundamentos jurídicos.

Fatos são todos os acontecimentos da vida e podem ou não gerar uma consequência jurídica. Interessa demonstrar na causa de pedir apenas os fatos jurídicos, ou seja, aqueles dos quais surge o interesse de agir ou mesmo a necessidade de agir. Esta causa de pedir é denominada causa de pedir remota.

Além dos fatos jurídicos, a causa de pedir deve trazer a fundamentação jurídica, que é o direito decorrente dos fatos jurídicos narrados. Essa fundamentação recebe o nome de causa de pedir próxima.

Esse entendimento de fato e efeito jurídico é compartilhado por José Carlos Barbosa Moreira (2008, p. 17):

Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado. As mais das vezes podem distinguir-se um aspecto ativo e um aspecto passivo na *causa petendi*; por exemplo, se o autor reclama a restituição de quantia emprestada, a *causa petendi* abrange o empréstimo, fato constitutivo do direito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato lesivo do direito alegado (aspecto passivo).

Os fatos contidos na petição inicial devem ter uma relação direta com o pedido formulado, sob pena de ser considerada inepta (artigo 295, parágrafo único, II<sup>9</sup> do Código de Processo Civil). A partir desse conjunto, fatos e fundamentos jurídicos, é que o autor formulará o seu pedido.

De um fato jurídico podem surgir várias consequências jurídicas, assim como, vários fatos jurídicos podem trazer uma única consequência jurídica.

Para que duas ações sejam tratadas como idênticas, tanto a causa de pedir remota, quanto a próxima devem ser iguais.

A causa de pedir poderá ser modificada antes da citação, sem o consentimento do réu, após a citação e antes do saneamento, com o consentimento do réu e em nenhuma hipótese, após a realização do saneamento.

---

<sup>9</sup> Art. 295, parágrafo único CPC – Considera-se inepta a petição inicial quando:  
II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

Importante, ainda, lembrar que a ausência da causa de pedir, assim como do pedido, são causas de inépcia da petição inicial, segundo disposição do artigo 295, parágrafo único, I <sup>10</sup> do Código de Processo Civil, que, por consequência, será indeferida de plano.

### 2.2.3 O pedido

Aquele que invoca a proteção jurisdicional do Estado, a faz porque dela necessita e porque possui uma pretensão, que deve ser entendida como uma afirmação de direito.

Quando o autor exerce o seu direito de ação, pretende que ao final do processo, o Poder Judiciário dê procedência ao seu pedido e emita, para esse fim, um provimento para resolução do conflito, pondo fim à discussão a respeito daquela situação jurídica e fazendo, enfim, valer aquele direito, do qual se diz titular.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 286 <sup>11</sup>, anuncia que o pedido deve ser certo ou determinado. Ocorre que, a conjunção “ou” foi, equivocadamente inserida no texto legal, uma vez que o pedido deve ser certo “e” determinado. Ainda tomando como base o artigo já mencionado, retiramos que é possível, excepcionalmente, a formulação de pedido genérico, nos casos em que não for possível determinar o objeto no curso do próprio processo.

O pedido possui uma vertente processual e outra material. Na vertente processual, recebe o nome de pedido imediato. Este consiste no tipo de prestação jurisdicional invocada. No lado material, temos o pedido mediato, que nada mais é do que o bem da vida, o bem jurídico pretendido pelo autor em face do réu.

Em regra, o pedido é fixo, ou seja, visa um único objeto imediato e um único objeto mediato. Entretanto, o pedido poderá ser alternativo, isto é, ter dois ou mais objetos mediatos, quando o devedor poderá cumprir a obrigação de mais de um modo.

---

<sup>10</sup> Art. 295, parágrafo único CPC – Considera-se inepta a petição inicial quando:

I – quando lhe faltar pedido ou causa de pedir;

<sup>11</sup> Art. 286 CPC - O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:

I – nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados;

II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito;

III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu

O pedido poderá, ainda, ser subsidiário quando, por exemplo, o autor pede restituição da coisa (pedido principal) ou, quando não for possível, o pagamento de perdas e danos (pedido subsidiário).

Poderá haver, também, a cumulação de pedidos. Haverá cumulação, quando o autor formula mais de um pedido, visando o acolhimento de todos eles, conjuntamente. Essa cumulação poderá ser simples, quando um pedido não depende do outro, ou sucessiva, quando o acolhimento de um pedido dependa do acolhimento do outro (exemplo: investigação de paternidade e pedido de herança).

Deve-se levar em conta, no caso de cumulação de pedido que, se os pedidos forem incompatíveis entre si, assim como no caso de haver pedido juridicamente impossível, a petição inicial será considerada inepta, sendo, portanto, indeferida (artigo 295, parágrafo único, III e IV <sup>12</sup> do Código de Processo Civil).

Para que haja ações idênticas, a pretensão, tanto de direito material como de direito processual, deve ser a mesma. Logo, em certos casos, não haverá identidade de ação, como no exemplo citado pelo nobre doutrinador Humberto Theodoro Junior (2011, p. 83), qual seja, “quando o credor, repelido na execução de quantia certa, renova o pleito sob a forma de cobrança ordinária. A pretensão material é a mesma, mas a tutela processual pedida é outra.”.

As mesmas regras de modificação de causa de pedir são aplicadas para a modificação do pedido, entretanto, o artigo 294 <sup>13</sup> do Código de Processo Civil fala em aditamento do pedido e que, neste caso, só será possível antes da citação. Entretanto, a doutrina vem entendendo que o aditamento também será possível após a citação e antes do saneamento com a anuência do réu.

Conciliava-se, dessa maneira, o art. 294 com o 264, já que seria um atentado contra o princípio da economia processual, informativo do processo moderno, exigir que o autor, mesmo antes da citação, tivesse de desistir da ação proposta para ajuizar outra, através de nova petição, em que se cumulassem todos os pedidos. Quem pode o mais pode o menos. (THEODORO JR., 2011, p. 361).

Para ilustrar o entendimento da doutrina, citaremos exemplos de modificação e de aditamento. Exemplo de modificação: ação proposta com pedido

---

<sup>12</sup> Art. 295, parágrafo único CPC - Considera-se inepta a petição inicial quando:

III – o pedido for juridicamente impossível;

IV – contiver pedidos incompatíveis entre si;

<sup>13</sup> Art. 294 CPC - Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa

declaratório de que alguém deve a outrem, só que após propor ação, resolve que, além da declaração, quer que juiz condene o réu para pagamento. Exemplo de aditamento: pai muda comportamento após se entrar com pedido de investigação de paternidade. A mulher, então, resolve somar à investigação de paternidade a condenação do réu para pagamento de alimentos.

Observa-se que o aditamento possui caráter quantitativo ao passo que a modificação possui caráter qualitativo. Ora, no artigo 264<sup>14</sup> do Código de Processo Civil muda-se a estrutura do pedido, sendo, portanto, mais grave do que o aditamento. Tomando como base a regra de que quem pode o mais pode o menos, teremos que o aditamento após a citação também será possível.

## **2.3 Classificação das Ações**

As ações costumam ser classificadas de acordo com o tipo de provimento jurisdicional pedido pelo autor no exercício de seu direito de ação.

Segundo Kazuo Watanabe (2000, p. 36 e 37), essa classificação leva em conta não só a natureza do provimento jurisdicional, mas também a cognição exercida pelo juiz.

Essa classificação divide as ações em ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares.

### **2.3.1 Ações de conhecimento**

Na ação de conhecimento, o autor afirma um direito e demonstra a sua pretensão de vê-lo reconhecido pelo Poder Judiciário. Há uma crise de incerteza e o Judiciário é chamado para intervir no conflito. A composição poderá ser no sentido positivo (procedência) ou no negativo (improcedência).

---

<sup>14</sup> Art. 264 CPC - Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Nesse tipo de ação, as partes realizam ampla produção probatória, para demonstrarem a existência do direito ou a existência de fato que o impeça, modifique ou extinga.

Aplica-se o termo “conhecimento”, porque nessa ação o juiz realiza uma ampla cognição e analisa, para tanto, todos os fatos alegados pelas partes, aos quais deverá conhecer, avaliar para formar sua convicção e poder aplicar o direito, decidindo por meio de uma sentença de mérito pela procedência ou improcedência da pretensão.

Dentro das ações de conhecimento, encontramos outra classificação, que leva em conta a tutela requerida pelo autor, ou seja, o resultado que se pretende pela parte.

Tradicionalmente, as ações de conhecimento eram subdivididas em ações meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Tradicionalmente, as demandas costumam ser classificadas, segundo esse critério em *cognitivas* ou *executivas* – subdividindo-se as primeiras em *constitutivas*, *condenatórias* ou *meramente declaratórias*. Mas há também a crescente tendência a aceitar as figuras das chamadas *ação mandamental* e *ação executiva lato sensu*, o que conduziria a uma classificação quádrupla ou mesmo quádrupla das demandas, em vez de tríplex; (DINAMARCO, 2002, p. 146).

Conforme visto acima, a doutrina vem reconhecendo a subdivisão quádrupla da ação de conhecimento. Entretanto, deve-se lembrar que não se trata de um entendimento pacífico, vez que há vozes contrárias que ainda defendem a classificação trinária da ação. Dentre eles, podemos citar Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 123):

É frequente se encontrar uma subclassificação dessa espécie, dividindo-se a “ação de conhecimento” em meramente declaratória, constitutiva e condenatória, de acordo com o tipo de sentença pretendida pelo demandante.

Apesar da divergência acima, utilizaremos a subdivisão trinária, vez que entendemos que as ações condenatórias englobam as ações mandamentais e executivas *lato sensu*. Trata-se de um preciosismo desnecessário a subdivisão quádrupla das ações de conhecimento.

### 2.3.1.1 Ações meramente declaratórias

São as ações que tem por objetivo a certificação da existência ou inexistência de uma situação jurídica (art. 4º, I, <sup>15</sup> CPC). As ações meramente declaratórias têm apenas o objetivo de certificação e não busca a efetivação de nenhum direito. Por esse motivo, o ajuizamento de uma ação declaratória pode ser feito a qualquer tempo, ou seja, o prazo é imprescritível.

Podemos citar como típico exemplo de ação meramente declaratória, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Essa ação tem a finalidade de afastar a incerteza e insegurança jurídica e estabelecer uma orientação uniforme na matéria debatida.

As ações declaratórias podem ser utilizadas, também, para a declaração sobre autenticidade ou falsidade de documentos (art. 4º, II, <sup>16</sup> CPC).

### 2.3.1.2 Ações constitutivas

Para se explicar as ações constitutivas, necessária se faz uma breve explanação sobre direito potestativo.

Direito potestativo é a prerrogativa jurídica de impor a outrem, unilateralmente, a sujeição ao seu exercício. O sujeito passivo desse direito nada deve, ou seja, não precisa prestar nenhuma conduta para que o direito potestativo seja efetivado.

Ao exercer esse direito, seu titular, simplesmente, interfere na esfera jurídica alheia, sem que esta pessoa nada possa fazer. Ao contrário do direito a prestação que se verifica no mundo dos fatos, o potestativo está relacionado ao mundo jurídico das normas.

A ação constitutiva tem o objetivo de certificar e efetivar direitos potestativos por meio da alteração, criação ou extinção de uma situação jurídica.

---

<sup>15</sup> Art. 4º CPC – O interesse do autor pode limitar-se à declaração:  
I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;

<sup>16</sup> Art. 4º CPC – O interesse do autor pode limitar-se à declaração:  
II – da autenticidade ou falsidade de documento;

A concretização de um direito potestativo não precisa de execução. A sentença que reconhece esse direito já o efetiva com o simples reconhecimento e a implementação da nova situação jurídica desejada.

As ações constitutivas não se sujeitam a um prazo prescricional por não versarem sobre lesões ou inadimplementos.

Como nos direitos potestativos não há dever, prestação, conduta, a ser cumprida pelo sujeito passivo – a doutrina denomina de “estado de sujeição” a situação jurídica do sujeito passivo -, não se pode falar de lesão/inadimplemento; assim, a prescrição não está relacionada a tais direitos. Na verdade, os direitos formativos submetem-se, se houver previsão legal, a prazos decadenciais. Por isso, costuma-se dizer que as ações constitutivas ficam sujeitas a prazo decadencial, se houver prazo para o exercício do direito potestativo por ela veiculado. (DIDIER JR., 2009, p. 205).

Podemos citar como exemplos de ações constitutivas, a ação de invalidação, ação de resolução ou revisão de contratos, ação de falência, ação de interdição, entre outras.

Em regra, o efeito da decisão constitutiva é *ex nunc*. Entretanto, existem decisões constitutivas negativas com eficácia retroativa, como por exemplo, o caso da que anula negócio jurídico.

### **2.3.1.3 Ações condenatórias**

Ao lado inverso do direito potestativo, encontra-se o direito a uma prestação, que é o poder jurídico conferido a determinado sujeito, de exigir de outrem o cumprimento de determinada obrigação.

Ao contrário do direito potestativo, a efetivação do direito a uma prestação necessita de uma conduta, que é a realização da prestação devida. Esse direito precisa ser concretizado no mundo físico.

Esse direito relaciona-se com o prazo prescricional, uma vez que o não cumprimento da prestação pelo sujeito passivo gera uma lesão, que é o marco inicial para a contagem do prazo.

As ações condenatórias são aquelas instauradas visando, além da declaração, uma condenação do réu à prestação de uma obrigação.

Nas ações condenatórias, a sentença proferida pelo Poder Judiciário tem força executiva (título executivo judicial). Não se precisa ingressar com outro processo para que a execução seja iniciada, entretanto, necessita para seu início, de requerimento do interessado, pleiteando a execução, que ocorre no mesmo processo de conhecimento. O processo passou a ser sincrético, ou seja, admite a cognição e a execução em uma só ação.

O processo sincrético foi consagrado em nosso ordenamento com a vigência da Lei 11.232/05. Antes dessa lei, havia uma dicotomia, onde o processo de conhecimento e de execução eram distintos, ou seja, duas ações deveriam ser propostas, uma para conhecer do direito e outra para executar aquilo que lhe foi garantido na cognição.

No direito brasileiro anterior à Lei 11.232/05, portanto, o credor insatisfeito (obrigações de pagar) era obrigado a bater duas vezes às portas da Justiça para cobrar um só e mesmo crédito: primeiro, pelo processo de conhecimento, obtinha o acertamento de seu crédito; depois, com base na sentença e mediante um novo processo, chegava, aos atos executórios. (CARNEIRO, 2006, p. 21).

Um exemplo de ação condenatória é a ação de reparação de danos. Se julgada procedente, haverá uma sentença condenatória, que autorizará, mediante requerimento, posterior execução.

### **2.3.2 Ações de execução**

Nas ações de conhecimento, o juiz desenvolve uma atividade cognitiva, analisa todos os atos ocorridos anteriormente para definir qual norma deverá incidir no caso concreto. É uma atividade lógica e não material. Já a atuação das ações executivas é inteiramente material, onde se busca um resultado prático, concreto. As ações de execução possuem natureza satisfativa.

A “ação de execução”, por sua vez, costuma ser definida como aquela em que se pretende do Estado que este “realize os atos através dos quais se exterioriza a atuação da sanção; sob o impulso da ação executiva, o órgão jurisdicional põe suas mãos no patrimônio do devedor e satisfaz o direito do credor com os bens que ali se encontram”. (LIEBMAN apud CÂMARA, 2009, p.123).

Na ação de execução desenvolve-se essa atividade concreta, que quer dizer, fazer com que determinada previsão de que uma parte deve uma prestação à outra se realize e produza efeitos no mundo fático, de forma que o credor receba aquilo que lhe é devido. Trata-se de cumprir determinada prestação usando-se da coação, “invadindo”, inclusive, o patrimônio do devedor a fim de satisfazer sua pretensão.

Para que determinado credor possa ingressar com uma ação de execução, é necessário que ele seja portador de um título executivo extrajudicial. Podemos citar como exemplos desses títulos, o cheque, a nota promissória, a duplicata, entre outros.

Exemplificando: “A” portador de duplicata não paga por “B”, poderá ingressar com ação de execução para que seu direito seja satisfeito. Nesse caso, “A”, que é portador de título executivo extrajudicial, não precisará de uma cognição para ter o seu direito reconhecido, uma vez que, a posse do título, por si só, já é prova da existência de seu direito.

### **2.3.3 Ações cautelares**

A ação cautelar tem uma finalidade complementar e subsidiária frente às funções jurisdicionais de conhecimento e de execução e visa assegurar o êxito dessas. Seu resultado é um provimento acautelatório.

A finalidade dessa ação é proteger o resultado do processo contra o risco de ineficácia (*periculum in mora*), seja do provimento jurisdicional, que provavelmente será proferido em ação de conhecimento (*fumus boni iuris*), seja da ação de execução, a fim de evitar a frustração de seus efeitos concretos.

A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 317).

O provimento cautelar poderá ser autônomo, por meio do processo cautelar preparatório ou poderá se apresentar de forma incidental, no curso de processo já iniciado.

Se se apresentar de forma incidental, a ação cautelar, como já visto acima, visará assegurar o êxito do processo principal, que é o instrumento das partes para se obter direito e justiça. Logo, teremos que o processo cautelar será o instrumento do instrumento.

Esse provimento obtido pela ação cautelar é, em princípio, provisório, uma vez que a cognição aqui exercida é mínima. O provimento definitivo, obtido por meio de ampla atividade cognitiva, poderá revogar a medida cautelar já obtida.

Podemos citar como exemplos de medidas cautelares, o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas, entre outros.

### 3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

O atual Código de Processo Civil brasileiro foi criado em 1973. O autor do anteprojeto desse código foi Alfredo Buzaid, que era um dos vários seguidores de Enrico Tullio Liebman, o precursor da Teoria Eclética da Ação. Logo, sendo Buzaid um discípulo de Liebman, era de se esperar que prevalecesse em nosso Código a Teoria Eclética, que reconhece as condições da ação como instituto limitador do direito de ação.

O nosso Código trata das condições da ação em dois momentos. O primeiro é quando dispõe a respeito da ação, em seu artigo 3º<sup>17</sup>. Entretanto, esse artigo refere-se apenas ao interesse processual e à legitimidade. O segundo momento é quando faz referência aos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (artigo 267, VI<sup>18</sup>). Aqui sim se menciona a possibilidade jurídica como uma das condições.

Logo, quando falamos em condições da ação, devemos ter em mente a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Em faltando um desses elementos, uma sentença será prolatada e extinguirá o processo sem resolução de mérito, conforme o já citado artigo 267, VI do CPC. Se todas as condições estiverem presentes no caso concreto, as portas do mérito se abrirão para a entrada do julgador e sua respectiva análise.

Giuseppe Chiovenda (2009, p. 109), ao tratar das condições da ação, fala em interesse, qualidade e de um bem garantido por lei.

Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.

---

<sup>17</sup> Art. 3º CPC - Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

<sup>18</sup> Art. 267 CPC – Extingue-se o processo sem resolução de mérito:

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

Observa-se que, a existência de uma vontade da lei é o que chamamos de possibilidade jurídica do pedido, a qualidade equipara-se à legitimidade e o interesse nada mais é do que o interesse de agir.

A teoria de Liebman, embora seja a adotada em nosso sistema jurídico, não ficou imune de críticas. As principais críticas foram quanto à proximidade desta teoria com a Teoria Concreta da Ação. Essas críticas foram observadas e expostas por Kazuo Watanabe (2000, p. 79):

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

As condições da ação não podem ser vistas como requisitos para a existência ou inexistência da ação, vez que, mesmo havendo a falta de uma das condições, terá ocorrido atividade jurisdicional.

Afirma Rodrigo da Cunha Lima Freire (2000, p. 50) que, as condições da ação são condições para um exercício regular da ação no âmbito processual, possibilitando, se preenchidas, o exame do mérito pelo juiz. Logo, como visto, as condições da ação são requisitos para um exercício regular e não devem ser vistas como condições definidoras da existência ou não da ação.

Quanto a segunda crítica, deve-se levar em conta que o exame sobre as condições da ação a ser realizado pelo magistrado quando do recebimento da demanda, deve, em princípio, ser realizado de forma abstrata, ou seja, prescindindo de qualquer produção probatória, pois se fosse esse o intuito, seria muito mais vantajoso que o juiz apreciasse o próprio mérito da causa. Conclui-se aqui que, a verificação da existência ou não das condições da ação deve ser realizada com a simples análise da petição inicial. Trata-se da teoria da asserção, que será minuciosamente explicada em tópico adiante específico.

Outro importante doutrinador que lista críticas com a adoção das condições da ação é Fredie Didier Jr. (2009, p. 180).

Eis a síntese dos problemas doutrinários que surgem com a adoção das condições da ação, nos moldes em que propostas por Liebman: a) em caso de carência de ação, não haveria direito de ação? E o que teria acontecido até o momento em que a sentença de carência foi prolatada?; b) a sentença de carência de ação faz ou não coisa julgada material?; c) é possível examinar a presença das condições da ação a qualquer tempo, mesmo que isso dependa de instrução probatória?

Percebe-se que Didier Jr. lista nos itens “a” e “c”, os mesmos problemas já suscitados e debatidos por Watanabe. Adiciona, porém, outra questão relevante, qual seja, a coisa julgada material em face da sentença de carência de ação. Essa questão será debatida de forma específica em tópico seguinte.

Para Didier Jr. (2009, p. 183), o instituto das condições da ação deve ser abolido como categoria jurídica. Entretanto, apesar de discordarmos dos moldes de Liebman com relação às condições da ação, entendemos que elas merecem melhor sorte em nosso ordenamento.

Todas as críticas aos moldes de Liebman merecem prosperar. Evidente a proximidade do entendimento do estudioso italiano com as concepções concretas da ação. Contudo, as condições da ação não são incompatíveis com a teoria adotada no presente trabalho, qual seja, a teoria abstrata da ação. Assim entende Watanabe (2000, p. 79):

As condições da ação, entretanto, não são inconciliáveis com a teoria do direito abstrato de agir, que em nosso entender é a mais aceitável. Seriam “condições” para o julgamento do mérito da causa, impostas basicamente por razões de economia processual, e não condições para a existência da ação.

O instituto das condições da ação revela uma íntima relação com o princípio da economia processual. O princípio em questão tem como escopo, evitar a prática de atos inúteis ao processo, economizando, assim, tempo e esforço das partes. Ora, se a inobservância das condições da ação permite um julgamento antecipado do processo, fica evidente que elas são instrumentos que auxiliam na concretização do objetivo do princípio da economia processual.

Há quem aponte outra crítica quanto às condições da ação. Trata-se de uma crítica terminológica. Para eles, o termo “condições da ação” é erroneamente utilizado, por apresentar dois equívocos. O primeiro é quanto ao emprego do termo “condições”. Ora, condição significa submeter algo a um evento futuro e incerto e, sem esse evento, o ato não produziria eficácia alguma. Observa-se que as

condições são, na verdade, requisitos. Dessa forma entende Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 115):

Não se mostra adequada a utilização da designação “condições”, uma vez que não se está aqui diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico, sendo por esta razão preferível falar em requisitos.

O segundo equívoco é quanto ao termo “ação”, pois também não estaria correto empregarmos a locução “requisitos da ação”. Já foi exposto ao tratarmos das críticas à Teoria Eclética que, mesmo que não sejam preenchidos os requisitos, terá havido o exercício da atividade jurisdicional, ou seja, mesmo não preenchidos os requisitos, o direito de ação terá sido exercido. Logo, o correto seria utilizarmos a expressão “requisitos do provimento final”.

Ademais, não parece que se esteja aqui diante de requisitos da ação, pois esta, a nosso sentir, existe ainda que tais requisitos não se façam presentes. Mesmo quando ausente alguma das “condições da ação”, o que levará à prolação da sentença meramente terminativa, a qual não contém resolução do mérito, terá havido exercício de função jurisdicional, o que revela ter havido exercício do poder de ação. Assim, e considerando que a presença de tais requisitos se faz necessária para que o juízo possa proferir o provimento final do processo (a sentença de mérito no processo cognitivo, a satisfação do crédito no processo executivo, a sentença cautelar no processo dessa natureza), é que prefiro a denominação requisitos do provimento final. (CÂMARA, 2009, p. 115).

Parece-nos que o termo requisitos do provimento final seria o mais adequado, entretanto, por ser adotado em nosso código e pela maioria da doutrina, usaremos no presente trabalho, o termo “condições da ação”.

### **3.1 Possibilidade Jurídica do Pedido**

Essa condição tem como condão, a proteção ao direito material positivado. Segundo ela, o pedido será juridicamente possível quando se requerer providência que, em tese, esteja prevista em lei ou que a ela não haja nenhuma proibição.

Se a parte autora fizer um pedido para o qual não haja previsão legal ou haja vedação por parte da lei, a sua petição inicial será considerada inepta, segundo disposição do artigo 295, I e parágrafo único, III do CPC <sup>19</sup>. Ocorrerá a inépcia, pois não haverá como o processo atingir o objetivo esperado. Um exemplo clássico é quanto ao pedido de prisão civil por inadimplência, quando não se tratar de obrigação alimentícia. Outro exemplo, também muito utilizado pela doutrina, é quanto à ação que pleiteia reconhecimento de domínio, quando ainda pendente ação possessória entre as mesmas partes (art. 923 do CPC <sup>20</sup>).

A possibilidade ou impossibilidade jurídica não deve ser analisada apenas sob a ótica do pedido. É possível que a impossibilidade jurídica seja observada na causa de pedir ou até mesmo com relação às partes. Assim preceitua Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 301):

A *causa petendi* gera a impossibilidade jurídica da demanda quando a ordem jurídica nega que fatos como os alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir a condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz.

Observa-se do trecho acima exposto que, a locução impossibilidade jurídica do pedido não é suficiente, pois baseia a exclusão da tutela jurisdicional tendo como referência apenas um dos elementos da ação (pedido), sem se levar em conta os elementos das partes e causa de pedir.

Dinamarco afirma também que, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser uma condição da ação por exposição do próprio precursor da Teoria Eclética, Liebman:

É notório que a possibilidade jurídica como condição da ação foi uma proposta muito bem sucedida de Liebman, formulada em famosa aula inaugural (Turim, 1949). Apesar das muitas dúvidas que a doutrina brasileira lançou sobre a pertinência dessa condição, o Código de Processo Civil a incluiu ao lado das outras duas (art. 267, inc. VI) – mas logo em seguida o autor da tese renunciou a ela e passou a incluir no requisito do interesse de agir os exemplos antes apontados como casos de impossibilidade jurídica.

---

<sup>19</sup> Art. 295 CPC – A petição inicial será indeferida:

I – quando foi inepta;

Parágrafo único: Considera-se inepta a petição inicial quando:

III – o pedido for juridicamente impossível;

<sup>20</sup> Art. 923 CPC – Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor com ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio.

Como também é notório, Liebman o fez quando a lei italiana passou a admitir o divórcio, sendo este o exemplo mais expressivo de impossibilidade jurídica que vinha sendo utilizado em seus escritos. (DINAMARCO, 2002, p. 302).

Mesmo que entendamos que a possibilidade jurídica do pedido não deva ser considerada uma condição da ação, devemos analisá-la como instituto autônomo, pois dessa forma faz o artigo 267, VI do CPC <sup>21</sup>.

Observa-se que, a condição da ação em voga é alvo de diversas peculiaridades e que, como exposto, tem deixado de ser vista como uma condição propriamente dita. Por essas razões é que a possibilidade jurídica do pedido é tida, para alguns, como mera invenção do ordenamento jurídico brasileiro e é o instituto menos debatido na teoria da ação.

Atualmente, tramita em nosso congresso o anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Este dispõe em sua exposição de motivos o seguinte:

Com o objetivo de se dar maior **rendimento** a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia. (BRASIL, **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010).

Conforme se vê acima, percebemos que o novo Código de Processo Civil tem como uma de suas alterações o entendimento sobre a possibilidade jurídica do pedido. Entretanto, enquanto o novo *codex* não vigorar em nosso ordenamento, a possibilidade jurídica do pedido deverá ser analisada, seja como condição da ação, seja como um instituto autônomo.

Ressalta-se, por fim, que a possibilidade jurídica do pedido, quando ligada à Administração Pública, será verificada sempre no sentido da existência de uma lei, uma vez que o princípio da legalidade assim dispõe.

---

<sup>21</sup> Art. 267 CPC - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

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

### 3.2 Interesse de Agir

O interesse de agir também pode ser chamado de interesse processual. Entretanto, não deve ser confundido com o interesse do direito material (primário ou substancial) que a parte autora pretende fazer valer em juízo.

O interesse processual se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. (LIEBMAN apud DIDIER JR. 2009, p. 196).

Logo, entende-se que o interesse de agir está intimamente ligado à tutela jurisdicional requerida e não ao bem da vida a que ela se refere. Por esse motivo, o interesse de agir é visto como um interesse secundário e instrumental, vez que o bem da vida que se pretende é o interesse primário e substancial.

Há divergência por parte dos doutrinadores a respeito da composição do interesse de agir. Há quem entenda que o interesse se traduza no binômio necessidade-utilidade e, também há quem defenda o binômio necessidade-adequação.

A condição da ação consistente no interesse processual (art. 3º) se compõe de dois aspectos, ligados entre si, que se podem traduzir no binômio *necessidade-utilidade*, embora haja setores na doutrina que prefiram traduzir esse binômio por *necessidade-adequação*. Normalmente não há diferença substancial entre as duas expressões, pois, no mais das vezes, quando se estiver diante da propositura da ação inadequada, estar-se-á, também, diante da inutilidade do pedido para os fins que se pretenda alcançar. Em tais casos, a adequação é como que o fracionamento da utilidade. No entanto, é possível imaginar hipóteses em que o instrumento jurisdicional utilizado pelo autor, embora lhe sendo útil, é objetivamente inadequado. É sob essa perspectiva que alguns autores, por exemplo, consideram a falta de título executivo um caso de carência de interesse processual. (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2007, p. 137).

A doutrina acima citada ilustra bem a divergência existente. Concluimos que, todo processo inadequado é inútil, entretanto, nem todo processo

inútil é inadequado, logo, o binômio necessidade-adequação se mostra mais coerente para o caso em questão.

A necessidade se mostrará presente sempre que a parte depender da atuação estatal para alcançar o resultado que se pretende. Ressaltamos que, a necessidade também revela ligação com a utilidade, vez que o aspecto prático deve ser útil, pois, caso contrário, estaria se prejudicando aqueles que realmente necessitam do poder estatal para composição de conflitos.

Essa necessidade pode surgir em decorrência de imposição legal, como no caso do divórcio, da anulação de casamento. Estamos, aqui, diante de demandas constitutivas necessárias. Entretanto, poderá surgir também quando o réu negar o cumprimento espontâneo de determinada obrigação, como por exemplo, o caso do devedor que não quita sua dívida para com o credor no prazo do vencimento.

A adequação faz referência ao provimento requerido pelo demandante. Por exemplo, o locador que pretende reaver a posse do imóvel locado terá de postular o despejo e não a reintegração de posse. Outro exemplo muito utilizado pela doutrina é quanto à execução de títulos. Se o credor possuir um título executivo, deverá propor ação de execução, entretanto, não o possuindo, a demanda a ser proposta deverá ser de conhecimento, sob pena de carência da ação por falta da condição da ação do interesse de agir.

Em suma, o interesse de agir se mostrará presente sempre que o demandante mostrar necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento adequado para o que se pretende com a demanda.

### **3.3 Legitimidade Para a Causa**

Antes de adentrarmos ao estudo dessa condição da ação, devemos ter em mente a diferença básica entre capacidade processual e legitimidade para a causa. A primeira consiste em uma aptidão genérica para agir em juízo e a segunda em uma aptidão específica para atuar em juízo para o determinado caso concreto.

A *legitimatío ad causam* não se confunde com a legitimação formal, também denominada *ad processum* ou, ainda, capacidade para estar em juízo (que é pressuposto processual). A nossa lei colocou a capacidade processual, em rigor, como gênero (Livro I, Tít. II, Cap. I), e os diversos outros aspectos como espécies que tal modalidade de capacidade assume (art. 7º, capacidade [plena] para estar juízo; art. 8º, assistência e representação etc.). (ALVIM, 2003, p. 448).

Retiramos do ensino de Arruda Alvim que, a *legitimatío ad processum* nada mais é do que a capacidade processual, ou seja, a capacidade para estar em juízo. Todos possuem a capacidade de ser parte, inclusive o nascituro, segundo disposição dos artigos 1º<sup>22</sup> e 2º<sup>23</sup> do Código Civil. Entretanto, nem todos possuem a capacidade processual, como por exemplo os incapazes, que deverão ser assistidos (menores púberes) ou representados (menores impúberes), conforme se observa nos artigos 7º<sup>24</sup> e 8º<sup>25</sup> do Código de Processo Civil.

Como visto acima, todos possuem capacidade para ser parte, contudo, a legitimidade *ad causam* (legitimidade para a causa) diz respeito ao caso concreto. É possível que determinado sujeito não tenha capacidade processual, mas tenha a legitimidade para a causa, como em um caso de alimentos e reconhecimento de paternidade. Nesta ocasião, o menor é parte legítima para causa, entretanto, não possui a capacidade processual exigida, devendo esta ser suprida com a representação ou assistência.

Concluindo as diferenças entre legitimidade para a causa e capacidade processual, devemos nos atentar que esta é vista como um pressuposto processual e aquela como uma condição da ação, sendo, portanto, o aspecto que nos interessa, porquanto o tema aqui tratado versa sobre as condições da ação.

Alfredo Buzaid (BUZOID apud CÂMARA, 2009, p. 116) define a legitimidade para a causa como a “pertinência subjetiva da ação”. Este conceito trazido é criticado por Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 306) que afirma que “A conceituação da legitimidade como pertinência subjetiva da ação (Buzaid) peca ao menos pela unilateralidade, referindo-se exclusivamente à legitimidade ativa e não à passiva”.

---

<sup>22</sup> Art. 1º CC - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

<sup>23</sup> Art. 2º CC - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>24</sup> Art. 7º CPC – Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

<sup>25</sup> Art. 8º CPC – Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei.

A legitimidade deve ser observada tanto com relação ao demandante (legitimidade ativa), tanto com relação ao demandado (legitimidade passiva). A demanda não terá efeito algum se o polo ativo estiver corretamente preenchido e polo passivo não. Por essa razão, nos parece mais adequada a definição dada por Dinamarco (2002, p. 306) que conceitua a legitimidade como uma relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.

São legítimos para a causa, os sujeitos titulares da relação jurídica deduzida pelo autor na demanda. Ao demandar, o autor indicará a outra parte da relação jurídica, como por exemplo, no caso de uma ação de divórcio, onde ele afirmará existir uma relação de matrimônio com a parte contrária. Assim também ocorre no caso de uma ação de despejo, onde o proprietário autor indicará quem é o locatário devedor do imóvel em questão.

Como visto, a regra geral é a de que será legitimado para a causa apenas o titular do interesse levado a juízo. Ocorre nessa hipótese, o que chamamos de legitimação ordinária, conforme se extrai do artigo 6º<sup>26</sup> do Código de Processo Civil. Ocorre que, o mesmo artigo que estatui a regra também traz possibilidade de exceções, desde que haja lei que autorize o contrário, ou seja, que permita defender interesse alheio em nome próprio.

Assim, se uma norma jurídica autorizar a defesa de direito alheio em nome próprio, estaremos diante de uma legitimidade extraordinária. Esta, como já explicado, é uma exceção e deverá basear-se em lei que, expressamente, autorize alguém, não titular da relação jurídica deduzida na demanda, a ser parte no processo (polo ativo ou polo passivo).

Há larga discussão na doutrina com relação à legitimidade extraordinária e a substituição processual. Há quem entenda que a legitimidade extraordinária é um gênero e a substituição uma espécie. Contudo, há outras vezes doutrinárias que afirmam que os dois institutos se confundem. Esta corrente nos parece a mais coerente, em razão do excesso de preciosismo da primeira.

Aqueles que afirmam que há uma relação de gênero e espécie baseiam-se na ideia de que na substituição processual, aquele que atua em nome próprio defendendo direito alheio, atua isoladamente, ou seja, sem a presença do

---

<sup>26</sup> Art. 6º CPC – Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

legitimado ordinário. Esse é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 118)

Não se pode confundir a legitimidade extraordinária com a substituição processual. Esta ocorre quando, em um processo, o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele. Assim, por exemplo, se o Ministério Público propõe “ação de investigação de paternidade”, atuando em defesa do interesse de um menor, teremos substituição processual. O fenômeno não se caracterizará, porém, se a demanda for ajuizada, em litisconsórcio, pelo MP e pelo menor, legitimado ordinário.

Observa-se claramente no exemplo citado acima, a diferenciação entre a substituição processual e a legitimidade extraordinária. Entretanto, nenhum inconveniente será apurado se entendermos ambas as expressões como sinônimas. Assim entende Fredie Didier Jr. (2009, p. 189):

Parte da doutrina nacional tem por sinônimas as designações “substituição processual” e “legitimação extraordinária”. Há, no entanto, quem defenda acepção mais restrita à “substituição processual”. Segundo esta corrente, a substituição processual seria apenas uma espécie do gênero “legitimidade extraordinária e existiria quando ocorre uma efetiva substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente, em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não participou do processo como litisconsorte. Não se admitiria a coexistência de substituição processual e litisconsórcio. Anotado o apuro técnico, não vemos maiores inconvenientes em que se adotem ambas as expressões como sinônimas.

Além de, em regra, ser necessária previsão legal para que ocorra a legitimação extraordinária, importa salientar que o legitimado extraordinário atua na qualidade de parte, submetendo-se ao regime jurídico deste sujeito processual. Desse modo, uma das consequências desse entendimento é que a imparcialidade do juiz deve ser averiguada em relação ao substituto e ao substituído. Igualmente, o substituto poderá sofrer sanções processuais, como por exemplo, a multa por litigância de má-fé.

### 3.4 Carência da Ação

Todas as condições da ação devem estar presentes, para que o processo tenha o seu desenvolvimento natural, que é a análise do mérito da causa. Contudo, não é incomum depararmos com processos sem alguma das condições da ação. Neste caso, quando ausente qualquer das condições, estaremos diante de um caso de carência da ação.

Salienta-se que, a mesma discordância quanto ao termo “condições da ação” ocorre na expressão “carência da ação”. Ora, o direito de ação é abstrato e terá sido exercido mesmo com ausência de qualquer condição da ação. Logo, não haverá carência da ação, mas sim, “carência de requisito do provimento final”. Contudo, utilizaremos a expressão “carência da ação”, em razão de assim dispor a lei e a maioria doutrinária.

A carência da ação encontra-se prevista, de forma expressa, no Código de Processo Civil, nos artigos 301, X <sup>27</sup> e 267, VI <sup>28</sup>. É uma causa de extinção do processo sem resolução de mérito.

Há grande discussão quanto à carência da ação e a coisa julgada. Já havíamos feito referência a essa discussão ao tratarmos das críticas às condições, no item 3 deste trabalho. A grande questão entre esses dois institutos é sobre a possibilidade ou não da carência da ação fazer coisa julgada material.

Antes, necessária uma breve explanação sobre a coisa julgada. A coisa julgada é definida no artigo 6º, § 3º <sup>29</sup> da LINDB e nos artigos 301, § 3º <sup>30</sup> e 467 <sup>31</sup> do Código de Processo Civil. Entretanto, nenhuma das definições se mostra adequada à nossa realidade jurídica. A LINDB diz “decisão judicial”, contudo, a decisão interlocutória também é uma decisão, ou seja, a coisa julgada também

---

<sup>27</sup> Art. 301 CPC – Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

X – carência da ação

<sup>28</sup> Art. 267 CPC – Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

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

<sup>29</sup> Art. 6º, §3º LINDB – Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

<sup>30</sup> Art. 301, §3º CPC – Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

<sup>31</sup> Art. 467 CPC – Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

poderia ser aplicada à decisão interlocutória. Já o Código de Processo Civil define o instituto através da consequência e do momento.

Como visto, as definições positivadas são inadequadas. A definição que deve ser considerada é a de que a coisa julgada é uma qualidade consistente na imutabilidade, que se agrega ao conteúdo da sentença para aquela determinada situação.

A coisa julgada divide-se em coisa julgada material e coisa julgada formal. Essa divisão se dá quanto ao grau de imutabilidade do conteúdo da sentença. O primeiro grau leva em conta a imutabilidade dentro do processo, ou seja, dentro da relação processual. Ocorre aqui, a chamada coisa julgada formal. A coisa julgada material ocorre quando a imutabilidade alcança além do processo, ou seja, fora do processo. A coisa julgada material pressupõe a ocorrência da coisa julgada formal, logo, quando se fala em coisa julgada material, está se dizendo que já houve imutabilidade dentro e fora do processo.

Há quem entenda que a carência da ação faz coisa julgada material, pela proximidade das condições da ação com o próprio mérito. Quem defende essa posição, entende que o artigo 268<sup>32</sup> do Código de Processo Civil deve ser interpretado em conjunto com o artigo 468<sup>33</sup> do mesmo código. Este faz referência à sentença que julgar total ou parcialmente a lide, que é nada mais que o próprio mérito da causa. Tendo em vista que a sentença de carência de ação é uma decisão que julga parcialmente a lide, essa corrente entende que será possível que a sentença de carência da ação faça coisa julgada material. Dessa forma entende Fredie Didie Jr. (2009, p. 180)

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

---

<sup>32</sup> Art. 268 CPC – Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

<sup>33</sup> Art. 468 CPC – A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Entretanto, não deve prosperar o entendimento acima exposto. Não nos parece coerente que a sentença de carência da ação faça coisa julgada material. Veremos em tópico seguinte que há diferenças significantes entre os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito. E mais, veremos que as condições da ação são questões preliminares e que devem ser analisadas antes do mérito.

Devemos salientar, ademais, que as condições da ação, tanto quanto os pressupostos processuais, são categorias eminentemente técnico-formais, o que significa que, conforme o ordenamento jurídico positivo, poderão ser construídas e consideradas algo diferentemente. Poderão ser as condições da ação e os pressupostos processuais considerados numa categoria mais ampla e única, a distinguir-se do mérito ou, então, como o fazem os italianos, e nós brasileiros, considerar o assunto uma trilogia: os pressupostos processuais, as condições da ação e, finalmente o mérito. (ALVIM, 2003, p. 470).

Evidente a divisão entre condições da ação e mérito. Outro argumento para o impedimento da coisa julgada material em sede de carência da ação é o fato de as condições da ação serem analisadas abstratamente à luz do que afirma o demandante (esse assunto será tratado especificamente adiante).

O reconhecimento da inexistência de condição da ação conduz ao julgamento que se denomina carência de ação e que, por não dizer respeito ao mérito, não produz a eficácia de coisa julgada material. Por essa mesma razão, não impede que a parte venha novamente a propor a ação sobre a mesma lide. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 312).

Compartilhamos do entendimento de Humberto Theodoro Júnior. Deve prevalecer a ideia de que a carência da ação fará apenas coisa julgada formal e que, a ação poderá ser proposta novamente, desde que a condição faltante seja devidamente preenchida. A falta de uma condição da ação, entretanto, será causa de improcedência da demanda (fazendo coisa julgada material) no caso de ser aferida após conjunto probatório, conforme se verá adiante, quando tratarmos da teoria da asserção.

### 3.5 Pressupostos Processuais, Condições da Ação e Mérito

Foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à atividade cognitiva, a teoria do trinômio, que abarca as três categorias fundamentais do nosso processo, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa.

Antes de adentrar ao mérito da causa, o magistrado deve atentar aos requisitos preliminares que são, justamente, os outros dois pés do tripé explicitado. Devemos salientar que, apesar dos pressupostos processuais e condições da ação serem analisados antes do mérito, eles possuem diferenças significantes. Os primeiros estão ligados à validade do processo e as segundas referem-se ao plano da eficácia processual.

A não observância dos pressupostos processuais obsta a formação da relação jurídica processual. O processo não se desenvolverá de forma válida. Entende-se que, os pressupostos visam à observância e análise do direito processual. As condições da ação, ao contrário, analisam a demanda sob o aspecto material.

Os pressupostos, portanto, são dados reclamados para análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual. Já as condições da ação importam o cotejo do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. Os pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras do direito material. (ZANZUCCHI, 1946, p. 68).

Giuseppe Chiovenda (2209, p. 112) também versa sobre as diferenças entre os pressupostos processuais e condições da ação:

As condições da ação são as condições de uma decisão favorável ao autor; os pressupostos processuais são as condições de uma decisão qualquer sobre a demanda. Em certo sentido, portanto, também os pressupostos processuais são condições da ação, porque, se falecem, impedem uma decisão favorável. A diferença, porém, se torna manifesta se atentamos em que, se as condições da ação equivalem somente a condições do pronunciamento favorável, os pressupostos processuais importam em condições também do pronunciamento desfavorável.

Observa-se que, Chiovenda chega a afirmar que os pressupostos processuais são condições da ação. Entretanto, deixa clara a diferença existente, vez que os pressupostos processuais são requisitos para todo pronunciamento judicial, seja ele favorável ou não ao autor, ao passo que, as condições são requisitos apenas ao pronunciamento favorável ao autor da demanda.

Mesmo após a instauração da relação jurídica processual com a devida análise positiva dos pressupostos processuais, estes devem permanecer até a decisão de mérito, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, conforme disposição do art. 267, IV <sup>34</sup> do Código de Processo Civil.

Os pressupostos processuais são classificados, doutrinariamente, em pressupostos de existência e de desenvolvimento. Estes são aqueles que devem ser atendidos depois que o processo fica regularmente estabelecido, com o fito de que possa ter o andamento do processo um desenvolvimento regular até a sentença final. Aqueles dizem respeito aos requisitos para a constituição de uma relação jurídica válida.

Outra classificação divide os pressupostos em subjetivos e objetivos. Os subjetivos relacionam-se com os sujeitos do processo (juiz e partes) e compreendem competência do magistrado para a causa (além de ausência de causa que o torne suspeito ou impedido), capacidade civil das partes e sua representação por advogado. Já os pressupostos objetivos abrangem a observância da forma processual adequada à pretensão, a existência de instrumento de mandato (procuração), a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso arbitral ou inépcia da inicial e a inexistência de qualquer causa de nulidade.

As condições da ação encontram-se entre os pressupostos e o mérito. Entretanto, como as condições já foram tratadas em tópicos anteriores, passaremos ao exame do mérito da causa.

Não se deve confundir o mérito com os pressupostos ou condições da ação. O mérito nada mais é do que a própria lide e deve ser visto como um objeto com dupla proteção, pois, para se chegar a ele, deve-se transpassar as barreiras preliminares dos pressupostos processuais e das condições da ação.

---

<sup>34</sup> Art. 267 CPC – Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:  
IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

Humberto Theodoro Jr. (2009, p. 60) resume as consequências práticas para o processo do trinômio apresentado.

Com efeito:

- a) o reconhecimento da ausência de pressupostos processuais leva ao impedimento da instauração da relação processual ou à nulidade do processo;
- b) o da ausência das condições da ação redundará em declaração de carência da ação; e
- c) o da ausência do direito material subjetivo conduz à declaração judicial de improcedência do pedido, e não da ação, como é de praxe viciosa e corriqueira na linguagem forense. Isto porque, uma vez admitida a ação (ou seja, uma vez presentes as condições da ação), nunca poderá ser ela considerada improcedente, posto que sua existência independe do direito material disputado, como já se demonstrou.

Como se vê, a terminologia utilizada tem grande importância para o estudo da teoria do trinômio. Por essa razão, devemos nos atentar aos termos utilizados, porquanto o uso inadequado poderá trazer sérias confusões processuais.

## 4 COGNIÇÃO PROCESSUAL

O termo cognição tem origem no direito romano. Trata-se do substantivo *cognitio* que, por sua vez, é derivado do adjetivo *cognoscere*.

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo. (WATANABE, 2000, p. 58).

Kazuo Watanabe define de forma brilhante o que é a cognição e, por esse motivo, será o conceito aqui adotado. Observa-se que, a cognição é um ato intensamente ligado à jurisdição, ou seja, o magistrado sempre deverá realizar a cognição para proferir uma decisão final. Trata-se de uma técnica utilizada pelo magistrado.

Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidilas. (CÂMARA, 2009, p. 263).

Observa-se que, Alexandre Freitas Câmara utiliza a base conceitual de Watanabe para chegar a sua conclusão sobre o conceito de cognição.

A tutela jurisdicional pode ser invocada: a) para que o Judiciário componha o litígio, mediante sentença, julgando procedente ou improcedente uma pretensão regularmente ajuizada; b) para que o Judiciário imponha coativamente a sanção concretizada na sentença que julgou procedente o pedido condenatório. (MARQUES, 1998, p. 267).

A composição, a que se refere o item “a” do acima citado, será realizada mediante atividade de inteligência do Poder Judiciário, que é exatamente a cognição. O Estado deverá analisar o caso concreto, em específico, para decidir se o demandante tem o ou não o direito à tutela requerida.

Essa atividade a ser realizada pelo Judiciário possui um esquema de silogismo, tendo como premissa maior, a base legal e, como premissa menor, os fatos narrados na petição inicial. O provimento jurisdicional seria a conclusão desse

silogismo. A atividade cognitiva abarcaria as premissas maiores e menores, sendo um instrumento para preparação da conclusão.

A cognição é uma atividade realizada por todos os magistrados, entretanto, é uma atividade dotada de subjetividade, ou seja, cada juiz poderá exercê-la de acordo com sua experiência, não havendo uma forma específica para o seu exercício. Ao realizar essa atividade, vários fatores influenciam o convencimento do julgador, como por exemplo, os fatores psicológicos, vivenciais, culturais entre outros. Por esse motivo, não é incomum depararmos com casos semelhantes e com decisões nem tão iguais. A conclusão obtida pelo juiz “A” não deverá ser a mesma obtida pelo juiz “B”.

Vigoram em nosso ordenamento jurídico os princípios do livre convencimento motivado e do juiz natural. Esses revelam estreita ligação com a cognição.

É sabido que o magistrado, ao julgar, possui livre convencimento, ou seja, decidirá por convicção própria, sempre com embasamento legal. Entretanto, como forma de limitar esse poder atribuído aos membros do Judiciário, foi instituído que toda e qualquer decisão deverá ser motivada, ou seja, o julgador deverá sempre expor o porquê de estar decidindo desta ou daquela forma. Esse princípio se encontra positivado na Constituição Federal, no artigo 93, IX <sup>35</sup> e, também nos artigos 131 <sup>36</sup> e 458, II <sup>37</sup> do Código de Processo Civil.

O segundo princípio acima comentado, ou seja, o princípio do juiz natural assegura que a atividade cognitiva e o julgamento sejam realizados por um juiz previamente investido no cargo e encontra embasamento constitucional no artigo 5º, XXXVII <sup>38</sup> e LIII <sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Art. 93, IX CF – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>36</sup> Art. 131 CPC – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

<sup>37</sup> Art. 458 CPC – São requisitos essenciais da sentença

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

<sup>38</sup> Art. 5º, XXXVII CF – não haverá júízo ou tribunal de exceção;

<sup>39</sup> Art. 5º LIII CF – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

## 4.1 Matérias Cognoscíveis

Conforme se viu em tópico anterior, a cognição é uma técnica para se formar juízos valorativos acerca das questões suscitadas no processo. Essas questões poderão ser de fato ou de direito. O que se buscará nesse tópico é definir quais são as questões cognoscíveis (matérias cognoscíveis), ou seja, quais são os objetos da cognição.

Há grande divergência doutrinária acerca do tema em questão. Chiovenda, defensor da teoria concretista da ação, na obra *Instituições de Direito Processual Civil*, defende que o objeto da cognição é um binômio formado pelos pressupostos processuais e condições da ação.

Há outra parte da doutrina que defende que o objeto da cognição é formado por um trinômio de questões, quais sejam pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Dentre os defensores do trinômio, encontramos Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Machado Guimarães, entre outros.

A doutrina majoritária é, sem dúvida, a que entende o objeto cognitivo como um trinômio. É esse o entendimento a ser adotado no presente trabalho. Contudo, ao contrário da maioria, entendemos que o trinômio é formado por questões preliminares, questões prejudiciais e mérito.

A questão que ora me ocupa já me preocupou antes, a ponto de ter elaborado, a seu respeito, ensaio já aqui referido (“O objeto da cognição no processo civil). Reitero, agora, a ideia ali enunciada, de que o objeto da cognição é, sim, formado por um trinômio de questões, mas não o trinômio tradicionalmente enunciado. Em vez de falar em pressupostos processuais, “condições da ação” e mérito da causa como componentes do objeto da cognição, parece-me mais acertado falar-se que os componentes de tal trinômio são questões preliminares, questões prejudiciais e questões referentes ao mérito da causa. (CÂMARA, 2009, p. 264).

Essa posição doutrinária nos parece a mais coerente para a explicação dos objetos da cognição.

Em um primeiro momento, devemos ter em mente que a palavra “questão” significa todo ponto controvertido no processo. Como se sabe, o demandante fixa um ponto, o demandado, ao apresentar resposta, fixa um

contraponto. O ponto e o contraponto fazem nascer uma questão, que deve ser levada em conta pelo juiz ao julgar.

As questões preliminares e prejudiciais são espécies do gênero questões prévias, que recebem esse nome por serem analisadas antes das questões de mérito. As soluções das questões preliminares podem obstar o julgamento da causa, como por exemplo, o caso de ausência das condições da ação ou pressupostos processuais. Nesses casos, haverá resolução do processo, impedindo, portanto, a apreciação do mérito da causa. Nota-se que, os pressupostos processuais e condições da ação compõem as questões preliminares, contudo, apesar de fazerem parte da mesma categoria cognitiva, não devem ser confundidas.

Finda a análise das questões preliminares, passa-se a analisar as questões prejudiciais. Estas não impedem o julgamento de mérito, mas podem influenciar fortemente a decisão final. Podemos citar como exemplo o caso de uma ação de alimentos, em que o demandante alega ser filho do réu, que contesta dizendo inexistir relação de filiação. O juiz, neste caso, antes de analisar a pretensão do autor, deverá apurar se ele é ou não filho do réu. Observa-se, nitidamente, que a relação de filiação é uma questão prejudicial que influirá diretamente na solução da lide.

Importante salientarmos que, a questão prejudicial não é julgada pelo magistrado, mas sim conhecida. Isso quer dizer que, a questão prejudicial não é alcançada pela coisa julgada, conforme disposição do artigo 469, III <sup>40</sup> do Código de Processo Civil.

A questão prejudicial poderá ser classificada em interna, quando surgir no mesmo processo da questão prejudicada ou externa, quando for alegada em processo diverso. Poderá, ainda, ser homogênea (quando questão prejudicante e prejudicada pertencerem ao mesmo ramo do direito) ou heterogênea (quando questões pertencerem a ramos distintos).

Analisamos as questões preliminares e prejudiciais. Agora, chegamos, enfim, às questões de mérito. Não teceremos comentários a respeito desse tema, tendo em vista que, o assunto do mérito já foi tratado no item 3.5 do presente trabalho.

---

<sup>40</sup> Art. 469 CPC – Não fazem coisa julgada:

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Registro, porém, e desde logo, que resolver questões não é julgar, mas algo que se faz a caminho do julgamento. Julgar é concluir, e só se consegue chegar à conclusão depois de resolvidas todas as questões. É preciso, então, que o juiz conheça de todas as questões de mérito, e as resolva, para que possa proferir seu julgamento sobre a pretensão do demandante. (CÂMARA, 2009, p. 266).

As questões não constituem objetos de julgamento. Elas devem ser resolvidas, pois, assim, serão inseridas entre os fundamentos da decisão final, ou seja, farão parte da motivação do magistrado.

## 4.2 Espécies de Cognição

Após analisarmos o conceito de cognição e as matérias cognoscíveis, devemos adentrar no estudo das espécies de cognição existentes. Assim como as matérias cognoscíveis, não há consenso na doutrina a respeito das espécies de cognição.

A primeira classificação que surgiu quanto à cognição, foi elaborada por Chiovenda, na obra Instituições de Direito Processual Civil. Para esse doutrinador, a cognição poderia ser ordinária ou sumária. A espécie ordinária seria a cognição plena e completa, ao contrário, a sumária seria a cognição incompleta.

A classificação de Chiovenda, entretanto, não é a mais utilizada nos dias de hoje. Prevalece, hodiernamente, a classificação elaborada por Kazuo Watanabe.

Para Watanabe (Da Cognição no Processo Civil), a cognição pode ser observada em dois planos distintos, o horizontal e o vertical.

O plano horizontal leva em consideração a extensão e a amplitude da atividade cognitiva e tem como limites, as matérias cognoscíveis (questões preliminares, prejudiciais e de mérito). Nesse plano, a cognição poderá ser plena ou limitada (parcial).

A cognição plena é frequentemente utilizada no processo de conhecimento. Neste, na maioria das vezes, o objeto da cognição é inteiramente analisado pelo juiz, como forma de se garantir que a pretensão demandada seja analisada da forma mais completa possível.

A cognição limitada, por sua vez, é a utilizada, por exemplo, nas ações possessórias, onde não se pode examinar a existência do domínio. Se, hipoteticamente, for proposta ação possessória em que figure o proprietário como réu, este não poderá alegar em defesa o domínio. A cognição será, portanto, limitada, pois se restringirá à análise da posse.

No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente ou sumária, levando em conta a profundidade da cognição, ou seja, o modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado.

Em segundo lugar, o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta: de que modo o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? A cognição poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se com a coisa julgada. Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas. (DIDIER JR. 2009, p. 304).

A cognição exauriente, portanto, permite uma decisão baseada em um juízo de certeza jurídica. Por esse motivo, é que ocorrerá a formação da coisa julgada (imutabilidade), ou seja, a cognição exauriente (completa) possibilita a resolução definitiva da questão trazida ao judiciário, impedindo, dessa forma, o surgimento de outro processo com o mesmo objeto.

Assim como a cognição plena, a exauriente também é comumente verificada nas ações de conhecimento, uma vez que a finalidade principal dessas ações é a constatação de certeza quanto a existência ou não do direito afirmado pelo demandante.

Na cognição sumária, a decisão não é baseada na certeza jurídica, mas sim, em um juízo de probabilidade.

Na cognição sumária, busca-se um juízo de probabilidade, devendo o provimento a ser proferido afirmar, apenas e tão-somente, que é provável a existência do direito, ou seja, que há fortes indícios no sentido de sua existência, convergindo para tal conclusão a maioria dos fatores postos sob o exame do juiz. Tal provimento, obviamente, não poderá jamais ser tido por imutável e indiscutível, já que não é capaz de afirmar a existência do direito, sendo, portanto, incapaz de ser alcançado pela imutabilidade e indiscutibilidade decorrentes da autoridade de coisa julgada substancial. (CÂMARA, 2009, p. 269).

Podemos observar que a decisão baseada na cognição sumária não é alcançada pela coisa julgada. Essa cognição é utilizada quando o magistrado é instado a emitir provimentos em medidas cautelares e tutela antecipada, por exemplo.

Alexandre Freitas Câmara fala, ainda, em uma terceira espécie de cognição vertical, qual seja a cognição superficial. Mais uma vez, nos parece estar ele com a razão. Câmara fala dessa cognição que será utilizada nas decisões liminares em processo cautelar.

Esta se caracteriza por levar o juiz a um juízo de possibilidade (ou, pode-se dizer, a um juízo de verossimilhança). É de se notar que é aqui, na cognição superficial, e não na cognição sumária, que haverá verdadeiro juízo de verossimilhança. (CÂMARA, 2009, p. 270).

Nota-se que há uma relação nítida entre a cognição superficial e o juízo de verossimilhança, que é a aparência de verdade. Idêntica relação é a existente entre a cognição exauriente e o juízo de certeza jurídica e entre a cognição sumária e o juízo de probabilidade.

Afirma Kazuo Watanabe (2000, p. 114) que diversas combinações entre cognições podem ser feitas para formação dos diversos procedimentos. Dentre as combinações, importam os procedimentos de cognição plena e exauriente, parcial e exauriente, plena e exauriente “*secundum eventum probationis*” e a cognição eventual, plena ou limitada e exauriente.

A regra é a cognição plena e exauriente. Essa espécie prestigia a segurança jurídica, até mesmo pelo fato da decisão baseada nessa cognição ser passível de coisa julgada material.

A espécie de cognição parcial e exauriente revela uma limitação apenas quanto às questões a serem resolvidas. A decisão exarada dessa cognição também é passível de produzir coisa julgada material, pois ela é exauriente. Prestigiam-se, aqui, os valores da certeza e da celeridade, na medida em que se permite que uma sentença surja em um tempo menor ao que seria necessário ao exame de toda a extensão litigiosa. Podemos citar como exemplos, os embargos de terceiro e a desapropriação.

A cognição também poderá ser plena e exauriente “*secundum eventum probationis*”. Nessa espécie, não há limitação quanto à extensão da matéria litigiosa,

mas há o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. Fredie Didier Jr. (2009, p. 305) dispõe acerca dessa cognição:

Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres: a) com supressão da fase probatória específica; ou b) procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção; c) ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente.

A decisão definitiva da questão principal condiciona-se à verticalidade que o juiz conseguir, eventualmente, com base em provas existentes nos autos, efetivar. Para exemplificarmos a aplicação dessa espécie de cognição, vale citarmos Watanabe (2000, p. 118):

Do procedimento, ou fase do procedimento, de cognição plena e exauriente "*secundum eventum probationis*" podemos citar as seguintes aplicações: a) no processo de inventário, a questão prejudicial surgida com "a disputa sobre a qualidade de herdeiro" será decidida se o magistrado dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza. A falta de suporte probatório suficiente para o convencimento, fica configurada "matéria de alta indagação", devendo o juiz remeter "a parte para os meios ordinários" (art. 1.000, parágrafo único, na parte referente ao inc. III, do CPC); b) no processo de mandado de segurança, é entendimento assente, inclusive cristalizado em Súmula do Supremo Tribunal Federal, que "decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria"...; c) no processo de desapropriação, na fase de levantamento do preço, havendo "dúvida fundada sobre o domínio", o magistrado não deferirá a nenhum dos disputantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em "ação própria".

Fredie Didier Jr. (2009, p. 306) adiciona às aplicações mencionadas, a disciplina da ação popular e das ações coletivas.

A última combinação a ser tratada será a cognição eventual, plena ou limitada e exauriente (*secundum eventum defensionis*). Essa cognição recebe o nome de eventual, pois só existirá se o réu praticar o contraditório. Podemos citar como exemplos dessa espécie, a ação monitoria e a ação de prestação de contas.

## 5 MODOS DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Já vimos que as condições da ação são requisitos que devem ser preenchidos pelo demandante, para que ele possa gozar de uma decisão de mérito, que é o fim regular de todo processo. Vimos, também, que, se as condições da ação estiverem, advirá a denominada carência da ação, que é uma extinção anômala do processo. Importante lembrarmos e frisarmos que, mesmo que a demanda seja carecedora de ação, o direito de ação terá sido exercido por aquele que requereu a tutela jurisdicional.

Como se sabe, as condições da ação guardam grande importância para todo o processo por, principalmente, revelar íntima ligação com a economia processual, que é um dos princípios formadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Demonstramos até agora, o quão valioso é o instituto das condições da ação. Entretanto, o que importa demonstrarmos nesse tópico é o momento e modo de aferição dessas condições. A partir dessa análise, será possível apurarmos as hipóteses em que a ausência de condição fará coisa julgada formal e as hipóteses em que fará coisa julgada material.

Há clara divisão doutrinária quanto à maneira de verificação das condições da ação. Temos um primeiro grupo de estudiosos que defendem a chamada Teoria da Asserção que verifica as condições “*in status assertionis*”. Contudo, há um conjunto minoritário que entende ser adotada por nosso Código de Processo Civil, a verificação “*in status probationis*” (teoria da exposição). As diferenças fundamentais entre essas teorias serão vistas nos tópicos seguintes.

### 5.1 Teoria da Asserção ou da *Prospettazione* (Verificação *In Status Assertionis*)

Essa teoria que diz respeito ao modo de se verificar a presença ou não das condições da ação, defende a ideia de que essa aferição será feita à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial. Em outras palavras, a

análise será feita *in status assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou, não se admitindo produção probatória para tanto.

O ponto nodal da problemática está em saber se as condições da ação (*rectius*: “condições para o julgamento do mérito”) devem ser aferidas segundo a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (*in status assertionis*) quanto às condições da ação (com a apresentação evidentemente, das provas necessárias desde o início da ação, para se evitar o prosseguimento inútil do processo, como por exemplo a escritura de aquisição do imóvel na ação reivindicatória, o contrato escrito celebrado por aquele que pretende anulá-lo por vício de vontade, o ato constitutivo que demonstre a existência da associação civil por mais de 1 ano para a propositura da ação civil pública etc.) ou conforme seu ele efetivo com a “situação de fato contrária ao direito”, ou seja, com o objeto litigioso do processo, que vier a ser evidenciado pelas provas produzidas pelas partes. (WATANABE, 2000, p. 80).

A exceção quanto à produção probatória, para essa teoria, diz respeito aos documentos que, por exigência legal, devem vir colacionados à petição inicial. Ressalta-se, porém, que a análise dessas provas dirá respeito à verificação da consonância entre o documento e o afirmado pelo autor. Essa prova não estabelece juízo de certeza quanto ao direito alegado, não se adentrando ao mérito da causa.

O magistrado, ao se deparar com uma petição inicial, deve admitir, de maneira provisória, que todas as afirmações da demanda são verdadeiras. A partir dessas afirmações, ele poderá visualizar a presença ou ausência das condições da ação. Nota-se que importa, apenas, a afirmação do autor e não a equivalência do que se afirma com a realidade fática. Essa equivalência já seria questão de mérito.

Deve-se atentar que, essa decisão sobre as condições da ação não é baseada em juízo de cognição sumária, porquanto não se permitirá um novo exame pelo juiz acerca do tema decidido. Para essa teoria, a decisão sobre a existência ou não da carência da ação será sempre definitiva. Frisa-se, ainda, que a cognição, além de exauriente, será limitada, vez que não haverá análise de todas as matérias cognoscíveis.

A verificação do preenchimento das condições da ação dispensaria a produção de provas em juízo; não há necessidade de provar a “legitimidade *ad causam*” ou o “interesse de agir”, por exemplo. Não é preciso produzir uma perícia para averiguar se há ou não “possibilidade jurídica do pedido”. Essa verificação seria feita apenas a partir da afirmação do demandante. Se, tomadas as afirmações como verdadeiras, as condições da ação estiverem presentes, está decidida esta parte da admissibilidade do processo; futura demonstração de que não há “legitimidade *ad causam*” seria problema de mérito. Se, tomadas as afirmações como verdadeiras, as

condições da ação não estiverem presentes, o caso é de extinção do processo sem exame do mérito. (DIDIER JR, 2009, p. 182).

Observa-se dos dizeres de Fredie Didier Jr. que, se depois de feita a análise positiva a respeito da presença das condições da ação, qualquer uma delas (legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido) deixar de existir, por qualquer motivo que seja, haverá problema de mérito, ou seja, será causa de improcedência do pedido, havendo, portanto, coisa julgada material (exceção informada em tópico 3.4).

Devemos frisar que Fredie Didier Jr. possui uma posição extremada com relação às condições da ação, qual seja, a sua abolição como categoria jurídica. Para esse autor, a teoria da asserção apenas “minimiza” os problemas das condições da ação. Para ele, sempre que houver ausência de uma das condições, o caso será de decisão de mérito.

A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A falta de condição da ação, nesses casos, mesmo que constatada com mais facilidade, a partir da “asserção”, é caso de *improcedência manifesta*. A improcedência é tão clara, que dispensa, inclusive, a produção de provas para a sua demonstração. (DIDIER JR, 2009, p. 184).

Discordamos dessa posição pelos fundamentos já expostos ao tratarmos da carência da ação e da coisa julgada. Apenas para lembrar, entendemos que as condições da ação não devem ser confundidas com o mérito quando aferidas de forma abstrata.

Pouco importa, para a teoria da asserção, o momento da aferição das condições da ação. O que realmente importa é a produção ou não de provas para sua análise. Podemos observar que, a teoria da asserção poderá ser aplicada até mesmo após a defesa do demandado. Se, por exemplo, o réu se defender e alegar a ausência de legitimidade e o magistrado analisar essa alegação, tão somente, com base nas afirmações do demandante, essa teoria estará sendo aplicada. Quanto ao momento de análise, basta que seja realizada antes da fase instrutória.

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 122) também é adepto à teoria da asserção:

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim

normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material.

Com razão, Câmara equipara a necessidade de demonstração probatória das condições da ação como uma vertente da concepção concreta da ação. Tendo em vista o viés abstrato da ação adotado no presente trabalho, é inconcebível admitir a exigência probatória para se exercer o direito de ação.

Corroborando o que acima se expôs, vale citar, ainda, José Carlos Barbosa Moreira (1977, p. 200):

O exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das ‘condições da ação’ -, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se o julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *re in iudicium deducata*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in status assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em que caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória.

Evidente a filiação de Barbosa Moreira à Teoria da Asserção. Observa-se dos dizeres acima o que já foi exposto por todo esse tópico. Além dos doutrinadores já citados, outros também são adeptos à teoria da asserção. Dentre eles, podemos citar José Roberto dos Santos Bedaque, Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni, Araken de Assis, entre outros.

## **5.2 Teoria da Exposição (Verificação *In Status Probationis*)**

Essa teoria entende que é necessário que as condições realmente existam, ou seja, não basta que o autor descreva uma situação, demonstrando a presença das condições da ação. Para essa teoria, o autor deve evidenciar efetivamente a presença das condições da ação, nem que para isso seja necessária a produção de provas.

Segundo essa teoria, uma condição da ação é sempre uma condição da ação e a sua falta ensejará sempre em extinção da demanda sem julgamento de mérito. Se a ausência for verificada no despacho inicial ou no momento da sentença, a solução será a mesma. Essa teoria baseia-se no artigo 267, §3º<sup>41</sup> do Código de Processo Civil. Para essa teoria, a sentença de carência da ação fará sempre coisa julgada formal.

Caso existentes quando da propositura da ação, mas faltante uma delas durante o procedimento, há carência superveniente ensejando a extinção do processo sem resolução de mérito. A recíproca é verdadeira, pois ausente uma das condições da ação quando de seu ajuizamento, mas implementada no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito, sendo-lhe vedado extinguir o processo sem resolução do mérito. (NERY JR., NERY, 2010, p. 526).

Quanto à cognição utilizada pelo magistrado, entendemos que ela será plena, vez que haverá análise de todas as matéria cognoscíveis. A análise probatória já seria análise de mérito.

Liebman é o principal defensor dessa teoria e conta com fiel adesão de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 317). Este dedica, inclusive, um item em seu livro “Instituições de Direito Processual Civil” apenas para rebater a teoria da asserção (repúdio à teoria da asserção).

Eis algumas das objeções que nunca foram satisfatoriamente respondidas: a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença “de mérito” fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 515, §1º); c) se fosse de mérito a sentença que reconhece tratar-se de dívida de jogo (“improcedência da demanda”), a coisa julgada que se formará em torno dela impediria a plena vigência do art. 1.477 do Código Civil, porque eventual pagamento que se faça seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, não suscetível de cobrança judicial (obrigação natural); d) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido etc. para superar essas e outras objeções a

---

<sup>41</sup> Art. 267, 3º CPC – O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema, a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídico-processuais arraigados na cultura ocidental, como o de mérito, o da coisa julgada material e até mesmo o de condições da ação. Para aceitá-la seria indispensável uma mudança muito significativa na ordem jurídico-positiva do processo e em uma série de pilares da cultura processual de fundo romano-germânico.

Observa-se que Dinamarco possui fortes argumentos contra a teoria da asserção. Tendo em vista esse grande embate jurídico, passaremos a exemplificar as teorias para facilitação do entendimento, para, ao fim, indicarmos a teoria por nós adotada e a que tem prevalecido em nosso meio jurídico.

### 5.3 Casuísmo

Para facilitar e elucidar o entendimento das duas teorias acima expostas, citaremos alguns exemplos de situações concretas, demonstrando os destinos das demandas de acordo com a corrente adotada.

O primeiro exemplo diz respeito a uma demanda em que o autor diz ser credor do réu em razão de um contrato de mútuo firmado entre eles. Entretanto, no decorrer do processo, fica provado que a obrigação se originou em uma aposta. Nesse caso, se adotarmos a teoria da asserção, essa causa será de improcedência da demanda, vez que, de acordo com a petição inicial, as condições da ação estavam presentes (afirmação de que a origem da dívida adveio de contrato de mútuo). Para aqueles que defendem a teoria de aferição *in status probationis*, seria caso de extinção sem julgamento do mérito por carência da ação (ausência de possibilidade jurídica do pedido).

Outro exemplo é o de determinado sujeito que afirma ser filho de outrem e, por isso, pede-lhe alimentos. Se no decorrer do processo ficar provado que ele não é filho do demandado, segundo a teoria da asserção, será causa de improcedência da demanda. A teoria tradicional, entretanto, entende ser causa de extinção do processo sem julgamento de mérito por estar ausente a legitimidade *ad causam*, o que é causa de carência da ação.

O último exemplo é o da ação reivindicatória movida por pessoa “A” em face de “B”, dizendo ser proprietária do imóvel “X” e apresentando título em seu

nome. “B”, em defesa, alega que o imóvel é de “C” e que, conseqüentemente, “A” é parte ilegítima. Após a instrução processual, o magistrado conclui que, de fato, o imóvel pertence a “C”. Aqui, para a teoria da asserção, a solução será a improcedência do pedido. Para a teoria da exposição, deverá haver extinção do processo sem resolução de mérito por carência da ação, uma vez que eles entendem que as condições da ação podem ser provadas.

#### 5.4 Teoria Prevalente

Apesar da grande discussão existente entre as teorias que dizem respeito ao modo de aferição das condições da ação e das diversas críticas feitas por Dinamarco, nos parece mais coerente a adoção da teoria da asserção. Assim entendemos por dois motivos principais.

O primeiro motivo diz respeito ao princípio da celeridade e da economia processual. Ora, se fica evidenciada a ausência de condição da ação por meio das provas produzidas, a solução deve ser de extinção do processo com julgamento do mérito e não caso de carência da ação (extinção sem julgamento do mérito). Como vimos, a extinção do processo sem julgamento de mérito fará, tão somente, coisa julgada formal, logo, a mesma ação poderá ser ajuizada novamente. Deve-se evitar que a máquina do Judiciário pare para julgar reiteradamente situações anteriormente apreciadas.

O segundo e mais relevante motivo é a questão da proximidade da teoria de aferição *in status probationis* com a teoria concreta da ação. Há quem intitule Liebman e seus discípulos de “concretistas sob disfarce”. Exigir que sejam demonstradas as condições da ação significa, pragmaticamente, que só tem ação quem tem o direito material.

Vistos os argumentos favoráveis à prevalência da teoria da asserção, devemos nos ater, agora, ao entendimento jurisprudencial. “A jurisprudência aceita a teoria da asserção?”

Para responder a essa questão, vale transcrevermos alguns julgados:

LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE FIANÇA - O interesse de propor ação de exoneração persiste até a efetiva entrega das chaves (precedentes do STJ) - **Incidência da teoria da asserção** -Recurso não provido.

(97631120078260477 SP 0009763-11.2007.8.26.0477, Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto, Data de Julgamento: 15/06/2011, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/06/2011) (grifo nosso)

Observa-se do julgado acima, que o TJ/SP aceita e aplica a teoria da asserção. O mesmo ocorre com o STJ, como se observa abaixo:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL -DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS -AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO -TEORIA DA ASSERÇÃO - NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO -POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.535CPC1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgado decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente.535CPC2. Nos termos da **teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto.**

(...)

(879188 RS 2006/0186323-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2009) (grifo nosso)

Dos entendimentos acima, compartilha a ministra do STF Carmen Lúcia, conforme se observa abaixo:

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AUTOR. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. LITISCONORTE ATIVO. INTERESSE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. EXCLUSÃO DA LIDE. PROCESSO SANEADO.Relatório

(...)

12. Quanto ao Estado de Alagoas, presente está o seu interesse processual na ação.A existência de inscrições do Estado em outros cadastros federais não lhe retira o interesse processual de discuti-las judicialmente uma a uma, conforme bem apontado em sua réplica.**Ademais, as condições da ação não de ser analisadas conforme as afirmações feitas na petição inicial, que demonstram o interesse processual do ente estadual.Nesse sentido os ensinamentos de Barbosa Moreira:"o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica in statu assertionis, ou seja, à vista do que se afirmou (...) deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória..." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 200).**13. No mais, não havendo provas a serem produzidas pelas partes, declaro saneado o processo (art. 248 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).14. Dê-se vista, no prazo

de dez dias, sucessivamente, ao Autor, à Ré e ao Procurador-Geral da República (art. 249 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 19 de novembro de 2007. Ministra CARMEN LÚCIA Relatora 102 If Constituição 267 VIC Código de Processo Civil 267 VIC Código de Processo Civil (963 AL, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/11/2007, Data de Publicação: DJe-163 DIVULG 14/12/2007 PUBLIC 17/12/2007 DJ 17/12/2007 PP-00019) (grifo nosso)

Fica evidente que, não só a doutrina, mas também a jurisprudência têm adotado a teoria da asserção. Os julgados expostos confirmam a ideia da prevalência dessa teoria e mostram que ela vem sendo muito utilizada no dia a dia forense. A aplicação da teoria da asserção dá maior efetividade ao processo, demonstrando uma evolução significativa do direito processual civil.

## 6 CONCLUSÃO

Os modos de aferição das condições da ação foram os assuntos centrais da presente monografia.

Antes de adentrarmos ao tema, porém, verificamos que o direito de ação é um direito constitucionalmente garantido a todos. Prevê a Constituição Federal a garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, que está intimamente ligada ao princípio do juiz natural, do devido processo legal e da vedação ao “*non liquet*”.

Dentre as teorias da ação apresentadas, adotamos a teoria abstrata da ação. Entretanto, entendemos que as condições da ação (instituto próprio da teoria eclética da ação) são compatíveis com a teoria aqui defendida, vez que é um instituto que guarda forte ligação com o princípio da economia processual.

Quanto às formas de se identificar ações idênticas, resta demonstrado que os elementos da ação, que englobam as partes, causa de pedir e pedido se mostram eficazes para o fim desejado, garantindo a segurança jurídica do jurisdicionado. Para que uma ação seja considerada idêntica à outra, autor e réu devem ser os mesmos (qualidade jurídica), a causa de pedir próxima e remota devem ser idênticas e o pedido mediato e imediato também devem coincidir.

No que tange à classificação das ações, estas se dividem quanto o provimento jurisdicional requerido, em ações de conhecimento, executivas e cautelares. As ações de conhecimento, por sua vez, possuem uma subdivisão trinária, segundo o tipo de tutela pedida, que engloba as ações condenatórias, meramente declaratórias e constitutivas. Importante frisar que a classificação das ações possui fins meramente didáticos, uma vez que liga o exercício da ação à tutela jurisdicional pretendida.

Mais próximo ao tema central, observamos que compreendem as condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a causa.

A primeira virou alvo de dúvida quanto ser ou não uma condição da ação. Entretanto, entendemos que ela deverá ser analisada, seja como condição, seja como instituto autônomo.

A segunda condição estará presente, quando o demandante demonstrar a presença do binômio necessidade-adequação. O autor deverá demonstrar necessidade da tutela jurisdicional, por meio de um provimento adequado.

A legitimidade para a causa, por sua vez, é uma aptidão específica para atuar em juízo para o determinado caso concreto. Deve-se atentar ao fato de que essa condição não se confunde com a capacidade processual. Essa condição deverá ser verificada tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da demanda.

A ausência de qualquer das condições da ação acarretará a chamada carência da ação, que é causa de extinção do processo sem resolução de mérito. A sentença de carência da ação fará, então, apenas coisa julgada formal. Entretanto, no caso da ausência ser verificada após produção probatória, o caso será de improcedência da demanda e haverá coisa julgada material.

Evidente que se adota na presente monografia a teoria da asserção. As condições da ação devem ser verificadas "*in status assertionis*", ou seja, com base nas afirmações feitas pelo demandante na sua inicial. Se se adotasse a teoria de verificação "*in status probationis*", a ausência de uma condição faria sempre coisa julgada formal.

As condições da ação, assim como os pressupostos processuais, são questões preliminares que, ao lado das questões prejudiciais e de mérito, formam as matérias cognoscíveis. A decisão sobre a presença ou não das condições da ação não é baseada em juízo de cognição sumária, vez que não será permitido um novo exame acerca do que já foi decidido.

A adoção da teoria da asserção se dá por dois motivos principais. O primeiro é a defesa ao Princípio da Celeridade e da Economia Processual. A produção probatória para análise das condições da ação já é questão de mérito. A demanda deveria ser julgada improcedente, fazendo coisa julgada material, evitando, assim, a propositura da mesma demanda.

O segundo motivo é que a aferição "*in status probationis*" se mostra totalmente antagônica à teoria abstrata da ação por nós adotada. A exigência de se demonstrar a presença das condições da ação significa, pragmaticamente, dizer que só tem ação quem tem o direito material. Nota-se, aqui, clara lesão ao direito de ação garantido constitucionalmente.

Logo, como forma de se privilegiar a celeridade, a economia processual e o direito de ação como garantia constitucional, devemos adotar a teoria da asserção ao analisarmos as condições da ação. Embora não seja a teoria adotada pelo Código de Processo Civil, a teoria da asserção ganha cada vez mais adeptos e vem conquistando muito espaço na jurisprudência brasileira.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www .planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

\_\_\_\_\_. **Código Civil – Lei 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil – Lei 5.869/1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010

\_\_\_\_\_. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lei 4.657/1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 879188 RS 2006-0186323-6**, Relator Min. Humberto Martins, julgado em 21.05.09, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066782/recurso-especial-esp-879188-rs-2006-0186323-6-stj>.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária nº. 14775299**, Relatora Min. Carmen Lúcia, julgado em 19.11.07, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14775299/acao-civel-originaria-aco-963-al-stf>.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº. 976311200786260477 SP**, Relator Des. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, julgado em 15.06.11, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19864383/apelacao-apl-976311200786260477-sp-0009763-11200786260477-tjsp>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **A Nova Execução de Títulos Judiciais – Comentários à Lei 11.232/05**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Malheiros, 2004.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação – Enfoque Sobre o Interesse de Agir no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999,

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. **A Teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium Editora, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. In: Temas de Direito Processual – Primeira Série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998

ZANZUCCHI, Mario Tullio. **Diritto processuale civile**, Milano, Giuffrè, 1946