

Resumo

O presente trabalho analisa as principais características das condições da ação (legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido), através de um breve comparativo sobre o tema entre o atual Código de Processo Civil e o Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, visando apresentar alguns avanços e retrocessos ocasionados em razão do novo texto legislativo. Para tanto, aprecia-se a contextualização histórica das teorias relacionadas ao efetivo exercício do direito de ação, a fim de verificar a viabilidade da aplicação da teoria de Liebman nos dias atuais, bem como sua influência no novo diploma processual civil. O objetivo é compreender a conceituação das teses elaboradas e a aplicabilidade das mesmas através dos provimentos jurisdicionais, almejando resolver da forma mais eficiente e segura os conflitos de interesse existentes, observando-se, precipuamente, as oportunidades em que cabíveis o julgamento pela carência da ação e consequente extinção da lide sem resolução do mérito; ou, ainda que ausentes quaisquer das condicionantes da ação, caiba ao magistrado adentrar no mérito da causa, prolatando decisão de procedência ou improcedência do pedido. Por derradeiro, este estudo pretende apresentar alguns pontos positivos e negativos implícitos no novo instrumento legal, trazendo à baila questões que serão enfrentadas cotidianamente pelos operadores do direito, sem se descuidar, por óbvio, de examinar a matéria sob um enfoque processual civil-constitucional.

Abstract

This paper analyzes the main features of the cause of action (legitimacy, procedural interest and legal possibility of the application) through a comparative brief on the subject between the current Civil Procedure Code and the new Civil Procedure Code - Law No. 13,105, of March 16, 2015, aiming to present some advances and setbacks caused due to the new legislation. To this end, appreciate the historical context of the theories related to the effective exercise of the right of action in order to verify the feasibility of the implementation of Liebman's theory today, as well as its influence on the new civil procedural law. The goal is to understand the concepts of the developed thesis and the applicability of the same through the jurisdictional provisions, aiming to solve the most efficient and secure way the conflicts of interest, observing, primarily, opportunities where appropriate judgment by the lack of action and the consequent extinction of the dispute without resolution of merit; or, even absent any action of the constraints, it is for the magistrate enter the merits of the case, uttering judgment allowing or refusing the application. By last, this study aims to present some strengths and weaknesses implicit in the new legal instrument, bringing up issues that will be faced daily by law enforcement officers, without neglecting, obviously, to examine the matter under a civilian and constitutional procedural approach.

Palavras-chave: Condições da ação; Legitimidade; Interesse processual; possibilidade jurídica do pedido; Novo Código de Processo Civil.

Keywords: Conditions of the action; legitimacy; Procedural interest ; legal possibility of the application; New Civil Procedure Code .

1. INTRODUÇÃO

O estudo das condições da ação na processualística jurídica é tema de empolgantes embates doutrinários, seja pelo momento em que devem ser apreciadas, pela possibilidade de confusão entre

¹ Pós Graduando lato sensu em Direito Civil/Processual Civil pela instituição Pro Juris - Estudos Jurídicos junto às Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO. Advogado.

a análise que gerará ou não o julgamento de mérito ou por outras vertentes esposadas pelas teorias que norteiam o sistema do direito processual.

Nesse diapasão, impossível debater a aplicação das condicionantes da ação sem se ater às teses doutrinárias que visam explicar a ritualística processual civilista, em especial a teoria eclética de Liebman, que segue enraizada no ordenamento jurídico pátrio, a qual obstaculiza o acesso ao julgamento de mérito pelo atendimento das condições da ação.

Todavia, tal debate não comporta apenas uma teoria e tampouco é matéria superada entre os doutrinadores e protagonistas do direito processual civil.

Fato é que, embora muito estudado, o termo “condições da ação” está expressamente mencionado em sua integralidade apenas no artigo 267, inciso VI, do atual Código de Processo Civil, o qual atesta que, ausentes a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual, a lide deverá ser extinta sem julgamento de mérito.

Vale salientar, ainda, que o artigo 3º do Diploma Processual, que trata da ação, estatui que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, verificando-se que o legislador não impôs, nesse momento, a possibilidade jurídica do pedido como sendo condicionante da ação.

Doutro lado, vislumbra-se a chegada de um novo Código de Processo Civil, que retoma a análise de pontos que são discutidos a aproximadamente meio século, como o caso em questão relacionado às condições da ação e sua forma de aplicação no universo jurídico.

Dessa forma, necessário um breve exame acerca da contextualização histórica no que tange às teorias da ação e, posteriormente, a adequação da tese utilizada ao novo Código de Processo Civil no que diz respeito às suas condicionantes, a fim de que sejam alcançados os objetivos visados pelos legisladores e operadores do direito que colaboraram para a elaboração do *novel Códex*, especialmente estabelecidos sob a ótica do processo civil-constitucional.

2. Breve contextualização histórica das teorias da ação

Na aplicação prático-jurídica diária, o termo “ação” pode ser entendido sem maiores complexidades, consubstanciando-se no instrumento que viabilizará a busca do detentor de um bem da vida lesionado, em face do violador, por um provimento jurisdicional “justo”, de acordo com suas pretensões galgadas nas normas e nos princípios de direito.

Entretanto, tal definição, embora não esteja integralmente incorreta, não é a aplicável ao exame doutrinário das teses relacionadas à ação, que há anos vem sendo amplamente discutidas, a fim de que se possa fixar a significativa mais plausível.

Nesse sentido, mister citar a teoria clássica do direito de ação, também chamada de imanentista, que perdurou até meados do século XIX, afirmativa de que o direito processual era mero acessório do direito material, isto é, o direito de ação era imanente ao direito material.

Atesta referida tese de que a ação seria o direito material em movimento, não se traduzindo o direito processual como sendo uma instrumentalização autônoma e abstrata. Nessa senda, de salutar relevância a célebre frase utilizada à época: “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido”.

O declínio da tese imanentista ou clássica ocorreu em razão do fracasso em explicar situações processuais específicas, tais como as ações declaratórias negativas e improcedência de pedidos, que não coadunam com o modelo em comento.

Dessa forma, surgiu a teoria autonomista do direito de ação, que, inteligentemente, visava a independência do direito processual em relação ao direito material, oportunizando o exame da ritualística processual como ciência autônoma do universo jurídico.

Diante de inúmeras discussões acerca do tema, emergiram duas teorias que se fixaram no cenário processual, notadamente conhecidas como concreta e abstrata do direito de ação.

Lecionando sobre a teoria concreta, atesta Humberto Teodoro Jr:

Para os defensores da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, este direito público subjetivo, embora diverso do direito material lesado, só existe quando também exista o próprio direito material a tutelar. A ação seria, então, o direito à

sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material. Seus grandes defensores foram, entre outros, Wach, Bülow, Helwig e Chiovenda.²

Esta teoria concretista, apesar de demonstrar certa autonomia, mantinha ainda atrelado o direito material ao processual, vez que considerava o efetivo exercício do direito de ação somente quando a decisão judicial fosse favorável ao autor da demanda.

Todavia, a citada vertente trouxe importantes características à nova forma de pensar da sistemática processual, tratando-a como sendo uma ciência autônoma, abstrata e pública, já que seria interposta em face do Estado e do violador do direito que se objetivava ser tutelado.

Logo, de acordo com a tese concretista, somente haveria o direito de ação, acaso o autor obtivesse sentença de procedência do seu pedido. Caso contrário, a improcedência resultaria na inexistência do direito de ação.

Para alguns autores, como Chiovenda, apesar de autônomo e concreto, o direito de ação não possuía como características a publicidade e a subjetividade, por se tratar de um direito potestativo, que não era exercido em face do Estado, servindo a processualística civil para provocar o judiciário em face do adversário, almejando a vontade concreta da lei.

Vale salientar que as condições da ação, embora não conceituadas e aplicadas como hodiernamente as são, já se faziam presentes à época, ao passo que ausentes as condicionantes também inexistente seria o direito material, cuja carência não poderia ensejar o direito de ação em razão da natural improcedência do pedido.

Posteriormente, surgiram estudiosos processualistas introduzindo a teoria abstrata do direito de ação, com o escopo precípua de proporcionar ainda mais autonomia ao direito processual face ao material, independentemente, inclusive, da decisão favorável ao autor.

Destarte, não se fazia mais necessária a pretensão do demandante em razão de sua causa de pedir para que o direito de ação fosse efetivamente exercido, haja vista que o réu estaria obrigado a participar do processo, independentemente de possuir ou não um bem da vida a ser tutelado (direito material).

Nesse sentido, o direito processual civil seria autônomo, público e subjetivo ou abstrato, perfazendo uma ciência examinada solitariamente, com um fim em si própria, livre de qualquer liame ao direito material, pouco importando, ainda, se o provimento jurisdicional resultaria em decisão favorável ou não ao autor.

Tal teoria também não escapou às críticas dos doutrinadores, mormente por tratar o direito processual de forma extremamente técnica, desprovida de preocupação com o fim a que se destina o direito de ação, qual seja viabilizar, através do processo, o conjunto de atos que analisará a pretensão resistida, culminando em uma decisão jurisdicional suficiente a findar um conflito de interesses e, conseqüentemente, alcançar a paz social almejada.

Dessa forma, na busca incessante por atingir a melhor definição e aplicação do direito de ação, Enrico Tullio Liebman formulou a denominada teoria eclética, visando a aglutinação das teses concreta e abstrata. Cumpre salientar que muito embora Liebman tenha se apoiado com maior relevância na teoria abstrata, apresentou forte influência da vertente concreta, ao expressar a necessidade de aderir o direito de ação a uma situação material.

Para o autor em questão, a ação deixa de ser somente o movimento do direito material ou uma ciência exacerbadamente autônoma a ponto de não demonstrar qualquer nexo com a pretensão do autor, mas passa a ser um instrumento, um meio pelo qual o lesionado, através de um ritual de procedimentos, possa discutir o dano sofrido, sem, contudo, necessariamente obter uma decisão favorável, tendo em vista que o conteúdo concreto do provimento depende da instrução processual e do convencimento do magistrado.

E acrescentou: para que o direito de ação fosse reconhecido, necessária a verificação de requisitos que deveriam ser preenchidos pelo demandante, quais sejam o interesse de agir, a legitimidade “ad causam” e a possibilidade jurídica do pedido – as denominadas condições da ação.

² THEODORO JR., Humberto. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60.

Com efeito, a inexistência de quaisquer dos requisitos acima mencionados impediria o magistrado de analisar o mérito da causa, implicando na carência da ação e na impossibilidade de demandar em juízo.

Interessante registrar que ocorrendo o não preenchimento dos requisitos necessários ao exercício do direito de ação, inexistente também estaria o exercício da jurisdição, ficando o Estado vinculado ao cumprimento de tais condicionantes para fazer uso da atividade jurisdicional.

Sem sombra de dúvidas, os seguidores da teoria eclética fundamentam suas defesas no princípio da economia processual, vez que a decisão de extinção do processo pela carência da ação, garante o não desenvolvimento de uma demanda inútil e a indevida movimentação da máquina estatal.

Notadamente, o atual Código de Processo Civil adotou a teoria eclética, prevendo a necessidade de verificação de determinadas condições para que a demanda prossiga e tenha, ao final, a prolação de um julgamento de mérito. Na falta de quaisquer das condicionantes, caracterizada está a carência da ação, e a lide deverá ser extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do Diploma Processual mencionado.

Entretanto, cumpre mencionar que a teoria eclética apresenta uma característica considerada um retrocesso por alguns doutrinadores: o momento de aferição das condições da ação.

A tese em questão afirma que as condicionantes para o exercício do direito de ação devem ser analisadas a qualquer tempo processual, inclusive em qualquer grau de jurisdição. Nesse diapasão, citando a teoria eclética, preleciona Marinoni:

As condições da ação, no entendimento de Liebman, não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento. De acordo com Liebman, as condições da ação não devem ser aferidas apenas em razão da afirmação do autor, cabendo também a sua análise diante das provas, pouco importando a fase processual em que isso possa ocorrer no processo.

Logo, a teoria eclética elaborada por Liebman, influenciadora do Código de Processo Civil atual, estatui que a qualquer momento no processo podem ser analisadas as condições da ação, independentemente do grau de jurisdição e, acaso seja verificada a carência, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito.

Eis, então, o ponto que gera a maior discussão entre os examinadores do direito processual civil: as condições da ação devem ser analisadas em qualquer tempo no processo, podendo ser confundidas com o mérito da causa, uma vez que serão submetidas a todos os meios de prova? Ou deverão ser apreciadas como pressupostos de admissibilidade para o prosseguimento da lide através da análise das afirmações do autor, até um determinando momento processual?

Indubitavelmente, grande parte da doutrina critica a tese em comento e sua influência no atual Código de Processo Civil sob o fundamento de que a apreciação das condições da ação, principalmente a qualquer momento processual, é análise de mérito, vez que realizada sobre o direito material discutido, aproximando-se da teoria concretista.

Nesse sentido, preceitua Kazuo Watanabe:

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*) (...).³

Dessa forma, almejando dar efetividade ao provimento jurisdicional, tendo em vista, principalmente, que a extinção do processo sem o julgamento de mérito possibilita ao autor que

³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 79.

ajuíze novamente a ação, doutrina e jurisprudência, criticando a teoria eclética, passaram a utilizar a teoria da asserção para análise das condicionantes da ação.

A teoria da asserção ou *prospettiazione* (prospecção) foi criada pelo direito italiano e, no Brasil, ganhou prestígio na academia jurídica. Consoante esta corrente, as condicionantes da ação devem ser apreciadas, unicamente, pelas afirmativas (assertivas) do autor, aduzidas na peça prefacial.

Logo, a demanda somente terá decisão sem apreciação do mérito se o julgador, em análise de admissibilidade, verificando a petição inicial e os documentos acostados, restar convencido da carência da ação neste momento processual. Caso contrário, verificada a ausência de quaisquer das condicionantes após a instrução probatória, instante em que a lide já está madura para o juízo meritório, a decisão de carência acarretará o julgamento de mérito pela improcedência do pedido.

Vale ressaltar que a teoria da asserção não foi adotada pelo atual Código de Processo Civil, haja vista o disposto no §3º do art. 267, que permite o reconhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida decisão de mérito, da ausência de quaisquer das condições da ação e o consequente julgamento sem resolução do mérito.

Entretanto, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, em determinados casos de confusão entre a apreciação das condições da ação e o mérito da causa, vem aplicando manifestamente a tese italiana:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO (ART. 267, §3º, DO CPC). DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. PRECLUSÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. DECISÃO MANTIDA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal.

2. A indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica.

3. No caso, a ré não interpôs apelação contra a sentença que acolheu o pedido do autor. Após, em petição avulsa, apresentou documentos e alegou ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, sustentando tratar-se de matéria de ordem pública.

4. Aplicando-se a teoria da asserção, não se está diante de argumentos relativos à falta de legitimidade (condição da ação), mas, sim, de defesa de mérito, pois à luz das afirmações contidas na petição inicial, há pertinência entre as partes da relação jurídica de direito processual e as da relação jurídica de direito material. Tratando-se de argumento de mérito, ocorre a preclusão.

5. (...)

(STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 10.643/RS, Rel.: Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 02/05/2013, REPDJe 22/05/2013, DJe 13/05/2013).⁴

Mister salientar que o Supremo Tribunal Federal também possui precedentes embasando-se nitidamente na teoria da asserção, considerando-a, inclusive, como parte do ordenamento jurídico pátrio, conforme se verifica do trecho a seguir:

(...) 4. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. A legitimidade para a causa, segundo a teoria da asserção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a verificação das condições da ação, é aferida conforme as afirmações feitas pelo autor na inicial. No caso, depreende-se do acórdão que a ré foi indicada pelo autor para figurar no polo passivo da ação, em razão de ser considerada devedora do crédito pleiteado nestes autos, do que resulta sua legitimidade passiva ad causam.

⁴ No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp. 832.370/MG, Rel.: Ministra Nancy Andrigui, j. em 02/08/2007, DJ 13/08/2007; STJ, 2ª Turma, REsp. 879.188/RS, Rel.: Ministro Humberto Martins, j. em 21/05/2009, DJe 02/06/2009.

(STF, 1ª Turma, ARE 713211 AgR, Rel.: Ministro Luiz Fux, julgado em 11/06/2013, Acórdão eletrônico DJe-121, Divulg. 24/06/2013, Public. 25/06/2013).

Cumpra evidenciar que nem sempre as condições da ação serão confundidas com o mérito da causa, razão pela qual impossível atestar que a análise das condições da ação nunca resultará em um julgamento sem resolução do mérito. Quanto a este aspecto, percuente a preleção de Fredie Didier Jr.:

Condição da ação diz respeito à demanda, ação exercida, relacionada a determinado problema concreto levado à apreciação do Poder Judiciário. Nada impede que se imaginem “condições da ação” que não se confundam com o mérito da causa. O interesse de agir, em certo sentido, não se confunde com o mérito da causa. A legitimação extraordinária não se confunde com o mérito da causa. Uma e outra são “condições da ação” porquanto se refiram aos elementos da demanda: o primeiro, à causa de pedir; a segunda, aos sujeitos. A crítica que se faz é a de que três condições da ação, porque relacionadas à demanda, quase sempre se confundem com o mérito da causa – e, no caso da possibilidade jurídica do pedido e da legitimação ordinária, sempre se confundem –, não havendo razão para distingui-las das demais questões de mérito.⁵

Em resumo, a teoria da asserção confirmou-se mais abstrata quando relacionada à tese eclética, contrapondo-se à excessiva vinculação entre direito processual e material pregada por Liebman, apresentando um momento exclusivo para análise das condições da ação, em louvor, especialmente, aos princípios da economicidade e utilidade processuais, em garantia à segurança jurídica, atentando, nessa linha, aos princípios e garantias estatuídos na Constituição Federal.

3. As condições da ação e o atual Código de Processo Civil

Como já referenciado em ocasião anterior, as condições da ação estão expressamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro através dos artigos 3º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, considerando-se o fato de que a possibilidade jurídica do pedido manifesta-se como condicionante somente em um dos dispositivos legais mencionados.

Com efeito, a normativa processual civil prevê como condições da ação o interesse de agir, a legitimidade processual e a possibilidade jurídica do pedido.

3.1 Interesse processual

Inicialmente, mister diferenciar interesse processual de interesse substancial, porquanto o primeiro é a busca pelo instrumento que viabilizará a tutela do segundo, consoante explica Marinoni, quando afirma que “o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo”⁶.

A doutrina, por sua vez, não pacificou entendimento acerca do conteúdo que compõe o interesse processual, diversificando entre estudiosos que tratam do binômio utilidade-necessidade, e outros que afirmam a necessidade de existência do trinômio utilidade-necessidade-adequação.

De forma alguma objetivando exaurir o exame da matéria em comento, necessária a sintética conceituação dos termos sob análise.

Não raro se vislumbram julgamentos sedimentados na extinção da ação por perda do objeto da lide. Nessa linha, a utilidade processual é a possibilidade de obtenção do resultado almejado com o consequente provimento jurisdicional, independentemente se conclusivo por procedência ou improcedência do pedido.

⁵ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 215.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p.174.

Destarte, a inutilidade processual é a verdadeira perda de utilidade da demanda em razão da perda do objeto da causa, que, obviamente, deverá culminar na extinção do processo sem resolução de mérito.

Já a necessidade deriva da impossibilidade de praticar o ato por outra via senão a judicial, seja por imposição da lei, pela resistência de terceiro ou pela própria natureza do objeto. Inexistente a necessidade, configurada está a impraticabilidade da tutela jurisdicional, acarretando o fim do processo sem julgamento de mérito.

A adequação, por sua vez, exaustivamente discutida entre os processualistas civis, é o tipo de provimento escolhido pelo autor para satisfação do direito pretendido na lide. Esse aspecto sofre várias críticas por diversos doutrinadores, precipuamente porque eventuais equívocos de adequação podem ser corrigidos no decorrer da demanda, tendo em vista a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais diante do erro de forma (fungibilidade).

Consoante a crítica linha de raciocínio, apesar de importante aspecto de desenvolvimento regular do processo, a adequação, por possibilitar a correção de eventuais equívocos formais, não pode ser considerada como sendo condicionante ao exercício do direito de ação.

3.2 Legitimidade “ad causam”

Consoante determina o artigo 3º do Código de Processo Civil, “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Vislumbra-se que o dispositivo legal acima citado demonstra duas características referentes ao tema legitimidade de agir: a) a necessidade de haver um liame entre a pessoa que age em juízo o bem da vida a ser protegido; e b) a bilateralidade da legitimidade, consubstanciada nos sujeitos processuais representados pela legitimidade ativa (autor) e pela legitimidade passiva (réu).

Para melhor elucidar o segundo ponto apresentado, ensina Theodoro Jr. que “a legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”.⁷

O Código de Processo Civil vigente classificou a legitimidade em ordinária e extraordinária, utilizando como parâmetro a identidade entre a titularidade para exercício do direito de ação e a titularidade do direito material.

A legitimidade ordinária, regra no ordenamento jurídico processual pátrio, é a que comporta no mesmo sujeito a titularidade do direito de ação e do direito material afirmado.⁸

Entretanto, há permissão legal, visualizável pela exceção exposta na parte final do art. 6º do Código de Processo Civil, para que em determinados casos, um terceiro, não detentor do direito substancial, proponha ação em nome de outrem, caracterizando-se a chamada legitimidade extraordinária. Cumpre salientar que a legitimação extraordinária não pode ser convencionada entre as partes, somente sendo possível por expressa previsão legal.

A doutrina classificou a legitimidade extraordinária conforme a dispensabilidade de exercício do direito de ação do detentor da titularidade do direito material, dividindo-a, num primeiro momento, em autônoma e subordinada.

Entende-se por legitimidade extraordinária autônoma quando o legitimado atua independentemente do exercício do direito de ação pelo titular do direito material afirmado; e por legitimidade extraordinária subordinada, quando o legitimado é autorizado a participar da demanda caso o titular do direito substancial também o fizer, como, por exemplo, nos casos de litisconsórcio necessário ativo.

A doutrina ainda dividiu a legitimidade extraordinária autônoma em exclusiva e concorrente, sendo que, na primeira, o legitimado ordinário é excluído do polo processual, atuando em juízo somente o legitimado extraordinário. No segundo caso, a participação de ambos legitimados na relação processual é permitida, como na hipótese de litisconsórcio facultativo.

Grande parte da doutrina entende que legitimidade extraordinária é sinônimo de substituição processual. Todavia, vale salientar a distinção explicada por Barbosa Moreira: “(...) a denominação

⁷ THEODORO JR., Humberto. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

⁸ Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva: só nesses casos, com efeito, é que a lei na verdade substitui o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário”.⁹

Não se confunde, ainda, o instituto da substituição processual com o da representação processual, como ocorre nos casos de mandatário no contrato de mandato, onde o legitimado para participar na relação processual defende direito alheio, em nome alheio. Cabe diferenciar as consequências dos institutos processuais mencionados, nas sábias palavras de Carnelutti:

(...) o representante atua no interesse do representado, já que é este interesse, e não o seu pessoal, o que lhe impulsiona a atuar; por isso se diz que atua *nomine alieno*, enquanto o substituto atua em interesse próprio, já que é um interesse seu, o que lhe impulsiona a provocar a tutela do interesse do substituído. Desta diferença fundamental depende o tratamento diferenciado da representação e da substituição, em matéria de responsabilidade das partes; enquanto o representante que sucumbir na demanda não suportará as custas a não ser em casos excepcionais, o substituto, que atua por sua própria conta, sofre todos os riscos da ação.¹⁰

Por derradeiro, necessário expor, ainda, a existência da sucessão processual, a qual não se confunde com os mencionados institutos, e se constitui em uma permuta dos sujeitos processuais, podendo ocorrer no em razão do falecimento de um dos demandantes (art. 43, CPC), da nomeação à autoria (arts. 62 e 63, CPC) ou da alienação da coisa em litígio (art. 42, CPC).

3.3 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido seja talvez a condição da ação mais debatida entre os doutrinadores e operadores do direito, tendo início sua polêmica pelo simples fato de constar em apenas um dos dois artigos que apontam as condicionantes (arts. 3º e 267, VI, do CPC).

Fato muito importante a ser lembrado é que Liebman, a partir da terceira edição de sua obra *Manuale di diritto processuale civile* de 1973, observando a entrada em vigor da Lei nº 898/70, que pôs fim à proibição do divórcio na Itália, excluiu das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, uma vez que o único exemplo utilizado pelo doutrinador era o pedido de rompimento matrimonial.

Com efeito, segundo os ensaios realizados, haveria possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor estivesse permitida ou não proibida pelo ordenamento jurídico; logo, pedido juridicamente impossível seria o relacionado à pretensão expressamente obstada pela legislação.

Nesse sentido, atesta Arruda Alvim: “entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material”.¹¹

Entretanto, relevante frisar que a admissibilidade ou não de certa providência, muitas vezes, não está intimamente ligada ao pedido, mas em outros elementos da ação, a exemplo da cobrança de dívida de jogo de azar.

Vislumbra-se que a pretensão em abstrato é perfeitamente possível de acordo com o direito brasileiro, qual seja a condenação do réu ao adimplemento de quantia certa em dinheiro. Todavia, a dívida de jogo de azar, causa de pedir do autor, é expressamente proibida pela ordem legal.

Por esse motivo, Nelson e Rosa Nery explicam: “deve entender-se o termo pedido não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas sim conjugado com a causa de pedir”.¹² Ademais,

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v 39, 1985, p. 12.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. II, p. 72

¹¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 58.

¹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 672.

apontando a incontestável proximidade entre a possibilidade jurídica do pedido e o mérito da causa, Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros lecionam:

Constitui erro grosseiro argumentar que o pedido do autor é juridicamente impossível porque o direito material não o ampara. Repita-se, para evitar dúvidas: se o direito não ampara a pretensão, o caso é de improcedência; se o ordenamento jurídico veda a discussão do pedido no plano processual, o caso é de impossibilidade jurídica do pedido.¹³

Nítido, portanto, que a análise da possibilidade jurídica do pedido deve estar intimamente atrelada à causa de pedir, vez que em determinados casos o exame não será concernente ao requisito de admissibilidade da demanda, mas em efetivo julgamento de mérito.

Muito embora exista esta tênue linha diferenciando a apreciação da condição da ação em comento, exaustivamente explicada pela doutrina majoritária, é sabido que, na jurisprudência, é prática cotidiana a extinção da lide em razão do pedido não ser “admitido na norma positivada”.

4. As condições da ação e o Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor a partir de março de 2016, apresenta significativas mudanças no ordenamento processual, visando, precipuamente, reforçar as garantias constitucionais do processo, tais como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a impessoalidade, a celeridade, a moralidade e a transparência nas decisões.

Com efeito, as condições da ação também foram alvos das alterações aplicadas, a começar pelo fato de que nem mesmo se apresentam com tal nomenclatura no novo diploma legal.

Outrossim, após aproximadamente meio século de utilização da teoria eclética para verificação das condicionantes, aguardava-se que o novo instrumento processual trouxesse novidades a fim de evitar as críticas ofertadas à tese em questão, além de outras questões de extrema importância para a nova sistemática processual.

4.1 A extirpação da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação

Como exposto alhures, a possibilidade jurídica do pedido analisada como condição da ação talvez seja a polêmica mais debatida entre os doutrinadores e operadores do direito. Até mesmo Liebman, após a liberação do divórcio na Itália, já entendia como superada sua tese no que corresponde a esta condicionante.

Seguindo tal entendimento, o Novo Código de Processo Civil eliminou do rol das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, uma vez que, normalmente, a análise de tal possibilidade ou impossibilidade confunde-se com o exame de mérito da causa, culminando em um julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

Dessa forma, estatui o inciso VI, do artigo 485, do novo diploma legal que o processo será extinto sem julgamento de mérito quando o juiz “verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

Nota-se, inicialmente, que o legislador optou por não mencionar o termo “condições da ação”, como o fez no atual código e, ainda, excluiu dentre as condicionantes a possibilidade jurídica do pedido.

Logo, objetivando colocar fim à controvérsia amplamente discutida há quarenta anos, a possibilidade jurídica do pedido será objeto de apreciação de mérito, que resultará em julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

Em decorrência da supressão relatada e, obviamente, por coerência técnica, a impossibilidade jurídica do pedido também não mais será causa para inépcia da petição inicial,

¹³ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122.

simplesmente desaparecendo no texto normativo. Também não poderá mais ser argüida como matéria preliminar pelo réu em sede contestatória (art. 337, inc. XI, NCPC).

Destarte, cumpre salientar que tal alteração é substancial e, em muito, colabora para a sistemática processual, evidentemente pelo fato de que o julgamento comportará a resolução do mérito, impedindo que o demandante acione novamente o judiciário pelo mesmo pedido ou causa de pedir, garantindo, assim, a formação da coisa julgada em casos que, atualmente, seriam extintos sem resolução de mérito.

4.2 Da expressa necessidade de correção do vício para repositura da ação

Dispõe a sistemática processual que o julgamento por carência da ação enseja uma sentença terminativa, ou seja, não apreciadora do mérito da causa e, portanto, não formadora da coisa julgada material. Com efeito, tal decisão, nos termos do artigo 268, do Código de Processo Civil atual, permite que o autor repropunha a ação quando extinta a lide sem resolução do mérito por carência da ação.

O dispositivo legal em comento é alvo de inúmeras críticas pelos operadores do direito, que não medem esforços no sentido de atestarem a possibilidade de repositura da ação desde que o vício seja sanado.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a doutrina predominante, passou a se posicionar no sentido de impedir que o autor trouxesse ao crivo do judiciário, demanda igual à julgada extinta por ausência das condicionantes da ação.

Seguindo esta linha de raciocínio, o legislador, sabiamente, preferiu deixar expressa, no novo Código de Processo Civil, a obrigatoriedade de sanar o vício antes de ajuizar novamente a ação, conforme se verifica do artigo 486, *caput* e §1º:

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§1º. No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

Ademais, objetivando valorizar a economia processual, a instrumentalidade das formas e a adaptabilidade do procedimento, a tendência reformista que inspirou o novo diploma processual, também elucidou a possibilidade de correção de eventuais erros no curso do processo.

Assim, preceitua o artigo 317 do novo Código de Processo Civil que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”, evitando, nos casos de ausência de legitimidade e interesse processual, a extinção da lide sem julgamento de mérito, desde que sanados os equívocos.

4.3 Críticas pontuais acerca da aplicabilidade das condições da ação no NCPC

Muito embora o novo Código de Processo Civil tenha sido recebido com louvor por grande parte dos protagonistas do direito, algumas críticas merecem destaque e, indubitavelmente, serão objeto de discussão no universo jurídico.

De início, verifica-se que o legislador não apontou expressamente o momento processual oportuno para apreciação das condições da ação: se a qualquer tempo, seguindo a teoria eclética de Liebman ou somente se baseando na narrativa ofertada pelo autor na petição inicial, acompanhando a teoria italiana da asserção ou *prospettazione* (prospecção).

Sem sombra de dúvidas, aguardava-se que o *novel* texto legal prestigiasse a teoria mais utilizada pela doutrina e jurisprudência, qual seja a teoria da asserção, pela qual o juiz analisaria as condições da ação embasando-se nas afirmações feitas pelo demandante.

Nessa seara, ainda na fase de discussão acerca do projeto legislativo, já pronunciavam Marinoni e Mitidiero:

Como durante muito tempo se discutiu esse tema e o Código vigente veio, por assim dizer, para pacificá-lo, não basta a simples supressão do inciso VI do art. 467. O mais conveniente é que se explicita no art. 469 que o exame da legitimidade para a causa e do interesse processual implicam resolução de mérito e verdadeira improcedência do pedido.¹⁴

Todavia, não obstante a omissão legislativa, acredita-se que os operadores do direito, especialmente os magistrados, permanecerão utilizando a teoria da asserção para condução e fundamentação das decisões.

Outra questão a ser discutida diz respeito à eliminação da possibilidade de alteração ou adição da causa de pedir e do pedido, após o saneamento do processo.

Os artigos 264 e 294 do atual Código de Processo Civil preveem que a modificação da causa de pedir e do pedido pode ocorrer até a citação do réu, oportunidade em que não se exige o consentimento do demandado, ou após sua citação, sendo necessário o consentimento do demandado.

Note-se que em ambos os casos, a alteração dos elementos objetivos não deve ultrapassar o instante de saneamento da lide. Vale salientar que vários doutrinadores já criticavam essa sistemática, antes mesmo de iniciar as discussões acerca da elaboração do novo Código de Processo Civil, dentre eles Marinoni e Mitidiero:

O objetivo da modificação é patrocinar maior racionalização da tutela jurisdicional, permitindo a composição dos litígios com maior economia processual e em conformidade com o objetivo daquele que buscou a tutela jurisdicional, evitando-se dispêndio inútil da atividade do Estado e eventual ajuizamento de outras demandas.¹⁵

Imperioso frisar, ainda, que o próprio texto do Anteprojeto previa uma maior elasticidade processual, nos termos em que dispunha o artigo 314:

O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar.

Entretanto, apesar das críticas apresentadas à impossibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido após o saneamento do processo, o legislador optou por manter a restrição, impedindo que, após delimitadas as questões iniciais, fossem alterados os elementos objetivos da demanda em momento anterior à prolação da sentença.

Por derradeiro, questão salutar e periclitante no universo jurídico tem sido o embate entre os operadores do direito acerca da manutenção das condicionantes da ação ou não no novo Código de Processo Civil.

Aproveitando-se do fato de não mais haver menção expressa do termo “condições da ação” no novo diploma processual civil, alguns doutrinadores estão procurando elencar a legitimidade “ad causam” e o interesse processual como pressupostos de validade do processo, e não mais como condicionantes do efetivo exercício do direito de ação.

Defensor efusivo de tal corrente, Fredie Didier Jr. explica que o interesse estaria inserido no pressuposto de validade objetivo intrínseco, enquanto que a legitimidade seria pressuposto de validade subjetivo relativo às partes, prelecionando:

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 126-127.

¹⁵ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 114-115

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade objetivo intrínseco; legitimidade como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.

A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos.¹⁶

Doutro lado, parte da doutrina, discordante do asseverado por Fredie Didier Jr., aduz que o novo Código de Processo Civil, em momento algum, equipara a legitimidade e o interesse processual à categoria de pressupostos processuais.

Ademais, fundamentam sua defesa no fato de que o próprio novo diploma distingue as categorias, ao dispor nos incisos IV e VI do artigo 485, respectivamente, que o juiz não resolverá o mérito da causa quando “verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, ou quando “verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

Por fim, assevera, ainda, essa vertente que acaso a teoria da asserção continue a ser aplicada, não haveria como conciliar a falta de pressupostos processuais com a análise de mérito.

De todo o exposto, cumpre consignar que somente o tempo dirá em qual categoria estão elencados a legitimidade e o interesse processual, cabendo aos magistrados a apreciação de tais elementos da forma mais útil e eficiente ao processo, buscando sempre conduzir o processamento da demanda de acordo com os ditames constitucionais atinentes à matéria.

5. Conclusões

O direito processual civil vem passando, principalmente ao longo dos últimos dez anos, por reformas apontadas como cruciais para o bom desenvolvimento do processo, em obediência, principalmente, aos princípios do devido processo legal, da razoável duração da demanda, da efetividade do provimento jurisprudencial, da economicidade e da celeridade processual.

Visualiza-se, assim, que o legislador, seguindo tal tendência reformista, buscou em alguns pontos enquadrar a prática forense ao direito positivo, facilitando o entendimento e adequando as decisões dos Tribunais à norma.

Todavia, restou evidente que o legislador não ousou ao ponto de determinar expressamente a teoria da asserção como forma de apreciação das condicionantes da ação legitimidade e interesse processual, ao passo que, numa análise perfunctória do novo diploma legal, percebe-se a manutenção da teoria eclética, possibilitando a permanência de indevidos julgados sem resolução de mérito.

Dessa forma, não restam dúvidas de que os Tribunais continuarão julgando, quando cabível, de acordo com a teoria da prospecção, contrariando a norma positivada, que induz o operador do direito a instrumentalizar a lide de acordo com a teoria de Liebman. Infelizmente, essa foi a opção legislativa, opondo-se a um posicionamento já consolidado na jurisprudência.

Indubitavelmente, essa realidade não é a ideal para o sistema do direito positivo brasileiro, uma vez que as normas válidas devem ser observadas pela sociedade, sendo atentatório e temerário ao Estado de Direito a não observância das leis.

Outra questão apontada como negativa por grande parte da doutrina é a impossibilidade de modificação da causa de pedir e do pedido após o saneamento do processo, fundamentada a crítica na obstrução da dinamicidade natural dos elementos objetivos da demanda, potencializando a ineficiência processual.

Doutro lado, em termos positivos, importante salientar dois aspectos: a eliminação da possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação, passando a situá-la como matéria de

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC**. In: Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. 2. ed., Salvador: JusPodvim, 2012.

mérito e, conseqüentemente, submetendo-a a formação da coisa julgada material; e a expressa necessidade de correção dos vícios preliminares para repropositura da demanda extinta por carência da ação, em homenagem, especialmente, à economia processual e a adaptabilidade do procedimento.

Em última análise, resta clarividente que apenas o tempo demonstrará se a legitimidade “ad causam” e o interesse processual permanecerão na categoria das condições da ação ou se, conforme insistentemente vem prelecionando Didier, passarão ao rol dos pressupostos processuais de validade, ressaltando-se que todo entendimento doutrinário e jurisprudencial deve ser embasado nas normas e garantias fundamentais tuteladas pela Magna Carta.

6. Referências

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, v. II, 2000.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR, Fredie. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC**. In: Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos, 2 ed. Salvador: JusPodvm, 2012.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2006.