

**CARÊNCIA DE AÇÃO OU DE DIREITO? A BUSCA POR UMA RESPOSTA
JURISDICIONAL ADEQUADA**

Adriana Buchmann¹

RESUMO

O presente artigo intenciona desmistificar o conceito “condições da ação”, que foram criadas visando cercear o manejo irresponsável do direito de ação por aqueles que não detêm o direito material. Contudo, o evoluir da ciência jurídica veio a demonstrar que o reconhecimento do não preenchimento de alguma das condições da ação reflete, em verdade, a improcedência macroscópica do pedido. Contraditoriamente, a sentença de carência de ação gera coisa julgada meramente formal, diante de uma ausência de direito subjetivo mais manifesta do que nas demais situações julgadas improcedentes pelo Judiciário. Assim, diante desse cenário, exsurtem construções teóricas que visam contornar os inconvenientes da teoria eclética, a exemplo do julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de dilação probatória.

Palavras-chave: Condições da ação. Direito de ação. Coisa julgada formal. Julgamento antecipado do mérito. Coisa julgada material.

1 INTRODUÇÃO

Não obstante a essencialidade do termo para o estudo do processo civil, a “ação” persiste enquanto um conceito polissêmico, sobre o qual recaem diversas teorias doutrinárias que não atingem um consenso entre si.

Dentre as variadas construções teóricas elaboradas, a que mais perceptivelmente enraizou-se na cultura jurídica brasileira foi a eclética, cuja denominação se deve ao apreço concomitante a aspectos isolados da teoria concreta e da teoria abstrata.

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Com o intuito de resguardar a ação de autores não respaldados em direito material, Liebman criou condições para o seu exercício, limitando uma análise do mérito ao preenchimento delas.

A adoção da teoria eclética pelo Código de Processo Civil pátrio e sua consequente aderência ao cotidiano forense produziram, contudo, um substrato diferente daquele aguardado, isto é, a maturidade da doutrina e da jurisprudência acabou revelando – e comprovando – que as condições da ação são indissociáveis do mérito, na medida em que legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir relacionam-se não apenas com os elementos identificadores da ação, mas também com os requisitos de validade do negócio jurídico – elementos identificadores do direito material, portanto.

Assim, uma vez que a análise das condições da ação implica imprescindível exame da relação jurídica de direito material submetida ao crivo do Poder Judiciário e, principalmente, que o reconhecimento do não preenchimento das referidas condições mascara, em verdade, uma macroscópica improcedência da ação, exsurge a necessidade de uma readequação categórica, com vistas a contornar as inconsistências que a adoção dessa complexa teoria gera ao sistema jurídico.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS DA AÇÃO

Diversas foram as teorias desenvolvidas ambicionando explicar o fenômeno da ação; e a primeira delas, denominada imanentista, a compreendia dentro do mesmo plano do direito material (ALVIM, 2001), isto é, a cada direito substancial corresponderia uma ação, imanente a ele.

Esse caráter monista entre direito e ação possuía como um de seus mais importantes adeptos Carl von Savigny, para quem a ação seria uma variação morfológica adquirida pelo direito subjetivo quando instaurado um litígio. Para ele, o direito revestia-se de dois aspectos: um estático e outro dinâmico, de modo que a ação se definiria como o direito estático posto em movimento.

Em que pese essa teoria clássica, oriunda do direito romano, ter atingido unanimidade durante prolongado tempo, veio a ser questionada no século XIX, através do célebre embate travado entre os juristas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther

(LAMY; RODRIGUES, 2010), o qual logrou o êxito de dissociar o direito material do direito de ação.

Windscheid, em um primeiro momento, sustentou que a compreensão de ação no direito romano destoava da então pregada; vindo Muther a lhe responder, em ensaio publicado, que a ação, em verdade, consistia em direito à tutela jurídica em face do Estado, não se confundindo com o direito material, na medida em que qualquer cidadão poderia ingressar em juízo, ainda que não houvesse qualquer lesão a direito material do qual fosse titular.

Em sua réplica, Windscheid reiterou suas ideias primeiramente defendidas, sem, contudo, descartar as contribuições de Muther, vindo tal debate a consagrar a distinção entre o direito material e o direito de ação, premissa adotada por todas as teorias dualistas posteriores.

Um exemplo dessas é a teoria concreta da ação, também denominada privada, de acordo com a qual só seria detentor do direito de ação aquele que também o fosse do direito material. O direito de ação processual importaria no direito de se obter em juízo uma sentença favorável, logo, caso a decisão final fosse de improcedência do pleito, não teria havido direito de ação desde o início (SAMPIETRO, 2009).

Tal teoria foi elaborada por Adolf Wach e desenvolvida por Giuseppe Chiovenda (2002), que agregou a ela o elemento potestatividade, considerando que o direito à tutela jurídica seria dirigido também contra o adversário, em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei, o qual estaria sujeito a esta. Ao ver do autor italiano: “ação e obrigação são, por conseqüência, dois direitos subjetivos distintos, que somente juntos e unidos preenchem plenamente a vontade concreta da lei” (CHIOVENDA, 2002, p. 42).

Em que pese a teoria abstrata da ação ter sido concebida preteritamente à concreta, veio a tomar forma e notoriedade somente com a constatação da insuficiência desta segunda (CÂMARA, 2008), visto que a primeira reconhece a desvinculação do direito de ação face ao direito material em tão elevado grau de abstração e independência que, mesmo que a sentença venha a negar o direito do autor, terá ocorrido exercício do direito de ação. Isso porque, para a teoria abstrata – também conhecida como pública –, a invocação autoral de um interesse abstratamente tutelado pelo ordenamento jurídico é o que basta para caracterizar o exercício do direito de ação.

Os batizadores dessa vertente teórica foram Degenkolb e Plósz, sendo este último o responsável por inculcar no conceito de ação a boa-fé, isto é, apenas existirá ação se o autor que postula estiver de boa-fé.

Lodovico Mortara (*apud* LUCCA, 2010), mais tarde, irá extirpar esse elemento “boa-fé” da ação, sustentado que esta consiste no “direito de exigir a intervenção jurisdicional para resolver um conflito”, ou seja, independentemente da titularidade do direito material, bastando a alegação do autor, ainda que este esteja de má-fé.

Algumas décadas mais tarde, Eduardo Couture iria enriquecer o conceito abstrato de ação, definindo-a como “o poder jurídico que tem todo sujeito de direitos, de procurar os órgãos jurisdicionais para reivindicar a satisfação de uma pretensão” (*apud* LUCCA, 2010, p. 73).

Logo, percebe-se uma inegável aproximação entre o direito de ação abstrato e o direito de petição, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Por fim, impende registrar a diferenciação entre ação material e ação processual realizada por Pontes de Miranda (1972), que tem em Ovídio A. Baptista da Silva (2008) um expoente defensor.

De acordo com a lição de Pontes, da oposição do direito subjetivo – entendido como titularidade de um direito objetivo –, pela transgressão da norma, nasce, em um primeiro momento, a pretensão, que consiste na exigibilidade do direito; e, se esta não for satisfeita espontaneamente pelo obrigado, originará a ação, traduzida no exercício de atividade para a satisfação dessa pretensão. O direito subjetivo e a pretensão não se confundem com a ação, vindo esta a se caracterizar pela combatividade. Para este autor, portanto, a pretensão contém a ação, que, por sua vez, é composta pelo binômio “exigência” e “atividade para a satisfação”. Essa atividade orientada à satisfação, contudo, não se confunde com a compreensão de ação enquanto remédio processual. Nas palavras do próprio Pontes de Miranda:

A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Esta diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da *res in iudicium deducta*. A ação não é direito à proteção judicial (MIRANDA, 1972, p. 48).

A ação em sua acepção material, portanto, não coincide com a acepção

processual, de ação direcionada contra o Estado-Juiz, visto que este, ao vedar a autotutela e ao concentrar o monopólio da força e da normatividade, chamou para si a responsabilidade de substituir a vontade das partes para conferir proteção e realização ao titular do direito violado.

Com o avanço civilizatório, a justiça privada tornou-se progressivamente desfavorável aos interesses da sociedade, passando a ser coibida pela maioria dos ordenamentos jurídicos. No pátrio, permanecem resquícios da autotutela em alguns institutos de direito material, a exemplo dos desforços necessários para a manutenção da posse.

Delineados os contornos do vocábulo “ação”, adotar-se-á, no desenvolvimento deste ensaio, sua conotação processual, isto é, voltada para a resolução do conflito no seio da Jurisdição, procedendo-se, após essa breve digressão histórica acerca de pontuais teorias doutrinárias, à análise da teoria eclética de Liebman, objeto central de pesquisa deste artigo.

2.1 Teoria eclética

Seguramente, entre as teorias da ação, a de maior relevância para o ordenamento jurídico pátrio consiste na desenvolvida por Enrico Tulio Liebman, adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 em decorrência da forte influência que o mestre italiano exerceu na escola paulista, na qual se encontrava Alfredo Buzaid, elaborador do anteprojeto do digesto.

Segundo a teoria de Liebman, a ação consistiria no direito a uma sentença de mérito, independentemente da existência de direito material. Entrementes, em que pese essa autonomia diante do direito material, não se trata de um direito de ação irrestrito e potestativo, visto que o seu regular exercício não prescinde da presença de uma categoria estranha, concomitantemente, ao mérito da causa e aos pressupostos processuais, à qual o autor atribuiu a denominação “condições da ação”.

Antes de adentrar a análise da teoria de Liebman propriamente dita, é interessante pontuar qual seria a acepção do termo “mérito”, dado que ele participa da definição de ação, consoante anunciado alhures.

Carnelutti identificava o mérito com a lide, ou seja, “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes” (CARNELUTTI, 2000, p. 29), ideia esta que

veio a ser arduamente refutada por Calamandrei, para quem tal raciocínio representava um retrocesso à publicização do processo. Ademais, a ausência de uma lide não impediria o exercício jurisdicional, de modo que, segundo Calamandrei, o juiz não estaria julgando a lide em si, mas tão somente a parcela dela a ele apresentada através da pretensão formulada (LUCCA, 2010).

Logo, a teoria eclética da ação deve seu nome à peculiaridade de prestigiar, simultaneamente, elementos tanto da teoria concreta, material e privada de Calamandrei, quanto da teoria abstrata, processual e pública de Carnelutti. A esse respeito, ensina Eduardo de Avelar Lamy:

Liebman formulou uma teoria da ação que a reconhecia como um direito localizado entre os pressupostos processuais e o mérito, estando vinculado ao direito material, ligando-se às idéias de Calamandrei, mas que, por outro lado, afirmava também ser a ação um direito público abstrato distinto do mérito da lide, conforme o pensamento de Carnelutti. (LAMY, 2011, p. 331).

Ao examinar a teoria do mestre italiano, Ovídio Baptista (2008) assinala que, segundo a concepção de Liebman, o direito de ação seria público e subjetivo, porquanto dirigido contra o Estado, mas simultaneamente exigiria a presença de certas condições, cuja aferição necessitaria dar-se casuisticamente.

As condições da ação consistem, pois, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo – correspondente às questões puramente formais (pressupostos processuais) – e o interno – representativo do mérito da causa (FABRÍCIO, 2003).

Liebman elenca, em um primeiro momento, três condições da ação – legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir –, que estariam diretamente relacionadas aos três elementos identificadores da ação – partes, pedido e causa de pedir –, os quais, por sua vez, coincidem com os requisitos de validade do negócio jurídico – capacidade, objeto lícito e forma prevista ou não defesa em lei (exegese do art. 104 do Código Civil).

Dentro do brilhantismo da teoria desenvolvida por Liebman, intuitivamente se afere uma lógica de filtros, o que significa dizer que as condições da ação consistiriam em uma ferramenta para afastar da apreciação do Judiciário demandas manifestamente inúteis ou inviáveis, que não merecessem sua atenção, nem seu despendimento de energia.

Todavia, maciças foram as críticas doutrinárias à classificação criada por

Liebman. A mais elucidativa delas, para se adentrar na problemática desse escrito, reside no fato de que, ao vincular a atividade jurisdicional ao julgamento do mérito do processo, Liebman estaria negando natureza jurisdicional ao provimento judicial que declara o autor carente de ação. Isto é: como afirmar que um autor que movimentou a máquina judiciária e, inclusive, obteve um provimento jurisdicional não teve ação?

Acerca dessa indagação, Ovídio Baptista chegou a afirmar que “certamente nem Liebman nem seus seguidores conseguem explicar a natureza da atividade em tais casos desenvolvida pelo juiz” (SILVA, 2000, p. 38).

Visando rebater tais críticas à sua teoria, Liebman realizou uma distinção entre o direito de ação *latu sensu*, caracterizado como um direito de demandar ao Poder Judiciário – hodiernamente reconhecido como acesso à justiça –, o qual seria incondicionado e encontrar-se-ia insculpido na Constituição; e um direito de ação *estricto sensu*, que corresponderia ao direito de ter o mérito solucionado uma vez que preenchidas as condições da ação, logo, um direito condicionado.

Majoritária doutrina, contudo, entoa que essa distinção não passaria de uma ficção jurídica, revelando unicamente a resistência de Liebman em aceitar que a todos é assegurado o direito de receber uma sentença de mérito para suas pretensões, independentemente da procedência ou não. Veja-se: “não se vê como distinguir o direito de demandar (art. 5º, inc. XXXV, da CF) do direito de ação (regulamentado pelo CPC). São coisa única. Afinal, se o juiz reconhece a carência de ação, extinguindo o processo, seria caso, na doutrina tradicional, de não-exercício da ação. Então, qual a natureza desse provimento? Não houve exercício de jurisdição?” (PEREIRA, 2008, p. 80).

De fato, a tentativa de desvinculação entre o direito de ação insculpido na Constituição Federal e aquele retratado no Código de Processo Civil parece consistir em uma frágil construção teórica. O direito de ação é um só, vindo toda a legislação infraconstitucional a tão somente conferir disciplinamentos detalhados acerca de seu exercício, assegurado pela Carta Magna.

O próprio Liebman, em determinado momento de sua obra, parece reconhecer que a análise das condições da ação está, em verdade, incidindo em juízo de mérito, quando preceitua que:

só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes (LIEBMAN, 1984, p. 147).

Logo, demonstra-se claramente que as condições da ação não dizem respeito ao direito de ação – abstrato –, mas sim ao direito material sobre o qual se pretende obter tutela jurisdicional (LAMY, 2011), e essa mesma conclusão pode ser alcançada pela análise detida de cada uma das condições da ação em apartado.

2.1.1 A possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido consiste em uma condição da ação cuja denominação é autoexplicativa, referindo-se à possibilidade jurídica de aquele pedido ser tutelado em tese, ou seja, se o ordenamento jurídico o contempla com proteção, ou não (DINAMARCO, 2005). Logo, se a consideração do pedido, ainda que hipoteticamente, já revela que ele não possui respaldo no ordenamento jurídico, macroscopicamente se está negando a procedência daquele pleito intentado pelo autor (FABRÍCIO, 2003).

Impende rememorar aqui a identificação entre o mérito da demanda e a pretensão formalizada, equiparada por inúmeros doutrinadores ao pedido. O próprio Liebman reconhece essa equivalência quando aduz que o “objeto de todo processo é o pedido de quem o promove” (LIEBMAN, 1980, p. 58). Portanto, se o mérito corresponde ao pedido, indissociável a conclusão de que, para o juiz proclamar impossível juridicamente um pleito, necessita, imprescindivelmente, analisar o mérito da demanda.

Todos os casos de pedido juridicamente impossível são, por consectário, idênticos ao julgamento de improcedência, pois todos os pedidos juridicamente impossíveis veiculam pretensões desprovidas de embasamento legal. A diferença reside, em verdade, em quão improcedente é o pedido juridicamente impossível.

Fredie Didier Jr. acredita que a impossibilidade jurídica do pedido consiste em hipótese de tão evidente ausência de direito que não só gera decisão com resolução de

mérito, como dá ensejo à improcedência liminar do pedido. Em que pese o art. 332 do Código de Processo Civil/2015 não contemplar tal hipótese, sustenta o autor baiano que tal construção pode se dar através de princípios, tais quais os princípios da eficiência, da celeridade processual e da boa-fé (DIDIER JR., 2015).

Cumprido salientar, por fim, que o Novo CPC/2015 deixou de elencar a possibilidade jurídica do pedido como uma das causas a ensejarem a extinção do feito sem resolução de mérito.

2.1.2 A legitimidade *ad causum*

A legitimidade da parte diz respeito à correspondência entre as partes processuais e as partes integrantes da relação jurídica de direito material. Na clássica lição de Liebman, seria a “pertinência subjetiva da ação” (LIEBMAN, 1984, p. 555-556).

Tal condição da ação é mencionada especificamente no art. 6º do Código de Processo Civil de 1973, que estabelece que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, congregando, assim, ambas modalidades de legitimidade: tanto a ordinária – aquela na qual existe uma coincidência entre o titular de direito material e o titular do direito de ação –, quanto a extraordinária – hipótese em que essa coincidência não se verifica mas que, por alguma razão, a lei outorga legitimidade para defender em nome próprio direito alheio.

Partindo-se do pressuposto de que, se toda vez que um juiz declara uma parte ilegítima, ele está dizendo que essa parte não possui uma relação jurídica material com a outra, então ressoa evidente que o juiz, indiretamente, afirma que não existe um direito substantivo que legitime a satisfação da pretensão do autor. E isso é, salvo melhor juízo, julgar o mérito.

2.1.3 O interesse de agir

Liebman conceitua o interesse de agir como “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido” (LIEBMAN, 1984, p.156).

Essa condição da ação diz respeito ao binômio necessidade/utilidade. Isso

quer dizer que só existe ação quando a prestação jurisdicional trouxer alguma utilidade ao demandante, além de ser necessária a intervenção da Jurisdição para a satisfação de sua pretensão.

O interesse de agir é tão abrangente que muitos doutrinadores sustentam que bastaria como única condição da ação. O próprio Liebman reconheceu que o pedido juridicamente impossível é, também, uma falta de interesse de agir. A ilegitimidade *ad causam* poderia, igualmente, ser recepcionada pelo interesse, na medida em que não só o autor “ilegítimo” careceria de interesse, como, igualmente, o réu “ilegítimo” retiraria o interesse de agir do autor “legítimo”. Afinal, qual é o interesse daquele que pede algo de quem não é parte da relação jurídica material que fundamenta a demanda?

Admitindo-se que a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade *ad causam* estariam compreendidas na vasta abrangência do interesse de agir, a análise deste, por desdobramento lógico, importaria na análise daquelas, as quais, consoante demonstrado alhures, insofismavelmente induzem o exame do direito material supostamente violado ou na imanência de o ser.

Outrossim, pela própria natureza do interesse de agir deve-se operar a improcedência do pedido, eis que, se a satisfação de uma pretensão não traz benefício algum ao autor, o Estado deve julgar essa pretensão improcedente, não cabendo a tutela. Se o direito ainda não é exigível, então a pretensão é infundada e, via de consequência, improcedente.

Observe-se, contudo, que em nenhum momento o Estado se recusa a prestar a atividade jurisdicional. Ele o faz, mas o faz para dizer que o direito do autor não foi violado e, por isso, não satisfará a sua pretensão.

Destaque-se aqui que, caso esse hipotético direito do autor venha a ser efetivamente violado em um momento posterior, a improcedência contra si decretada na sentença por carência de ação – que, nos termos aqui defendidos, atuaria com a formação de coisa julgada material – não viria a lhe causar qualquer prejuízo. Isso porque, no momento do ajuizamento da nova ação para tutela desse direito, o contexto fático terá se alterado, isto é, uma vez que a violação realmente tenha ocorrido, a causa de pedir será diversa, dotando a ação então proposta de originalidade. Em outras palavras: a segunda ação será apenas semelhante à primeira – transitada em julgado –, visto que, por possuir um dos elementos identificadores distintos daquela, tratar-se-á de ação nova (LAMY, 2011).

Convém consignar, ainda, que, além da utilidade e necessidade do pronunciamento jurisdicional, há quem também acrescente a “adequação procedimental” como elemento necessário à configuração do interesse de agir.

Todavia, fortes críticas doutrinárias se fazem a esse respeito, visto que a inadequação do procedimento muitas vezes é resultante do seu contrário, isto é, o excesso de interesse faz com que aquele autor adote meio equivocado na busca por maior celeridade na obtenção de resultados.

No mais, o próprio legislador haveria distinguido a adequação do procedimento do interesse de agir, uma vez que dedicou diferentes incisos a eles no art. 295 do Código de Processo Civil de 1973, impondo a correção do procedimento quando isso puder ser realizado.

Cumprе salientar, por fim, que o próprio Estado-Juiz detém um interesse de agir na demanda a ele apresentada, qual seja, a pacificação social, que é umbilicalmente relacionada à estabilidade das relações jurídicas, incluindo aí as processuais, de modo que, para o atingimento desses escopos, demonstra-se demasiadamente preferível o acobertamento das situações expostas pela coisa julgada material.

3 NATUREZA DA SENTENÇA DE CARÊNCIA DE AÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 consagrou as condições da ação, disseminando-as no cotidiano forense brasileiro e atribuindo à hipótese de ausência de qualquer uma delas a consequência de extinção do feito sem a resolução do mérito (inc. VI do art. 267).

O digesto instrumental de 2015, por sua vez, não realiza em momento algum menção à categoria “condições da ação” ou à expressão “carência de ação”, dando ensejo à interpretação de que o silêncio do legislador seria eloquente, ou seja, intencional (DIDIER JR., 2015).

Entrementes a omissão do termo seja aplaudida como um avanço por majoritária doutrina, a permanência da imputação normativa prevendo a extinção do processo sem resolução do mérito, quando constatada a ausência da “legitimidade ou de interesse processual”, vem a revelar um apego à tradição jurídica nacional, apego esse que, aos olhos

deste ensaio, não se justifica ante as inconsistências inerentes à utilização de tão complexo aporte teórico.

É necessário pontuar as consequências dessa opção legislativa, que faz com que as decisões que reconheçam a inexistência de relação jurídica de direito material entre as partes ou, ainda, a macroscópica ausência de amparo legal ao pedido efetuado não sejam acobertadas pelo manto da coisa julgada material, mas tão somente pela formal, o que, por sua vez, deságua em uma indefinição *ad aeternum* para aquela situação jurídica.

A extinção do processo sem o julgamento do mérito por carência de ação, contudo, é uma ficção, visto que, consoante demonstrado nos tópicos antecedentes, todas as três condições da ação implicam análise do mérito. Não obstante esse exame ocorrer, a improcedência do pleito, nesses casos, é tão manifesta que não demanda maiores digressões, vindo o magistrado a rapidamente dela se convencer, sem necessitar de dilação probatória.

Ademais, ainda que se queira prestigiar a construção teórica de Liebman, mantendo-a incorporada à prática forense, há de se reconhecer que, nos termos propostos pelos atuais diplomas processuais, ela irrefutavelmente falha em atingir o fim a que se propõe.

Para que as condições da ação desempenhem seu papel de “filtro” a impedir a atividade inútil da máquina judiciária, é imperioso que não se aceite demanda idêntica à que foi extinta por carência de ação.

Isso porque a aceitação da repositura indefinida de tais ações conduziria, inexoravelmente, à insegurança jurídica das relações, importando, ainda, admitir o descrédito do Judiciário, visto que este estaria obrigado a aceitar reiteradas demandas idênticas às por ele já examinadas.

A este respeito, Eduardo de Avelar Lamy (2011, p. 332) defende que:

Um feito extinto por falta de condição da ação só pode ser re-proposto desde que corrigido o defeito pré-existente (CPC, art. 268). Isto significa que a mesma ação não pode ser re-proposta. Apenas uma outra ação poderia ser proposta (portanto não re-proposta), desde que houvesse modificação das partes, do pedido ou da causa de pedir, elementos esses que distinguem as ações (CPC, art. 301).

Logo, diante do caráter definitivo criado para aquela situação, configura-se um estado de todo semelhante ao da coisa julgada material, já tendo o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, a reconhecido (BRASIL, 2000).

Fredie Didier Jr. (2015, p. 213), ao analisar esse cenário, tece sua crítica afirmando que: “costuma-se dizer que a técnica das condições da ação tem por fundamento a economia processual, evitando que um processo inviável se prolongue à toa. A técnica é utilizada, porém, de forma equivocada, pois não se confere a tais decisões a imutabilidade da coisa julgada material”.

Portanto, é logicamente dedutível que, apenas se fossem tais decisões acobertadas pela coisa julgada material, estaria salvaguardado o fim almejado com o manejo das condições da ação. Afinal, de que adianta evitar que o processo se prolongue à toa se não se impede que ele seja novamente proposto?

Por não encontrar resposta a esse questionamento é que Luiz Guilherme Marinoni arremata: “o princípio da economia processual nada ganha com a teoria eclética” (MARINONI, 2001, p. 212).

4 RESPOSTA JURISDICIONAL ADEQUADA

Uma vez diagnosticado esse panorama de deflagrada disfuncionalidade da permanência das condições da ação no ordenamento jurídico pátrio, resta perquirir acerca das possíveis rotas de fuga aos seus efeitos deletérios: instabilidade, insegurança e ineficácia.

A primeira delas e, hodiernamente, a mais disseminada nos tribunais, consiste na teoria da asserção, concebida por Kazuo Watanabe, segundo a qual as condições da ação seriam aferidas no momento da propositura da inicial, dando-se amplo crédito a todo o asseverado pelo autor e à revelia do réu, cuja manifestação é desconsiderada.

Se do alegado pelo autor decorrer a plausibilidade da proteção invocada, presentes estarão as condições, procedendo-se à instrução processual e à dilação probatória, a partir das quais as análises referentes aos elementos identificadores da ação passarão a ser admitidas enquanto mérito e, por consectário, a resultar em decisões de procedência ou de improcedência.

Trata-se, novamente, de uma ficção jurídica, na medida em que adota o momento processual como critério definidor para a caracterização da natureza jurídica daquela questão, como se ela fosse ter sua essência convertida pela incidência cronológica do processo (LAMY, 2011). Não obstante, comporta com tolerância o seguinte improprio: o

autor que minta na exordial é privilegiado em detrimento do que seja fidedigno com a verdade, desprestigiando o princípio da boa-fé e contrariando a máxima jurídica de que “ninguém se beneficiará de sua própria torpeza”.

Elencadas as razões pelas quais o presente estudo, *data maxima venia*, rejeita a teoria da asserção, passa-se à elucidação de uma rota que, assim como ela, visa mitigar os inconvenientes gerados pela adoção da teoria eclética pelo nosso ordenamento processual civil.

Tal via encontra-se assentada no inciso I do art. 330 do digesto de 1973 e reproduzida no inciso I do art. 355 do novel *codex*, isto é: o julgamento antecipado do mérito.

Consoante se sabe, o julgamento antecipado do mérito consiste em uma das formas de julgamento conforme o estado do processo, comportando, como uma das circunstâncias autorizadas da abreviação do procedimento, a desnecessidade da produção de mais provas.

Em absolutamente todos os casos de ilegitimidade ou de ausência de interesse de agir – as condições da ação remanescentes no atual diploma –, a dilação probatória é dispensável, porquanto a pretensão intentada pelo autor é tão manifestamente improcedente que não demanda maior profundidade, nem tampouco justifica o prosseguimento do processo e o consumo de energia e tempo da máquina estatal.

Logo, deparando-se o juiz com situação em que, classicamente, pronunciaria a carência de ação, extinguindo o feito sem a resolução do mérito e, por consectário, sem a emanção dos efeitos da imutabilidade e da indiscutibilidade – os quais são exclusivos à coisa julgada material –, pode ele optar por, ao seu invés, proceder ao julgamento antecipado do mérito, por justamente reconhecer de plano a inexistência de relação jurídica de direito material entre as partes – ilegitimidade –, ou, ainda, por não aferir violação a direito a ensejar tutela jurisdicional – interesse de agir.

Atuando desse modo, consegue o magistrado superar os inconvenientes da precariedade jurídica que envolve uma decisão que declara a ausência das condições da ação. Mais, admite ele ter realizado exame de mérito, em cognição exauriente e dotada de profundidade.

Destaque-se, nesse vértice, que o encurtamento do procedimento aliado à dispensa da dilação probatória não maculam tal profundidade de cognição, visto que, assim

como em um mandado de segurança, a prova documental juntada aos autos até aquele momento já é suficiente para o sentenciamento de mérito.

Em cenário diverso, pode ainda acontecer de as informações prestadas na vestibular pelo próprio autor revelarem o estrangulamento das possibilidades daquela demanda prosperar, autorizando o magistrado a proceder o julgamento antecipado do mérito.

Ambas as situações possuem contornos bastante nítidos de improcedência do pedido, não sendo razoável, pois, destinar equacionamento distinto deste a elas, sob pena de eternizar conflitos aos quais, mesmo após findos, o Código de Processo Civil oportuniza a possibilidade de infinitas reposituras.

5 CONCLUSÕES

Diante do diagnóstico inofismável de falência das condições da ação no atingimento do escopo de eliminar do Judiciário a apreciação de demandas desprovidas de potencial viabilidade, não se encontra razão plausível a justificar a manutenção de tão demasiada complexidade teórica inserida no ordenamento processual civil. Entrementes, em virtude do enraizado apego à tradição, isso se perpetua no novel Código de Processo Civil, que, embora suprima os termos “condições da ação” e “carência de ação”, permanece imputando às decisões judiciais que reconhecem a ilegitimidade ou a falta de interesse de agir a coisa julgada meramente formal, ou seja, desacompanhada dos atributos da indiscutibilidade e da imutabilidade, tão caros à estabilidade e à segurança das relações jurídicas.

Defronte a esse quadro sintomático, em que doutrina e jurisprudência já majoritariamente reconhecem que a análise das condições importa em exame de mérito e que a sentença de carência de ação corresponde a uma manifesta improcedência do pedido, resta investigar meios processuais aptos a sanar essas iniquidades, também processuais.

É nesse terreno fértil que teorias paliativas passam a ser desenvolvidas, como a da asserção, que, apesar de também se pautar em uma ficção jurídica, colhe os louros de contornar os inconvenientes gerados pela teoria eclética, razão responsável pela sua vasta disseminação nos tribunais pátrios.

Não obstante o reconhecimento de sua engenhosidade, a refutabilidade do critério por ela eleito como definidor da natureza da questão impede sua completa absorção

pelo ordenamento jurídico, ensejando espaço para novos esboços, entre os quais se apresenta o presente, que se propõe a delinear uma saída a esse estrangulamento de direitos materiais resultante da incorreta manipulação das condições da ação por meio do julgamento antecipado de mérito.

Trata-se de uma ferramenta que, através do encurtamento do procedimento por desnecessidade de dilação probatória, se revela apta a definir uma situação de flagrante ausência de titularidade de relação jurídica de direito material ou, ainda, de inexigibilidade desse direito a justificar a movimentação jurisdicional, sem falsear a natureza e profundidade dessa cognição, isto é, o reconhecimento da análise de mérito e da consectária formação de coisa julgada material.

LACK OF ACTION OR LAW? THE SEARCH FOR AN ADEQUATE JURISDICTIONAL ANSWER

Adriana Buchmann

ABSTRACT

The current article intends demystifying the concept “action’s conditions”, which were created aiming filter and scrimp the irresponsible management of right of action by those who do not have the material right. However, the evolution of legal science came to demonstrate that recognition of non-fulfillment of some of action’s conditions reflects, in true, the dismissal macroscopic from the request. Contradictorily, the sentence of “lack of action” generates formal res judicata, before an absence of subjective right more manifest than in other situations rejected by the Judiciary. So, in this scenario, emerge theoretical constructs aiming circumvent the drawbacks of eclectic theory, as the anticipated judgement by unnecessary proofing.

Keywords: “Action’s conditions”. Right of action. Formal res judicata. Anticipated judgement. Material res judicata.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 160.850/SP**, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 7 de outubro de 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=REsp+160.850-SP&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>.

BEDAQUE, José Roberto. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. v. 2. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. v. 1**. São Paulo: Bookseller, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - v. 1**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - v. 2**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Ensaio de Processo Civil - v. 1**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil - v. 2**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo , v.35, n. 188, p. 69-100, out.2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações - t. 1**. 2. ed., 1972.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. Das teorias sobre a ação e da análise crítica sobre as condições da ação. **Revista dialética de direito processual – Rddp**. São Paulo, n.79, p. 49-67, out. 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil - v. 1**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Curso de Processo Civil - v. 1**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.