UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ MÁRCIO VIANA

CONDIÇÕES DA AÇÃO: CARÊNCIA E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO

BARBACENA
2011

JOSÉ MÁRCIO VIANA

CONDIÇÕES DA AÇÃO: CARÊNCIA E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Monografia apresentada à disciplina Processo Civil do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para conclusão do curso.

Orientadora: Esp. Geisa Rosignoli Neiva

BARBACENA
2011

JOSÉ MÁRCIO VIANA

CONDIÇÕES DA AÇÃO: CARÊNCIA E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Monografia apresentada à disciplina Processo Civil do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para conclusão do curso.

BANCA EXAMINADORA

Me. Alex Campos Furtado
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Esp. Geisa Rosignoli Neiva
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Esp. Fernando Antônio Mont'alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Aprovada em ___/___/_____

RESUMO

Importante tema debatido entre muitos processualistas e doutrinadores, as condições da ação teve seu surgimento ao longo do tempo por meio das diversas teorias da ação e suas aplicabilidades no meio jurídico. Assim, procurou-se fazer o estudo destas teorias, e o surgimento da teoria das condições da ação proposta por Enrico Túlio Liebman, mestre processualista italiano que teve grande parte de nossos doutrinadores brasileiros como seus seguidores, influenciando através de seus pensamentos e teorias quando da elaboração do Código de Processo Civil Brasileiro em 1973, e contrapondo a esta teoria, abordou-se também a teoria da asserção, a qual propunha um outro momento que não aquele defendido por Liebman, para que ocorresse a análise por parte dos Juízes se estão ou não presentes ao processo as condições da ação, condições estas de suma importância para que não ocorra assim, se constatada sua falta, a extinção do processo sem a resolução do mérito.

Palavras-chave: Teorias da ação. Condições da ação. Teoria da asserção. Extinção do processo sem a resolução do mérito.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 6

2 TEORIAS SOBRE O DIREITO DE AÇÃO 7
2.1 Teoria Civilista 8
2.2 A separação do Direito Material do Direito de Ação. 10
2.3 Ação como Direito Público Autônomo e Concreto 11
2.4 Teoria da Ação como Direito Público Autônomo e Abstrato 12
2.5 Teoria da Ação como Direito Potestativo 13
2.6 A Teoria de Liebman 14

3 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO 17
3.1 Possibilidade Jurídica do Pedido 18
3.2 Legitimidade das Partes 20
3.3 Interesse de Agir 22

4 TEORIA DA ASSERÇÃO 25
4.1 Entendimento Doutrinário 28
4.2 Entendimento Jurisprudencial 33

5 CONCLUSÃO 38

REFERÊNCIAS 40

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico tem como foco principal as condições da ação, suas teorias e como elas operam em nosso ordenamento jurídico.

O estudo realizado tem por finalidade examinar a utilidade e aplicação prática das condições da ação, na forma como está previsto no Código de Processo Civil, analisando a teoria proposta por Liebman, bem como as críticas que esta teoria vem recebendo ao longo do tempo.

A importância do tema ora discutido, reside também no questionamento de qual o momento em que deve ocorrer a análise das condições da ação, onde a falta de uma ou mais condição, acarretará, assim, a extinção do processo sem resolução do mérito. Seria este momento, quando o juiz despacha a petição inicial (teoria da asserção), ou depois de realizada a dilação probatória? (teoria de Liebman). Ao seguir um ou outro posicionamento o magistrado estará definindo qual o julgamento a ser proferido, nos termos do art. 267 ou do art. 269 do Código de Processo Civil de 1973.

Inicia-se assim esta Monografia com uma análise histórica, acerca das teorias da ação, desenvolvida desde o período romano, a qual era dependente do direito material, e sua evolução para os dias atuais, reconhecendo-a como um direito autônomo.

Num posterior momento busca-se enfocar as condições da ação (legitimidade, possibilidade jurídica do pedido, e interesse de agir), com base nas lições trazidas de diversos doutrinadores que se dedicaram ao estudo da matéria.

Finaliza-se esta Monografia, ponderando-se a respeito da teoria da asserção e a teoria abstrata de Liebman, com exposição de várias posições doutrinárias a respeito. Por fim, há a análise de algumas jurisprudências e o posicionamento predominante dos tribunais.

2 TEORIAS SOBRE O DIREITO DE AÇÃO

As relações sociais nem sempre são harmoniosas e por vezes, surgem os mais variados tipos de conflitos que se tornam de difícil solução.

Nos primórdios da civilização imperava a justiça privada na qual cabia aos próprios indivíduos envoltos no conflito 'o direito' de resolvê-lo.

A autotutela era aceita, então, para resolver os problemas intersubjetivos. Este tipo de justiça gerou uma instabilidade jurídica profunda e, no escopo de coibir os abusos verificados na autocomposição das controvérsias, ou seja, se fazer justiça com as próprias mãos, o homem, mediante pacto social, outorgou ao Estado o poder-dever de tomar conhecimento e dirimir as contendas judiciais de forma a buscar o bem comum e a paz social.

Diante deste cenário o direito moderno conquistou a proibição da justiça privada e desenvolveu a jurisdição, que, segundo Santos (2009, p. 67).

> É função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.

Assim, jurisdição é a atividade do Estado, atribuída ao Poder Judiciário e exercida pelos juízes estatais, que examinam as pretensões e resolvem os conflitos, agindo em substituição às partes que não podem mais fazer 'justiça com as próprias mãos.'

Desta forma, às partes, só lhes restam a possibilidade de 'fazer agir' a função jurisdicional.

O direito de pedir a prestação jurisdicional é garantia constitucional, prevista pelo art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988[1], "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Segundo Alvim (2010, p. 390), "esta reclamação, ou este *apelo à Justiça,* é que é a ação e que leva à formação de um processo." (grifo do autor).

Assim, para complementar o entendimento, conceitua-se 'ação', como ensina Alvim (2010, p. 405).

[1] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

> É o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material).

Assim, após sucintas considerações sobre jurisdição e de conceituarmos 'ação', torna-se importante, antes de abordarmos as teorias do direito de ação, e como se dá a sua evolução a partir do século XIX, deve-se tecer breves comentários sobre dois institutos de suma importância para o tema, sendo estes o 'direito objetivo' e o 'direito subjetivo'.

O renomado doutrinador Alvim (2010, p. 391), define o direito objetivo como sendo.

> A regulamentação dos comportamentos humanos, por meio de normas gerais e abstratas, apontando os referenciais e traçando os limites do que está de acordo e do que não está de acordo com essa mesma ordenação, e respectivas conseqüências, quer na hipótese dos comportamentos lícitos, que na dos ilícitos.

Já o direito subjetivo, conforme ensinamento de Santos (2009, p. 8).

> Direito subjetivo é, pois, o poder atribuído à vontade de alguém para fazer valer seu interesse, em conflito com interesse de outrem. É o poder atribuído à vontade do titular do interesse juridicamente protegido de fazer atuar a sanção ou mesmo uma medida preventiva, a fim de que se realize a subordinação do interesse de outrem ao seu.

E ainda, segundo Alvim (2010, p. 392).

> O direito objetivo, como já o dissemos, é geral e abstrato: atinge a todos e nele se formulam e descrevem hipóteses ideais. O direito subjetivo, ao contrário, é particular e concreto; pertence a indivíduos determinados e a estes é atribuído concretamente, em virtude de um ou mais fatos descritos pelo direito objetivo ou que por ele sejam considerados relevantes para esse fim.

2.1 Teoria Civilista

Essa teoria, também chamada de teoria clássica ou imanentista da ação, que teve sua origem no Direito Romano, vigorou durante todo o século XIX, e pressupõe que a ação é um

direito material, ou seja, meio de perseguir em juízo o que nos é de direito. Teve como seu maior precursor Friedrich Carl Von Savigny, que considerava que a ação nada mais era do que um apêndice do direito material. Assim, nesse entendimento, cada direito corresponderia uma ação.

Segundo essa corrente doutrinária, Leal (2009, p. 130) nos ensina.

> O direito material (bem da vida jurídica) era imanente à ação para exercê-lo, o que queria dizer que ação e direito surgiam de modo geminado, não sendo possível separá-los. Percebe-se claramente que a palavra ação, nessa corrente histórica, tinha significado, ao mesmo tempo, de direito de movimentar a jurisdição e direito ao procedimento de modo inerente e sincrônico ao direito material instituído.

Alvim (2010, p. 396) afirma que "a teoria clássica acerca da natureza jurídica da ação identificava-a como o direito material; uma e outro eram a *mesma realidade*, apenas apresentadas sob formas diversas." (grifo do autor).

Por esta corrente só haveria ação se o pleito fosse julgado procedente, e mais, a teoria civilista não explicava a existência de ações declaratórias negativas. Assim, cita-se os casos em que a sentença reconhecia a ausência do direito subjetivo do autor ou quando se pleiteava a declaração de inexistência da relação jurídica. Em tais hipóteses, não havia o respaldo pela teoria clássica.

A este respeito, observa-se o posicionamento de Marinoni (2008, p. 176).

> É intuitivo que a ação não se confunde com o direito material. Hoje ao contrário do que ocorria a época em que tal confusão era feita, qualquer leigo sabe que propor uma ação significa ter o direito que através dela se busca, pois não é difícil ouvir alguém falar que o juiz não percebeu a existência do direito ou que as provas não foram produzidas de forma a evidenciá-lo, embora ele fosse de fácil demonstração. De modo que a antiga idéia de que a ação e o direito material constituem uma coisa só atualmente não merece sequer cogitação.

E ainda, Silva (2006, p. 80) adverte que muitas teorias sobre o direito de ação não conseguiram explicar de forma satisfatória a ação processual, por estarem vinculadas ao direito material.

> Ora, definindo a denominada 'teoria civilista' a 'ação' processual como 'o direito de perseguir em juízo 'o que nos é devido pelo obrigado', a doutrina misturou as duas realidades, ou seja, o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal e a ação de

> direito material, que é o agir do titular do direito para obtenção 'do que lhe é devido', e, ao assim proceder, não teve como explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo sem ter direito, ou seja, ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente, pois em tal caso a 'ação' processual não teria sido o direito de perseguir em juízo 'o que nos é devido' (pelo obrigado).

2.2 A separação do Direito Material do Direito de Ação.

Em meados do século XIX, travou-se na Alemanha uma polêmica a respeito do direito de ação, entre os renomados juristas alemães Theodor Muther e Bernhard Windscheid, que foi o início da separação do direito material do direito de ação, chegando-se a conclusão de que a lesão do direito e a ação são realidades distintas, surgindo daí a teoria da ação como direito autônomo.

A tese de Windscheid, segundo qual a ação é o exercício da pretensão perante o juiz, muito embora separe pretensão do direito subjetivo material, permanece a idéia de que a ação é um direito material, e não um direito processual.

Já para Muther a ação consistia no direito do lesado em buscar o amparo jurisdicional do Estado e o direito deste de tomar as providências necessárias para extinguir a lesão, contra o seu autor, sendo ela, portanto, bilateral e de natureza pública.

Além disso, segundo Marinoni (2008, p. 176-177), haveria divergência entre os dois doutrinadores a respeito do direito romano.

> Enquanto Windscheid entendeu que a ordenação romana era uma ordenação de pretensões que podem ser perseguidas judicialmente, Muther sustentou que a ordenação romana, assim como a moderna, era uma ordenação de direitos. É por isso que Muther disse que aquele que pedia a fórmula ao pretor, também devia ter um direito subjetivo, que, no seu raciocínio, seria o próprio fundamento do direito à fórmula. De acordo com Muther, desde o direito romano poderia conceber que, ligado ao direito privado, havia um direito contra do Estado, de modo que também no direito moderno, diante da idéia de 'Klagerecht', existiria um direito de agir autônomo em relação ao direito privado, ainda que a ele vinculado.

De acordo com Marinoni (2008), Windscheid partia da premissa de que o ordenamento romano era de pretensões perseguíveis judicialmente, e não de direitos, como afirmava Muther. Assim, se alguém exige que se reconheça uma relação de direito ou de fato, estará exigindo algo, qual seja, a concessão da tutela judicial para obter o que é exigido e com isso é atribuída a actio, para a realização do direito, através da via judicial.

Entretanto, ainda segundo o próprio autor, para Muther, havia o direito material, (decorrente do direito originário) e o direito de agir contra o Estado (poder de concessão da fórmula, através do pretor). Esse direito de agir concede ao Estado os meios de coerção necessários para serem exercidos em face do réu, a fim de que a obrigação seja cumprida.

Com efeito, o entendimento exposto por Muther foi o primeiro a compreender o direito de ação de forma autônoma em relação ao direito material, muito embora o direito de agir do Estado estivesse vinculado a um direito material. Windscheid acabou concordando com alguns argumentos de Muther mais tarde, principalmente a relação de direito processual, exercida através da tutela do Estado.

2.3 Ação como Direito Público Autônomo e Concreto

A teoria desenvolvida por Adolf Wach em 1885, classificou ação como um direito autônomo, dirigido em face do Estado e do adversário, em que a satisfação do direito de ação apenas se concretiza com a sentença favorável. Assim, embora autônoma, a ação dependerá sempre da existência do direito material.

A inovação trazida por Wach, de acordo com Silva (2006), foi a possibilidade de ajuizar ação não apenas para buscar o que era devido, mas também visando a declaração na sentença de que nada era devido. Com isso, há a possibilidade de uma sentença de mérito, mas sem a relação de direito material.

Neste sentido, afirma Alvim (2010, p. 397).

> [...] não é objeto da ação declaratória a prestação; trata-se desta última tão somente, a ação condenatória.
> Constatou-se que a ação declaratória, julgada procedente por meio da sentença declaratória, era insuscetível de execução, pois seu objetivo era, apenas, o de conseguir certeza jurídica; ao passo que a ação condenatória, ao lado da obtenção da certeza jurídica, tinha por finalidade principal a obtenção da sentença condenatória que, servindo de título executivo, satisfaria, no seu direito, ao ganhador da demanda.

Por essa teoria o direito processual possuía profunda dependência com o direito material, pois ficava vinculado a uma sentença favorável. A esse respeito, afirma Marinoni (2008, p. 177).

> Porém o direito à tutela jurídica, no raciocínio de Wach, significa direito a sentença favorável ou à execução ou ao seqüestro, todos representando atos de proteção jurídica. Ou seja, o autor ou réu que não obtivesse sentença favorável, não teria tutela jurídica. A teoria de Wach, embora frise a necessidade de o Estado dar proteção ao cidadão, demonstrando que o direito a essa proteção nada tem a ver com o direito material, vincula tal proteção a um ato de proteção concreta, com a sentença favorável, a execução e o seqüestro.
> [...]
> Ainda que o autor e o réu tivessem pretensão à sentença, a pretensão de uma tutela jurídica dependia de uma sentença favorável.

Como principais traços dessa teoria pode-se destacar as palavras de Alvim (2010, p. 397-398).

> 1º) A ação é relativamente independente do direito material (substancial), que por seu intermédio se pretende fazer valer; 2º) é, assim, um direito secundário, dado que supõe – na generalidade dos casos – um outro direito, o qual é, por sua vez o direito primário; 3º) com esse direito primário, porém, não se confunde, embora haja de retratar qual seja esse direito. Esta afirmação é verdadeiramente axiomática, se tivermos presente a hipótese de ação declaratória negativa, cujo pressuposto é a própria inexistência de uma relação jurídica de direito material; 4º) os requisitos de direito de ação são determinados pelo direito processual; 5º) a ação é bifronte, exercitada em duas direções: a) em face do Estado, a quem se pede prestação jurisdicional; b) contra o réu, obrigado a suportar a referida prestação.

A teoria concretista sofreu várias críticas, e, ao sustentar que o direito a ação só seria possível quando resultasse em uma sentença favorável, a teoria não conseguiu explicar qual a natureza do direito exercido diante da improcedência da ação.

2.4 Teoria da Ação como Direito Público Autônomo e Abstrato

Alguns anos mais tarde, surgiram as teorias de Heinrich Degenkolb, na Alemanha, e Alexander Plósz, na Hungria, para embasar as sentenças desfavoráveis para o autor, pois o direito de agir não é apenas autônomo, mas também abstrato. Assim, com base na boa-fé e na consciência da existência de um direito, seria possível agir, mesmo sem o direito material.

Para Marinoni (2008), essa teoria se caracteriza como a possibilidade do provimento jurisdicional de mérito proferido pelo Estado, independente de haver o direito material alegado, ou seja, tem como objetivo apenas o pronunciamento de mérito, seja ele favorável ou não ao autor.

Conforme exposto por Silva (2006, p. 84-85).

> Para a chamada teoria do 'direito abstrato de ação' (DEGENKOLB, PLÓSZ e seus seguidores), este é um direito público subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado. Tanto aquele que tiver sua demanda declarada procedente quanto o outro que propusera 'ação' julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público, através do qual impunham ao Estado o cumprimento de sua obrigação de prestar jurisdição. Logo, tanto o autor que visse a demanda acolhida pela sentença quanto aquele que houvesse repelida sua pretensão por infundada teriam um idêntico 'direito de ação', enquanto exercício de uma pretensão de tutela jurídica perante o Estado.

Essa teoria sofreu críticas pois, não havia qualquer relação com o direito material, sendo apenas um direito de petição, sem a observância de requisitos prévios para a sua legitimação.

Desta forma, para que exista o direito de ação, deve-se observar determinados requisitos e condições, sob pena de se caracterizar apenas um direito cívico de petição, direito este que todo cidadão possui de solicitar providência aos órgãos estatais.

2.5 Teoria da Ação como Direito Potestativo

Esta teoria tem como partidário o doutrinador Giuseppe Chiovenda, a qual sustenta que a ação consistia um direito autônomo, mas que não se dirige contra o Estado, porém, somente em relação ao adversário.

Assim conforme ensina Santos (2009, p. 157).

> Não há um direito de ação contra o Estado. O titular do direito de ação tem o direito, que é ao mesmo tempo um poder, de produzir, em seu favor, o efeito de fazer funcionar a atividade jurisdicional do Estado, em relação ao adversário, sem que este possa obstar aquele efeito. O direito de ação é um direito potestativo, um direito de poder (Kann Rechte), como tal entendendo-se o direito tendente à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e com ônus para outro, o qual nada deve fazer, mas, por sua vez, nada pode fazer a fim de evitar tal efeito, ficando sujeito à sua produção.

Conforme leciona Alvim (2010, p. 398-399), “o direito potestativo tem dois objetivos primordiais: 1º) fazer cessar um direito ou estado jurídico existente; 2º) produzir um estado jurídico inexistente, e, nessa produção, compreende-se a mera modificação.”

Com efeito, a ação não é proposta em face do Estado, mas em face do próprio adversário. A ação constitui um poder em face do réu. O Estado é visto como o órgão público de prestação de tutela jurídica.

De acordo com Marinoni (2008, p. 180 apud Chiovenda, 2002).

> A ação requer uma sentença favorável e, nesse caso, produz efeitos da atuação da lei em face do adversário. Portanto, o réu, diante da ação, fica sujeito aos efeitos jurídicos derivados da sentença favoráveis ao autor. Essa sentença ou tais efeitos jurídicos dependem do exercício da ação, vista como um poder em face do adversário, isto é, como uma ação que, quando acolhida, sujeita o adversário a determinados efeitos. De modo que a ação está muito longe de constituir um direito contra o Estado, sendo um poder (ou direito potestativo) em face do réu.

Assim, o autor da ação deverá obter uma sentença favorável para que seus efeitos sejam produzidos em face do réu. Essa sentença de procedência deverá ser proferida pelo Estado, segundo a sistemática processual da atividade jurisdicional.

A análise realizada em relação a essa teoria é que, primeiramente, a ação é dirigida contra o Estado, para que reconheça o direito material, e então haja a atuação perante o réu.

Segundo Marinoni (2005, p. 180), “[...] se pode dizer que a ação, antes de ser um direito a um fim, é um direito a um meio.”

A critica realizada é a de que, para existir ação, faz-se necessária uma sentença favorável. Além disso, de qualquer forma, a ação será dirigida em face do Estado, ou seja, “[...] a ação é um direito do autor contra o Estado, que atinge o réu apenas na hipótese de sentença de procedência, mas é exercido em caso de sentença de procedência ou improcedência.” (Marinoni, 2005, p.180).

2.6 A Teoria de Liebman

A teoria desenvolvida por Enrico Tullio Liebman, originalmente previa uma teoria abstrata. No entanto, após estudos realizados por doutrinadores, percebeu-se que dificilmente haveria separação do direito concreto. Por isso a doutrina, a exemplo de Marinoni e Ovídio

Baptista, pelas criticas proferidas, começou a chamá-la de ‘teoria eclética’, porque na verdade dizia-se como um direito abstrato, entretanto estava diretamente relacionada com o direito concreto.

Conforme o exposto por Silva (2006, p. 85-86), para Liebman, o direito de ação está diretamente ligado ao direito de jurisdição, assim dispondo:

> Tentando superar as duas posições extremas, parte LIEBMAN da afirmação de que este fenômeno, a que se dá o nome de ‘direito de ação’, corresponde a um agir dirigido contra o Estado, em sua condição de titular do poder jurisdicional, e por isso, em seu exato significado, o direito de ação é, no fundo, ‘direito à jurisdição’; entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro (“Laione nella teoria Del processo civile”. Problemi Del processo civile, pp. 45 e 47).
> Sendo, como vimos, inerte a jurisdição, a ação processual corresponde ao ‘agir’ que a porá em movimento. Portanto, se o Estado prestou jurisdição é porque alguém exerceu ‘ação’, terá necessariamente desencadeado a atividade jurisdicional. Havendo exercício de ‘ação’, terá havido jurisdição.

Entretanto, a discussão a respeito dessa teoria começa com o momento em que se inicia a atividade jurisdicional. Segundo o ensinamento do renomado doutrinador Silva (2006, p. 86), “só haverá jurisdição, diz LIEBMAN, quando o juiz constatar que a causa posta em julgamento está constituída de forma regular e capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda, ainda que esta decisão seja contrária ao autor.”

Sendo assim, se o juiz julga inepta a petição inicial, ou quando reconhece a ilegitimidade para a causa, ou se ainda reconhecer a ausência de interesse processual, não haveria atividade jurisdicional.

Para Liebman, a ação é dirigida contra o Estado, e existe quando presentes as condições da ação, quais sejam, legitimidade, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, necessárias para que seja possível julgar o mérito da causa. Em relação a esta última, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido, Liebman mudou seu posicionamento posteriormente, para integrá-la ao interesse de agir.

Assim a teoria de Liebman, de acordo com Silva (2006, p. 87), representa uma intermediação entre a teoria do direito abstrato de ação e a teoria do direito concreto de ação, definindo ação, “como um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pelo lide.”

Liebman diferencia ação prevista no Código de Processo Civil de 1973 daquela prevista em nossa Constituição Federal de 1988, pois aquela deve necessariamente ter todas as condições da ação para que efetivamente exista a ação, enquanto esta seria o direito de petição.

Porém, segundo Marinoni (2005), esse entendimento é bastante criticado, pois o Código de Processo Civil em seu art. 263 prevê que, com a distribuição da ação, ou com o despacho inicial, considera-se proposta a ação. Além disso, ausentes uma das condições da ação, o juiz deve extinguir o processo sem a resolução do mérito (CPC, art. 267, VI). Portanto, por mais que não estejam presentes todas as condições da ação, haverá a atividade jurisdicional e o direito de ação foi exercido, ou seja, há a existência da ação mesmo que não estejam presentes todas as condições da ação exigidas legalmente.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2000), a ação é uma garantia da personalidade, não podendo se prender a qualquer condição, conforme o art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal. Entretanto, as condições da ação servem como um filtro para as ações sem qualquer amparo, atuando apenas em caráter instrumental, sem que isso restrinja o direito de ação.

3 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

A teoria eclética da ação foi a adotada pelo nosso Código de Processo Civil de 1973 e que se encontra vigente até os dias atuais, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo.

Como conceito, cita-se os ensinamentos de Chiovenda (2002, p. 89).

> Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. Variam segundo a natureza do pronunciamento. 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 como a pessoa obrigada; 3º o *interesse* em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.

Ainda, segundo Alvim (2010, p. 406), condições da ação são:

> [...] categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso Direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito. As condições da ação, em nosso ordenamento jurídico, são o interesse de agir, a legitimação para a causa e a possibilidade jurídica do pedido.

O Código de Processo Civil[2] refere-se às condições da ação em seus artigos 3º e 267, inciso VI.

> Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.
>
> Art. 267. 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;

[2] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm

Assim, verifica-se que as condições da ação previstas no ordenamento jurídico brasileiro são: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir, e que, estando ausente qualquer destas condições, o processo deverá ser extinto, sem a resolução de mérito.

3.1 Possibilidade Jurídica do Pedido

O Código de Processo Civil trata da possibilidade jurídica do pedido em seu art. 295, parágrafo único, inciso III do CPC, onde diz que "a petição inicial será inepta quando seu pedido for juridicamente impossível."

O entendimento adotado pelo código vem da teoria abstrata da ação, pois a possibilidade jurídica do pedido diz respeito a previsão in abstrato daquilo que se pede, dentro do ordenamento jurídico.

Diz Alvim (2010, p. 406), "por possibilidade jurídica do pedido, portanto, enquanto condição da ação, 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."

O juiz apenas verifica se há previsão legal, sem adentrar em considerações fáticas e probatórias da lide, como, por exemplo, ajuizar uma ação de cobrança em razão do inadimplemento.

Quando da análise das condições da ação, apenas será verificado se é possível ajuizar a ação de cobrança, sem adentrar ao mérito da procedência ou não da ação, qual seja, a existência ou não de uma dívida.

Deve-se atentar, para os ensinamentos de Wambier, onde o brilhante doutrinador leciona que, há duas formas de configurar a possibilidade jurídica do pedido. O primeiro entendimento, que é o que deve ser aplicado no âmbito do direito privado, diz que o pedido será juridicamente possível quando não houver vedação expressa da lei a respeito da pretensão do autor. Já o segundo entendimento, que deve ser aplicado no direito público, prevê que o pedido é juridicamente possível quando houver expressa autorização legal, sendo, portanto, vedado aquilo que a lei não menciona.

No entendimento de Antonio Carlos de Araújo Cintra e outros doutrinadores:

> Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído, a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países em que não há o divórcio, por exemplo, um pedido nesse sentido será juridicamente impossível, merecendo ser repelido sem que o juiz chegue a considerar quaisquer alegações feitas pelo autor e independentemente mesmo da prova de tais alegações. Outro exemplo comumente invocado pela doutrina é o das dívidas de jogo, que o art. 814 do Código de Processo Civil exclui da apreciação judiciária. Nesses exemplos, vê-se que o Estado se nega a dar a prestação jurisdicional, considerando-se, por isso, juridicamente impossível qualquer pedido dessa natureza.

Para Dinamarco, o termo "impossibilidade jurídica da demanda" é mais adequado, pois pedido é apenas um dos elementos da demanda, também sendo composto pelas partes e pela causa de pedir.

Assim, a possibilidade jurídica do pedido deve ser ampliada para os casos em que, muito embora haja previsão legal do pedido, há uma ilicitude na causa da pedir ou em relação às partes.

Como ensina Santos, (2009, p. 172), "ao pedido deve corresponder uma causa de pedir (*causa pretendi*). A quem invoca uma providência jurisdicional quanto a um bem pretendido, cumpre dizer no que se funda o seu pedido." (grifo do autor).

Ao autor da ação, caberá expor em sua inicial, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, e é na fundamentação que se encontra a causa de pedir.

Devemos ainda lembrar que Liebman, na 3ª edição de seu Manuale retirou essa condição da ação, tendo em vista que o divórcio, exemplo utilizado pelo doutrinador, passou a ser aceito na Itália. Nesse sentido, Didier (2008, p. 175).

> Em substituição à categoria denominada por Chiovenda de 'existência do direito' (que era fiel à teoria concreta do direito de ação), também considerada como condição da ação, criou Enrico Tullio Liebman a possibilidade jurídica do pedido, com a manifesta preocupação de extremá-la do mérito – talvez por isso se tenha utilizado da palavra 'possibilidade', que denota aquilo que pode ser, e não aquilo que necessariamente é/será. Como informa dileto discípulo do mestre italiano, Cândido Rangel Dinamarco, tendo sido permitido o divórcio na Itália, em 1970, Liebman, a partir da 3ª edição de seu Manuale, retirou a possibilidade jurídica do rol das condições da ação – pois esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido – passando a integrar o conceito de interesse de agir.

Importante ressaltar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil de 2010[3], que, com o objetivo de dar maior celeridade a cada processo, e atendendo a críticas tradicionais da

[3] http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf

doutrina, deixou de considerar a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Deve-se essa exclusão ao fato de que muitos consideram a possibilidade jurídica do pedido o próprio mérito da demanda. Até mesmo Liebman, após formular tal condição da ação, renunciou a ela depois que a lei italiana passou a admitir o divórcio, sendo este o exemplo mais expressivo de impossibilidade jurídica que vinha sendo utilizado em seus escritos.

No mesmo sentido, discute-se hoje que tal condição acaba excluindo da apreciação do judiciário, lesões a direito, o que confronta a Constituição Federal, como por exemplo, a união homoafetiva, que a princípio, seria impossibilidade jurídica do pedido, mas é uma realidade que o nosso Judiciário precisa enfrentar.

3.2 Legitimidade das Partes

Segundo Chiovenda, "parte é aquele que demanda em seu nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada".

Com efeito, o conceito de parte está ligado à legitimidade, e por esta entende-se segundo Rodrigues que.

> [...] perpassa a idéia transitiva, bilateral, porque não se consegue imaginar alguém legítimo sem estabelecer um complemento para a referida legitimidade. Queremos dizer que só se é legítimo com relação a uma dada situação, ou seja, só se é legítimo com relação a alguém e alguma coisa.

Donaldo Armelim supõe legitimidade como.

> [...] a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergentes em regra da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurígenos, asseguradora da plena eficácia desse mesmo ato, e, pois, da responsabilidade pelos seus efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes.

Conforme os ensinamentos de Didier, muito embora exista o direito constitucional da atividade jurisdicional, não é admitido que se leve a juízo toda e qualquer pretensão. Deve haver, portanto, um vínculo entre os sujeitos da demanda e o objeto da relação jurídica que autorize a conduzir o processo referente ao direito material posto em juízo.

Para ser legítima, a parte autora deve ser a titular da situação jurídica que se afirma em juízo, ou seja, o autor deve possuir uma ligação com o objeto do direito afirmado. Já o réu, para ser parte legítima, é necessário a existência de uma relação de sujeição em relação à pretensão do autor. Nesse sentido Wambier esclarece.

> Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.

Ainda, segundo Didier.

> Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora 'decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso'. Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar.

Nos dizeres de Liebman.

> A legitimação para agir é [...] a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propõe e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento da tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo. Tudo quanto se disse até aqui prevalece em casos normais e refere-se à legitimação ordinária. Todavia, em casos expressamente indicados na lei, pode ser reconhecida ao terceiro uma legitimação extraordinária, que lhe confere o direito de prosseguir em juízo 'um direito alheio'.

Com efeito, a legitimação ordinária prevê que 'a mesma pessoa que se afirma titular do direito lesado seja a mesma pessoa que aciona o Poder Judiciário (direito de ação)'. Está

expressamente prevista no artigo 5°, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 e no artigo 6° do Código de Processo Civil.

Também é admitido no ordenando jurídico brasileiro, em caráter excepcional, a substituição processual, ou seja, a possibilidade de pleitear em nome próprio direito alheio, quando autorizado por lei, não caracterizando a figura do procurador, trata-se, nesse caso, da legitimação extraordinária.

Há outras classificações para a legitimidade, como específica ou genérica, singular ou coletiva, direta ou indireta, exclusiva ou complexa, mas que não serão analisadas nesse trabalho monográfico, por não serem o objeto do estudo.

A análise dessa condição da ação deve ocorrer antes do julgamento do mérito, pois, de acordo com Rodrigues (1988, p. 189-190) "se o autor sequer possuir o direito de ação, é porque não ultrapassou as 'barreiras' da legitimidade e/ou interesse e/ou possibilidade jurídica do pedido levado ao judiciário por via da sua provocação."

A legitimidade não deve ser confundida com capacidade processual. Donaldo Armelin diferencia legitimidade de capacidade processual de três formas:

> (a) a incapacidade afeta o ato de forma intrínseca, causando invalidade, enquanto a legitimidade do agente tem repercussão na produção de efeitos do ato, ou seja, a legitimidade não corresponde à essência do ato jurídico, mas apenas tem relação com as conseqüências do ato; (b) a capacidade é sempre plena, inexistindo capacidade restrita quanto ao objeto, enquanto que a legitimidade, por ser um pressuposto de eficácia do ato jurídico, é limitada; (c) a capacidade é um atributo deferido à pessoa em relação as suas qualidades naturais, enquanto que a legitimidade tem relação com as circunstâncias jurídicas.

3.3 Interesse de Agir

Para Rodrigues (1998, p. 182), a expressão 'interesse de agir' não é adequada, pois 'agir' pode ter um significado processual e extraprocessual. Assim, segundo o autor, a expressão 'interesse processual' é mais apropriada. Leciona o referido doutrinador.

> O interesse que refere a lei é processual, ou seja, é o interesse secundário e acessório do interesse primário, que se relaciona diretamente com o direito material. Para ser mais explícito, o interesse processual só poderá existir a partir do exato momento em que o interesse material é aviltado.

Alvim distingue interesse processual de interesse substancial, alegando que aquele diz respeito aos casos em que há necessidade de ingressar no Poder Judiciário para a satisfação do direito, enquanto que interesse substancial diz respeito ao próprio bem, estando vinculado ao direito material. A respeito do assunto, leciona o referido autor:

> Vemos, pelo exposto, que os interesses substancial e processual são independentes, embora este último emerja da insatisfação do interesse substancial. É ele um interesse que há de ser admitido com mais amplitude do que o interesse primário, e deste derivado, bastando que haja a mera possibilidade da presença do direito material para a existência do de índole processual. Existindo o interesse processual, deverá o juiz admitir a ação. Para essa admissão, terá o juiz que ter raciocinado sobre a possibilidade da presença do direito material, o qual será in concreto, constatado na sentença, à luz das provas, e quase sempre depois de discussão. (Alvim, 2010, p. 409)

Há interesse processual quando a parte precisa exercer o direito de ação, a fim de obter o resultado pretendido, devendo esse resultado ser útil sobre o aspecto prático. Nasce da necessidade da tutela jurisdicional, exercida através da ação. Porém, ter o interesse de agir não garante a procedência da ação, mas sim a análise do mérito. O interesse pode ser demonstrado através do binômio ‘necessidade-utilidade’ ou ‘necessidade-adequação’. A respeito do assunto, leciona o professor Wambier (2005, p. 140).

> 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 pretende alcançar. Em tais casos, a adequação é como que o fracionamento da utilidade. No entanto, é possível imaginar hipóteses em que o fracionamento 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 (afinal, quem pede o pagamento de uma quantia valendo-se diretamente da via executiva, apesar de não ter título executivo, estará manejando um instrumento que lhe é útil, mas não é adequado).

Assim, o interesse jurídico processual deve ser necessário, imprescindível, no sentido de proteger o bem jurídico violado ou sob ameaça, sob pena de não ser obtida a pretensão. Além disso, deve ser útil, para que exista uma correlação entre o que se pretende e a via judicial utilizada, sob pena de carência da ação. Ainda, segundo Marcelo Abelha Rodrigues, o critério ‘adequação’ está dentro do critério da utilidade.

Para Didier, a verificação do interesse de agir deve ser realizado conforme o caso concreto apresentado em juízo. O referido autor, faz distinção entre interesse-utilidade e necessidade-adequação. Para o autor, há utilidade toda vez que o demandante puder ter o objeto pretendido através do processo. Haverá necessidade sempre que a via judicial for encarada como a última forma de solução do conflito. Em relação à adequação, em que há grande discussão na doutrina, afirmando que o procedimento inadequado não revela ausência de interesse, o autor afirma que, ou é causa de impossibilidade jurídica do pedido, ou admite-se a fungibilidade, ou é caso de erro passível de correção pelo próprio magistrado, ou ainda, é causa de emenda à petição inicial.

4 TEORIA DA ASSERÇÃO

Liebman inicialmente entendia que as condições da ação deveriam ser analisadas de acordo com o que foi exposto na petição inicial pelo autor, por ser no despacho inicial o momento para auferir a legitimidade e o interesse. Caso surja na contestação qualquer alegação que coloque em dúvida as condições da ação, é o caso de produção probatória e análise do mérito. Nesse sentido, afirmou o Professor Liebman, em uma conferência realizada em 29 de setembro de 1949.

> [...] todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou o interesse. Quer isto dizer que, se da contestação surge uma dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já é um problema de mérito.

Posteriormente Liebman reformulou esse entendimento, para afirmar que "as condições da ação não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento".

A respeito do assunto, expõe Marinoni (2008, p. 182).

> 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.

Chiovenda (2002, p. 93), ao contrário da maior parte da doutrina brasileira, entende que as condições da ação apenas devem ser analisadas no momento de se proferir a sentença:

> No tocante as condições da ação, basta, em geral, que existam no momento da sentença [...], e regulam-se em parte pela lei substancial, desde que essa é a lei que informa sobre a existência duma obrigação, sobre inadimplemento, sobre a pertinência subjetiva dos direitos.
> Os pressupostos processuais, em regra, devem existir no momento da propositura da ação e regulam-se pela lei processual.

> Logicamente, antes de investigar se existem as condições da ação, é necessário que o juiz investigue os pressupostos processuais, o que lhe compete fazer de ofício [...]. As questões concernentes às condições da ação, qualificam-se de questões de mérito (merita causae, arts. 492, 493 e 803, CPC).

Segundo Didier (2008, P.173), a teoria da asserção implica na análise das condições da ação com base no que foi exposto pelo autor na petição inicial, a fim de que não haja confusão com o mérito da causa. Nesse sentido:

> Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in status assertionis).

Não se trata de análise através de cognição sumária, pois não haverá nova análise posterior através da cognição exauriente. "A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chame-se de teoria da asserção ou da prospettazione".

Como exemplos, menciona o autor:

> Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pede-lhe alimentos, possui legitimidade ad causam, mesmo que se comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de filiação, quando será o caso de improcedência do pedido e não de carência de ação. Se o autor pretende a obtenção de verba devida contratualmente, mas demanda contra alguém estranho ao contrato, da própria estipulação da causa de pedir é possível aferir a legitimidade; o magistrado, neste caso, indeferirá a petição inicial sem exame do mérito.

Seguindo o mesmo entendimento, destaca-se o posicionamento de Donaldo Armelin (1979, p. 33-34).

> In casu, mister se torna fixar uma posição sobre o tema, no emaranhado de tais teorias. Se aceita a ação como um direito complemente abstrato, desvinculado radicalmente da matéria correspondente ao mérito do processo, evidentemente, é de se aceitar que, em qualquer hipótese inicial veiculadora de um pedido determinado, a atuação da jurisdição, o direito de ação se exercitou na sua plenitude, independentemente da apreciação de tal pedido. Por outro lado, se a apreciação do mérito é essencial a um exercício regular do direito de ação, óbvio se torna que tal

> direito não se dinamizou, tanto assim que poderá ser reiterado. Dir-se-á que no conceito de ação como direito inteiramente abstrato essa reiteração do seu exercício poderá ocorrer, também. Indubitavelmente isso sucede; porém, dentro da normalidade do sistema jurídico, o exercício regular de um direito é uma das formas de sua exaustão. Se, no primeiro caso, aceita-se como exercício regular de um direito a formulação de qualquer pedido à autoridade judiciária, estar-se-á aceitando a possibilidade de reiteração ad infinitum de um mesmo pedido canhestro e inviável, como atividade normal de exercitar um direito inexaurível. Ademais, o processo como instrumento de realização do direito objetivo somente colima sua finalidade quando alcança essa realização, decidindo ou satisfazendo definitivamente, dentro dos parâmetros do mesmo direito, os pedidos formulados sob o pálio do direito de ação. Por essas razões sumariamente arroladas adota-se, também, como premissa das conclusões a que se chega neste trabalho, um conceito de ação como direito abstrato a uma decisão sobre o mérito, ou seja, sobre o pedido formulado pelo autor, qualquer que seja decisão, favorável ou desfavorável.95

Em contrapartida à teoria da asserção, na teoria eclética só há o reconhecimento da atividade jurisdicional quando houver a apreciação do mérito. Havendo carência de ação, pela ausência de uma ou mais condições da ação, para os seguidores desta teoria, não terá havido atividade jurisdicional. Já para aqueles que não adotam a teoria eclética, afirmam que, mesmo que haja carência de ação, haverá sim atividade jurisdicional.

Além disso, pela teoria da asserção, as condições da ação apenas devem ser analisadas no momento inicial do processo, sob pena de haver confusão entre condições da ação e mérito. Entretanto, os seguidores de Liebman e da teoria eclética afirmam ao contrário, que pode haver a análise das condições da ação em qualquer momento processual.

Segundo Watanabe, as críticas referentes à análise das condições da ação, segundo a teoria eclética, são fundamentadas de acordo com certos posicionamentos de seus defensores, quais sejam.

> 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 de 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 status assertionis), ou seja, se 'A', por exemplo, afirmando-se titular do domínio de uma determinada propriedade imóvel, ajuíza ação reivindicatória contra 'B', que a teria invadido, vindo este a alegar na contestação a ilegitimidade ad causam de 'A', por não ter ele o domínio do imóvel, a presença da condição da ação negada por 'B' somente poderia ser aferida após a produção de provas acerca da existência do direito de propriedade disputado por ambos, não bastando a mera afirmativa sua, feita na petição inicial e suportada por um documento hábil em tese (escritura definitiva registrada, por exemplo) para a aquisição do domínio. Semelhante entendimento levaria a tornar uma coisa só as condições da ação e o mérito da causa. (Watanabe, 2000, p. 91)

A teoria da asserção vem ganhando adeptos, dentre os quais destaca-se: Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Guilherme Marinoni.

A seguir, expõe-se o posicionamento dos principais doutrinadores a respeito do assunto.

4.1 Entendimento Doutrinário

Watanabe entende que as condições da ação são conciliáveis com a teoria do direito abstrato de agir, pois "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 doutrinador fixa como ponto nodal da discussão o momento em que devem ser analisadas as condições da ação: segundo as afirmativas do autor na petição inicial (in statu assertionis) ou conforme as provas produzidas no processo a respeito do objeto litigioso. Para ele, a primeira opção é compatível com teoria abstrata da ação. Nesse sentido.

> O exame das condições da ação deve ser feito 'com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res in iudicium deducta', vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, 'considera tal relação jurídica in statu assertionis, ou seja, à vista do que se afirmou', raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, 'como quem admita, por hipótese e em 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', como preleciona Barbosa Moreira. (Watanabe, 2000, p. 92)

A respeito da cognição na análise das condições da ação, o doutrinador afirma que as condições da ação servem como um elo entre o direito material e o direito processual, com apreciação "no plano lógico e da mera asserção do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acertamento do direito afirmado".

Ou seja, a cognição, no plano vertical, é superficial, caso contrário, haveria o exame do mérito.

Marinoni critica a teoria eclética de Liebman, que considera a presença das condições da ação como requisitos de existência da ação da seguinte maneira.

> Na verdade, caso as condições da ação fossem admitidas como requisitos da existência da ação, seria necessário explicar o que teria provocado a jurisdição e determinado a instauração do processo. Somente poderia ser a ação fundada na Constituição. Nesse caso, a Constituição serviria apenas para garantir o ingresso em juízo, já que o prosseguimento da atividade jurisdicional do autor dependeria de outra ação, isto é, daquela cuja existência requer a presença das condições da ação. Com isso, a função da Constituição seria severamente reduzida, podendo-se dizer que o direito fundamental à tutela jurisdicional perderia praticamente quase todo o seu conteúdo. (Marinoni, 2008, p. 181)

Para Marinoni, apud Liebman, as condições da ação devem ser requisitos para a apreciação do mérito, e não requisitos para a própria existência da ação, considerando irracional o entendimento de que, após instruído o processo e verificada a ausência de alguma condição da ação, possa o juiz julgar o processo sem resolução do mérito. Nesse sentido.

> É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito. Melhor explicando: a legitimidade para a ação de reivindicação deve ser aferida segundo o que é afirmado na petição inicial, mas, quando as provas e os argumentos trazidos ao processo demonstram que o autor não é proprietário, o seu pedido deve ser julgado improcedente.
> Liebman afirma, ainda, que só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão. Mesmo que Liebman entenda que a ação constitui direito ao julgamento do mérito, e que portanto não depende de uma sentença de procedência, vincula o direito à tutela jurisdicional ao reconhecimento do direito material. Assim, no caso de sentença de improcedência, inexistiria tutela jurisdicional; haveria ação, jurisdição, mas o autor não obteria tutela jurisdicional. (Marinoni, 2008, p. 182)

Em sua obra ‘Código de Processo Civil Comentado’, Marinoni (2008, p. 98), afirma que:

> O interesse e a legitimidade para a causa representam requisitos para o julgamento do pedido (não podendo mais ser considerados, como já se propôs, elementos constitutivos da ação) e devem ser aferidos in status assertionis, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para a causa ou quando o autor carecer de interesse processual, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, CPC), com extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade do autor, há resolução do mérito (art. 269, I, CPC).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003, p.628), defendem que o mérito do pedido deve ser a última coisa a ser analisada pelo juiz. Em primeiro lugar deve examinar as condições da ação, que dizem respeito ao exercício do direito de ação, e os pressupostos processuais, que se referem à existência e regularidade da relação jurídica processual. Assim, para que seja examinado ou não o pedido (mérito), deve-se antes analisar se estão ou não presentes as condições da ação. Estando ausentes uma ou mais condições da ação, haverá a carência da ação e com isso não haverá o exame do mérito. Nesse sentido.

> As condições da ação possibilitam ou impedem o exame da questão seguinte (mérito). Presentes todas, o juiz pode analisar o mérito, não sem antes verificar se também se encontram presentes os pressupostos processuais. Ausente uma delas ou mais de uma, ocorre o fenômeno da carência da ação, ficando o juiz impedido de examinar o mérito.

Para Rodrigues (1998, p. 180), o preenchimento das condições da ação não garante a procedência da ação, mas apenas a análise do mérito da ação. Afirma o referido autor.

> Uma vez preenchidos tais requisitos necessários, não significa estarmos diante de um resultado meritório favorável, pois não estamos diante de um conceito concreto de ação, mas significa, antes de tudo, e simplesmente, um direito a um resultado meritório (há de se pressupor também estarem preenchidos os pressupostos processuais positivos e inocorrentes os pressupostos processuais negativos, cuja avaliação, normalmente, se faz antes das condições da ação).106

Além disso, Rodrigues afirma que as condições da ação são matérias de ordem pública, podendo ser alegadas em sede de preliminar de contestação de acordo com o art. 301, inciso X, do CPC, ou em qualquer momento e qualquer grau de jurisdição, podendo o juiz conhecê-las de ofício, não incidindo o efeito da preclusão. Entretanto, devem ser analisadas antes do julgamento do mérito.

No entendimento de Ovídio A. Baptista da Silva, não há como se afastar as condições da ação do próprio mérito da ação, sendo que a ausência de qualquer das condições acarreta numa sentença de improcedência do mérito. Nesse sentido, afirma o referido autor:

> Quando o juiz declara inexistente uma das condições da ação, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o

> agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito.
> A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma condição da ação não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo. Toma-se o conflito de interesses, existente fora do processo, a que Carneluti denominava lide, como verdadeiro e único objeto da atividade jurisdicional. Como este conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor da ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo processo, com novos figurantes, estar-se-ia a desenvolver a mesma ação.
> Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processual, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a ação de direito material, ou esta seria ilegítima por falta de interesse. Não a ação processual que jamais será ilegítima por falta de interesse, e da qual o autor não carecerá jamais, pois o direito de ser ouvido por um tribunal é um princípio constitucional a todos assegurado. (Silva. 2005, p. 94-95)

Ainda, para Silva, Liebman confunde o direito à sentença de mérito com exercício da ação. O ‘direito a sentença de mérito’ é a própria definição de ação, segundo Liebman. Para este, “julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas (O despacho saneador, p. 122), conclui-se que só existirá ação, e, pois, jurisdição, quando se verificar a existência das condições da ação”.

Além disso, o réu também possui interesse na ação, quando decorrido o prazo de defesa, para requerer o julgamento improcedente do pedido do autor e nem por isso estará a exercer a ação, tendo em vista que possui, assim como o autor, interesse na pretensão de tutela jurídica.

Silva (2005, p. 94-95), critica a teoria eclética da seguinte forma:

> De modo que a doutrina de LIEBMAN contém, no mínimo, dois inconvenientes graves: (a) para se manter coerente, teve de imaginar uma atividade prévia, exercida pelo juiz, que ainda
> não seria ‘verdadeira’ jurisdição, uma espécie de atividade de ‘filtragem’, através da qual o magistrado deve investigar se concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação; (b) acaba por reconhecer um direito de ação tanto ao réu quanto ao autor, resultado que ultrapassa o próprio problema, dissolvendo-o, em vez de resolvê-lo.
> [...]
> Dizer-se, como afirmam os partidários da ‘teoria eclética’, que a sentença que declara o autor carecedor de ação por ilegitimidade ad causam não decide o mérito de dessa ação, é imaginar que a demanda que o autor descreve na petição inicial

> pudesse ter seu mérito num segundo processo e na lide de outrem, ou na lide proposta contra outrem.

Didier afirma que, em muitos casos, para a verificação da regularidade do exercício da ação, é necessária a produção probatória.

Conforme o artigo 267, par. 3º. do CPC, e na teoria eclética, a análise das condições da ação não estaria restrita apenas à alegação do autor na petição inicial, mas sim conforme a situação trazida a julgamento, podendo ser verificado no curso do processo, admitindo-se, inclusive, o preenchimento superveniente de alguma condição da ação faltante quando da propositura da ação. Basta, portanto, que estejam presentes quando o julgamento da ação.

A respeito das condições da ação e da teoria da asserção, Didier (2008, p. 172-173) tem o seguinte posicionamento:

> Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assertionis).
> [...]
> A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, consequentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. No entanto, é indiscutível que, à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao menos diminui os inconvenientes que a aplicação literal do § 3º do art. 267 do CPC poderia causar.

Alvim (2010, p. 430-431) também segue a posição que as condições da ação não fazem parte do mérito, mas são requisitos para que o mérito seja apreciado, devendo as três condições estar presente simultaneamente. Nesse sentido:

> Se, eventualmente, entender o magistrado que, não há possibilidade jurídica do pedido, não há dúvida de que, no fundo, estará denegando o pedido em si mesmo, apesar de a possibilidade jurídica ser condição da ação pelo nosso Direito positivo e doutrina, podendo a ação ser reproposta (arts. 267, VI, e 268). Terá, nesse caso, apenas dito que inexistente no sistema jurídico o tipo de providencia jurisdicional solicitada. Fá-lo-á, porém, abstratamente, isto é, sequer terá tido necessidade de

> examinar os fatos da demanda, à luz das provas, senão à luz do próprio e exclusivo relato feito pelo autor. Ter-lhe-á, normalmente, bastado o pedido e a respectiva causa petendi idealmente considerados representativos de formulação incompatível com a ordem jurídica.
> [...]
> Outrossim, o exame do interesse de agir também não pode ser considerado como mérito. Se o juiz não acolhe uma pretensão, por ausência do interesse de agir, em função dessa decisão fica obstado o conhecimento do mérito. Por exemplo, o magistrado não admite uma ação de cobrança, não porque afirma inexistir o direito de crédito, mas, sim, porque não está vencida a dívida; terá o credor, certamente, ao que tudo indica, direito de cobrar seu crédito, quando este se vencer e não for pago. Nessa oportunidade, então, é que o magistrado verificará se existe ou não o direito do autor, o que constituirá o exame do mérito.

Portanto, é possível afirmar que grande parte da doutrina brasileira segue a teoria da asserção, para que as condições da ação, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes, sejam aferidas no momento inicial da propositura da ação, ao contrário do que entende Liebman e os seguidores da teoria eclética.

4.2 Entendimento Jurisprudencial

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria da asserção, para a análise das condições da ação, especialmente os Ministros Humberto Martins e Nancy Andrighi:

> 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.
> 1. 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.
> 2. 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.
> [...]
> 7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.
> 8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada

> modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial.
> Recurso especial improvido.
>
> (REsp 879.188/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009)

> ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE - PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL - INTERESSE DE AGIR, LEGITIMIDADE E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.
> [...]
> 3. Deste modo, uma vez constatada a não-observância de tais regras básicas, surge o interesse-necessidade para a tutela pleiteada. Vale observar, ainda, que as condições da ação são vistas in satu assertionis ("Teoria da Asserção"), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial.
> Desse modo, o interesse processual exsurge da alegação do autor, realizada na inicial, o que, ademais, foi constatado posteriormente na instância ordinária. Tudo isso implica reconhecer a não-violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC.
> 4. No caso dos autos, não ocorre a impossibilidade jurídica do pedido, porque o Parquet, além de ter legitimidade para a defesa do interesse público (aliás, do interesse social), encontra-se no ordenamento jurídico, tanto na "Lei da Ação Civil Pública" (Lei n.7.347/85), quanto na "Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Normas Gerais para os Ministérios Públicos dos Estados" (Lei n. 8.625/93) e outras, ou mesmo nos arts. 127 e 129 da CF, respaldo para pedir a adequação dos serviços de utilidade pública essenciais.
> 5. Quanto à alínea "c", impossível o conhecimento do especial, pois inexiste dissídio jurisprudencial demonstrado, uma vez que os substratos fáticos dos acórdãos apontados como paradigma são diferentes do enfrentado no acórdão recorrido.
> Recurso especial conhecido em parte e improvido.
>
> (REsp 470675 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.10.2007, DJ 29.10.2007.)

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, REFORMA SENTENÇA TERMINATIVA E ADENTRA O JULGAMENTO DO MÉRITO.
> CABIMENTO.
> [...]
> Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção, segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.
> A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen júris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Portanto, entendida como de mérito a sentença proferida nos autos, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.
> Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp 832370 / MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2.8.2007, DJ 13.08.2007.)

Conforme o entendimento dos Ministros, a análise das condições da ação deve ser realizada pelo juiz ao proferir do despacho inicial.

Qualquer matéria que implique em cognição profunda, se estará diante do exame do mérito. Além disso, segundo o § 3º do artigo 267 do CPC, é possível o conhecimento das condições da ação em qualquer tempo e grau de jurisdição, entretanto, esse artigo deve ser aplicado com moderação, para que se evite o julgamento sem análise do mérito após anos do embate processual.

Podemos perceber que há também posicionamentos distintos, onde os Desembargadores Tibúrcio Marques e Nicolau Masselli, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgaram conforme ementas adiante colacionadas:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ENDOSSO-MANDATO - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - TEORIA DA ASSERÇÃO - RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO - PROTESTO INDEVIDO - PEDIDO - INTERPRETAÇÃO RESTRITA - PRESSUPOSTO PROCESSUAL. A teoria da asserção ou in status assertionis dispõe que as condições da ação devem ser apreciadas de acordo com os fatos narrados na exordial.
> [...]
> 1 - DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM.
> O juiz de primeiro grau reconheceu a ilegitimidade passiva do réu, ora apelado, ao argumento de que este figura na relação material como endossatário-mandatário.
> É cediço que as condições da ação são os requisitos indispensáveis para que o juiz examine o mérito de determinada demanda. Sem tais condições, isto é, ausente a legitimidade ad causam e/ou o interesse de agir e/ou a possibilidade jurídica do pedido, resta vedado ao magistrado proferir sentença de mérito.
> [...]
> Relativamente à verificação das condições da ação, há duas formas para realizar: A primeira, adotada por Liebman, afirma que as condições da ação devem ser analisadas de acordo com as provas produzidas nos autos; A segunda (teoria da asserção ou in status assertionis) assevera que as condições da ação devem ser apreciadas de acordo com os fatos narrados na exordial. Assim, se da simples leitura da inicial for possível verificar a existência de relação jurídica material entre as partes, constata-se a presença da legitimidade ad causam. Nesta corrente, não se investiga as provas dos autos.
> [...]
> No primeiro caso - tese de Liebman -, o juiz examina as condições da ação com base no acervo probatório e, se entender ausente a legitimidade ad causam, profere sentença sem julgamento do mérito. Ora, se o processo percorreu toda a fase instrutória e o magistrado analisou toda a demanda, incluindo as provas, caberia a ele resolver o mérito e não extinguir o processo na forma do art. 267 do CPC. Evidencia um contra-senso o exame das provas e a decisão sem mérito.
> [...]
> De outro lado, a segunda hipótese - teoria da asserção -, busca resolver a incoerência de obrigar o exame de provas e, mesmo assim, surgir sentença sem mérito. Nesta corrente, o magistrado examina as condições da ação apenas e tão-somente levando em conta os fatos narrados pelo autor na inicial. Se, da leitura das afirmações do autor constatar-se a carência da ação, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, situação que impedirá o prosseguimento desnecessário do processo.
> Todavia, acaso o magistrado tenha que ingressar no exame das provas para examinar, por exemplo, a legitimidade ad causam, a sentença será de improcedência, uma vez que a referida análise investigou a base fática da relação jurídica material, os elementos essenciais para sua constituição e desenvolvimento, assim como o próprio direito material. Diante disso, nada mais justo que a sentença forme coisa julgada material e impeça a repropositura da ação.

[...]
Diante de todo o exposto, conclui-se pela adoção da teoria da asserção, cuja conseqüência é a realização do exame das condições da ação com base nos fatos narrados na inicial.
No caso sob julgamento, a apelante sustentou, na exordial, que foi alvo de protesto de duplicata, cuja emissão e origem desconhece, assim como que o responsável pelo protesto do título e inclusão de seu nome na SERASA foi o banco apelado.
Em razão disso, postulou a condenação do apelado ao pagamento de danos morais pelo protesto indevido e inclusão no cadastro de maus pagadores.
Assim, pelo exame das alegações trazidas pela apelante na petição inicial, percebe-se que o título foi protestado pelo apelado, situação que demonstra a existência de relação jurídica material entre a apelante (vítima dos supostos danos advindos do protesto irregular) e o apelado (responsável pelo protesto do título).
A reparação civil exige nexo causal entre a conduta do agente causador do dano e a lesão produzida na vítima. Logo, se a apelante expõe na inicial que o protesto foi realizado pelo apelado, há legitimidade passiva deste na ação de reparação moral.
Portanto, considerando a existência de relação material entre as partes, o apelado detém legitimidade passiva ad causam, razão pela qual se deve dar provimento à apelação para cassar a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito.

(TJMG - 15ª C. Cível – Apelação Cível N.º 1.0024.08.074863-5/001 – Belo Horizonte - Rel.: Exmo. Sr. Des. Tibúrcio Marques - Unânime - J. 16.04.2009).

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - CONDIÇÕES DA AÇÃO - REEXAME - POSSIBILIDADE - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.- Tem legitimidade para a causa os titulares da relação jurídica deduzida, pelo demandante, no processo. Os sujeitos da relação jurídica deduzida no processo é que terão legitimidade para estar em juízo.- As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional, podem ser examinadas a qualquer tempo, por se tratar de matéria de ordem pública, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito.
[...]
Foi prolatada decisão, onde o ilustre magistrado a quo julgou extinta a presente ação, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI do Código de Processo Civil, acolhendo a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam.
[...]
A controvérsia restringe quanto a possibilidade do magistrado a quo acolher a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam, argüida em contestação e extinguir o processo sem resolução do mérito, após ter ocorrido o saneamento do feito.
[...]
Quanto a alegação que, o magistrado não pode reexaminar as condições da ação após saneado o feito, passo a analisar.
A ação é um direito de um pronunciamento estatal, visando a solução de um litígio, fazendo desaparecer a insegurança gerada pelo conflito de interesse.
O Código de Processo Civil adotou a Teoria Eclética de Liebman, na qual as condições da ação devem ser analisadas antes do mérito.
Contudo, é visto que tal rigidez não é imposta de tal forma que, para mim, as condições da ação podem ser analisadas a qualquer tempo, conforme o próprio Codex Processual Civil.
Ocorre que, alguns doutrinadores como, tais como, BARBOSA MOREIRA, ALEXANDRE CÂMARA adotaram a Teoria da Asserção.
Diz a Teoria da Asserção que, as condições da ação devem ser analisadas a partir da asserção do autor, não podendo fazer prova, inclusive.
Portanto, para esses autores, a teoria da asserção é a verificação da pertinência abstrata com o direito material controvertido.
[...]

> Entretanto, não é esse o meu posicionamento, pois as matérias referentes às condições da ação são matérias de ordem pública, na qual podem ser analisadas e reanalisadas a qualquer tempo.
> As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional, podem ser examinadas a qualquer tempo, por se tratar de matéria de ordem pública, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito.
> [...]
> Assim, tenho comigo que o ilustre magistrado poderia, a qualquer momento analisar a exordial, posto que, ainda não havia lavrado a decisão meritória.
> Por todo o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, mantendo a sentença em todos os seus termos.
>
> (TJMG – 13ª. C. Cível – Apelação Cível N° 1.0394.05.050947-7/001 – 13 – Comarca de Manhuaçu – Relator: Exmo. Sr. Des. Nicolau Masselli – Unânime – J. 16.04.2009).

Apesar das controvérsias, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, é nítida a tendência em adotar a teoria da asserção quando da análise das condições da ação, até mesmo como forma de celeridade e economia processual.

5 CONCLUSÃO

Conforme aqui exposto, para que seja apreciado o mérito da ação, faz-se necessário o cumprimento de determinados requisitos, chamados de condições da ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir. Estando ausentes quaisquer dessas condições, há extinção do processo sem a resolução do mérito.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria eclética de Liebman, e segundo essa teoria, ausentes umas das condições da ação não há que falar-se em atividade jurisdicional. Evidentemente que esse entendimento gera conflitos e críticas, pois a própria legislação processual prevê que há ação com o despacho inicial ou com a distribuição da petição inicial.

Assim, a teoria eclética apresenta-se falha em relação à existência de jurisdição e o movimento do aparato estatal, quando condiciona à existência das condições da ação.

Desta forma, a teoria da asserção, que prevê a análise das condições da ação com base no que foi exposto pelo autor na petição inicial é aceita pela maior parte dos doutrinadores, por ser aquela que melhor reflete o momento em que devem ser averiguadas as condições da ação.

Se numa primeira análise o juiz entender que todas as condições estão presentes, mas no curso do processo, após a produção probatória, verificar a ausência de algumas delas, implicará no julgamento de mérito, pois houve cognição exauriente a respeito daquela condição da ação ausente, como, por exemplo, no caso de ilegitimidade do polo passivo, que apenas é aferido após a realização de provas. Em face daquele réu ilegítimo, deve haver o julgamento de mérito, para que não seja possível ajuizar novamente a ação, sob pena de ineficácia do julgamento jurisdicional.

Por fim, interessante ressaltar os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais entendem que as condições da ação devem ser conhecidas no momento do despacho da exordial, seguindo a teoria da asserção, e esse é o entendimento da maior parte do Ministros.

Em contrapartida, ainda há, como no caso do Desembargador Nicolau Masselli, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o entendimento que, pode-se a qualquer tempo, ser apreciado as condições da ação enquanto não houver sentença de mérito, pensamento este, no meu entendimento, que afronta o princípio da economia processual com a produção de provas desnecessárias para só ao final se reconhecer a carência da ação,

principalmente nos dias atuais em que se cobra maior celeridade processual ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Alvim. Manual de Direito Processual Civil. 13. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BICALHO, Murilo Facio. As condições da ação e a observância ao princípio constitucional de amploa acesso ao judiciário. In: CASTRO, João Antônio Lima Castro; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). Direito Processual: reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 14 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei n.º 5.869 de 11.01.1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 18 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0024.08.074863-5/001. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=8&txt_processo=74863&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=teoria%20da%20asserção&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 14 dez. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n° 1.0394.05.050947-7/001. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=394&ano=5&txt_processo=50947&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=teoria%20da%20asserção&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 14 dez. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do processo de conhecimento. Vol. 1, 9ª. Ed. Bahia: JusPodivm, 2008.

FORTUNA, Evandro. Condições da ação. Disponível em: <http://dc127.4shared.com/img/pMtSFDFx/preview.html>. Acesso em: 09 ago. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria gerla do processo: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da ação – com ênfase à ação civil pública para tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Vol. 1., 3ª ed. rev., e atual. 2. tir. São Paulo: RT, 2008.

_____. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado, 7ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. São Paulo: RT, 1998.

_____. Elementos de direito processual civil. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Alessandra Priscila Moura. Condições da ação: uma questão de mérito ou uma questão processual? Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2114/condicoes-da-acao-uma-questao-de-merito-ou-uma-questao-processual>. Acesso em: 21 jun. 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 1: processo de conhecimento. 7 ª ed. ver., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.