

CONDIÇÕES DA AÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CPC PROJETADO
CONDITIONS OF ACTION, FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE NEW CIVIL
PROCEDURE CODE

Morgana Henicka Galio

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Email: morgana.henicka@gmail.com Artigo recebido em 30/10/2014 e aprovado em 28/11/2014.

Resumo: Este texto tem o objetivo de analisar as condições da ação no direito processual brasileiro, desde sua sistematização pela doutrina de Enrico Tullio Liebman, até às inovações trazidas pelo Código de Processo Civil ainda em trâmite no Poder Legislativo. Também será objeto de estudo a natureza jurídica da sentença que reconhece a ausência de alguma das condições da ação, bem como, a Teoria da Asserção, construída numa tentativa de mitigar as contradições entre a realidade processual e o texto legal. Por fim, o texto se dedica ao estudo das condições da ação sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: processo civil, condições da ação, direitos fundamentais, asserção, novo CPC.

Abstract: This text aims to analyze the conditions of action in the Brazilian procedural law, since its systematization by the doctrine of Enrico Tullio Liebman, to the innovations introduced by the new Code of Civil Procedure still pending in the Legislature. Also will analyze the theory of Assertiveness, constructed to justify the legal nature of sentence which judges terminated the process due to the absence of any of the conditions of action. Finally, the text is devoted to the study of the conditions of action from the perspective of fundamental rights.

Keywords: civil procedure, conditions of action, fundamental rights, assertion, new CCP.

1 INTRODUÇÃO

O conceito contemporâneo de processo compreende a teoria desenvolvida por Elio Fazzalari, de que processo é, em sua essência, um procedimento em contraditório, que possui natureza pública e base constitucional.

Assim, o procedimento somente constitui processo quando a garantia do contraditório estiver presente, subsidiando a aplicação dos direitos fundamentais.¹ Neste contexto, o estudo do processo deve estar aliado aos direitos fundamentais. O processo deve ser estudado a partir dos direitos fundamentais, numa perspectiva interdisciplinar.

As condições da ação, desta forma, merecem atenção especial, tendo em vista que sua análise e a definição de sua natureza influenciam diretamente a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito processual.

Ressalta-se que a aplicação das regras que determinam a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido de forma legalista, como regras de tudo ou nada, sem a devida ponderação de acordo com caso concreto corresponde, muitas vezes, a uma violação aos direitos fundamentais.

Desta forma, as condições da ação desempenham um importante papel no direito processual e para a efetividade do acesso à justiça.

2 ASPECTOS GERAIS DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Condições da ação são definidas pela doutrina tradicional como condições para o exercício do direito de ação ou como condições para a análise do mérito da demanda. Enrico Tullio Liebman formulou uma teoria que reconhecia as condições da ação como elementos localizados entre os pressupostos processuais e o mérito, por isso mereciam uma análise separada do mérito e dos pressupostos processuais. Esta teoria foi adotada integralmente pelo Código de Processo Civil de 1973.²

A teoria eclética de Liebman estava ligada tanto às ideias de Calamandrei, de que a ação é concreta, material e privada, como às de Carnelutti, de que a ação é abstrata, processual e

¹ LAMY, Eduardo Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

² LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 35, n. 188, p.69-100, Out. 2010.

pública, fazendo uma relação entre ambas. Liebman definiu a teoria da ação como um direito próximo ao direito material, mas também público, abstrato e distinto do mérito.³ É, ainda, subjetivo, pois é condicionado à existência de certos requisitos denominados condições da ação.⁴ De acordo com o doutrinador italiano, o direito de demandar ao Judiciário é distinto do direito a receber uma sentença de mérito, pois o primeiro tem natureza constitucional, ao passo que o segundo tem natureza processual.⁵

Frise-se que Liebman não impõe condições ao direito de “acesso à Justiça”, e sim ao direito a receber uma sentença de mérito. O autor relaciona atividade jurisdicional ao julgamento de mérito, portanto, nos casos em que se verifica carência da ação não há atividade jurisdicional.⁶ Outrossim, destaca que “as condições da ação, como requisitos que condicionam o conhecimento do mérito, não podem estar incluídas no mesmo”.⁷

As condições da ação em conjunto com os pressupostos processuais formam os requisitos de admissibilidade para a análise de mérito, pois este só será apreciado se todas as condições estiverem presentes.⁸ O juiz, diante do caso concreto, antes de conhecer e julgar o mérito, irá analisar se a ação foi exercida regularmente, por isso tais questões são preliminares ao mérito.⁹ Estes elementos fazem parte do trinômio avaliado pelo julgador: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da demanda. Portanto, a ausência de alguma das condições impede o regular exercício do direito de ação, mas não determina a inexistência da ação, do processo ou da decisão judicial.¹⁰

O atual Código de Processo Civil lista três condições da ação: legitimidade para a causa, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, estão expressas no inciso VI do art. 267 e, pelo menos em tese, a ausência de qualquer destes elementos acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito. Ocorre a denominada carência da ação.

³ LAMY, Eduardo Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 147-148

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 146.

⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 35, n. 188, p.69-100, Out. 2010.

⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 35, n. 188, p.69-100, Out. 2010.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 147.

⁸ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 212.

⁹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 67.

¹⁰ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72-73

2.1 Legitimidade para a causa

Legitimidade é a afirmação de que autor e réu são os titulares do direito em conflito, pois a lei reconhece que qualquer pessoa pode dirigir-se ao juízo para que intervenha e imponha o império da lei. Assim, aquele a quem a lei atribui este poder e aquele contra quem o pedido deve ser feito são as pessoas legítimas.¹¹ A legitimidade para a causa diz respeito ao detentor do direito de ação e pode ser dividida em ordinária e extraordinária.

É ordinária a legitimidade quando o titular do direito material que se objetiva resguardar é o mesmo titular do direito instrumental de ação utilizado como meio para sua proteção. Nestes casos, então, os autores da ação são os próprios titulares do direito material em questão. Já a legitimação extraordinária ocorre quando o direito instrumental de ação é transferido para outra pessoa, acarretando a substituição processual, que consiste na defesa em nome próprio de direito alheio.¹²

Com efeito, insta observar o posicionamento de alguns doutrinadores, como Fredie Didier Jr. O autor entende que a legitimidade extraordinária corresponde a um pressuposto processual de validade, portanto, sua falta acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito. Por outro lado, a ausência de legitimidade ordinária demonstra a ausência de titularidade do direito afirmado, de modo que causa a improcedência do pedido, revelando-se uma questão de mérito e não de admissibilidade.¹³

Já Eduardo Lamy defende que a análise acerca da legitimidade sempre vai originar uma decisão de mérito, tendo em vista que o conteúdo das condições e o conteúdo do mérito são situações indissociáveis.¹⁴

2.2 Interesse de agir

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 142-143.

¹² LAMY, Eduardo Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 155.

¹³ DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate**. Disponível em <<http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>> Acesso em 07 ago 2014. p. 5.

¹⁴ LAMY, Eduardo Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. 1. vol. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 334.

O interesse de agir equivale à necessidade e utilidade da tutela jurisdicional para a satisfação do interesse material do autor, somado à adequação do procedimento escolhido. De acordo com Liebman, “a existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor o interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolver”.¹⁵ Este interesse é resultado da indispensabilidade da jurisdição para recompor um direito lesado, evitar ou reparar um dano injusto.¹⁶ A ação deve ser necessária para proteção do direito material e o modelo procedimental deve ser apto para protegê-lo.

Não há interesse ou utilidade quando não for possível obter o resultado almejado por meio da ação, como, por exemplo, se ocorreu a perda do objeto, pois neste caso é inútil continuar com o processo.¹⁷

A ação declaratória é que detém os maiores problemas com relação ao interesse de agir, pois é possível ação unicamente para declarar a existência ou inexistência de relação jurídica, bem como, para declarar autenticidade ou falsidade de documento, conforme determinação expressa no Código de Processo Civil (artigo 4º). Contudo, não se vislumbra interesse processual quando se trata de mera consulta, pois o Poder Judiciário não é órgão consultivo ou opinativo.¹⁸

2.3 Possibilidade jurídica do pedido

Pedido juridicamente impossível é aquele que, de forma abstrata, não é admitido pela lei, seja qual for a causa em que ele é fundado. “O pedido juridicamente impossível é juridicamente impossível sempre, nada importando se verdadeiros ou falsos os fatos em que se fundamenta”.¹⁹ Se impossível o pedido, o juiz não deve sequer conhecer da lide, pois de qualquer forma não pode atender o pleito do autor.²⁰

¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 141.

¹⁶ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 119.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p.283.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p.283.

¹⁹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de et al. O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 32, n. 152, p.11, Out. 2007. p. 25

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 140.

O pedido precisa estar em conformidade com o ordenamento jurídico, por isso não podem ser impossíveis ou ilícitos. A pretensão do autor deve ser, ao menos, plausível. Portanto, a verificação da possibilidade jurídica do pedido consiste numa análise perfunctória do mérito.²¹

Sendo assim, há de se destacar a posição doutrinária de que analisar a possibilidade jurídica implica necessariamente em analisar o mérito, ainda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico, isto porque considerar um pedido juridicamente impossível significa o mesmo que considerá-lo manifestamente improcedente.²²

Esta condição foi elencada na fase inicial do pensamento de Liebman. Contudo, o próprio Liebman, a partir da terceira edição de seu manual, na década de 1970, deixou de entender a possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação, pois se tratava de análise de mérito,²³ bem como, que não havia interesse de agir em um processo em que o pedido é contrário ao sistema jurídico.²⁴

2 NATUREZA DA DECISÃO

No direito brasileiro, a natureza da sentença é definida pelo seu conteúdo e o Código de Processo Civil determinou no artigo 267, VI, que a ausência de alguma das condições da ação acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito. Ressalta-se que somente a sentença de mérito faz coisa julgada material. Desta forma, a sentença que reconhece a inexistência de condições da ação somente faz coisa julgada formal, cujos reflexos são unicamente endoprocessuais, permitindo a discussão de tais questões novamente em outro processo.²⁵

Mas o tema desperta grande divergência na doutrina, possibilitando com que diversos autores formulem suas próprias teorias acerca da natureza da decisão que julga o processo com base nas condições da ação.

²¹ LAMY, Eduardo Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 54

²² FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 110-111.

²³ BENET, Paula Fernandes. Carência de ação e natureza do provimento que a reconhecer. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PAULA%20BENEDET-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>> Acesso em 06 ago 2014. p. 20

²⁴ LAMY, Eduardo Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 154-155.

²⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 101.

O problema da teoria de Liebman, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, não está em condicionar o direito a uma sentença de mérito, mas em afirmar que é possível verificar se a parte é legítima, se tem interesse ou se o pedido é juridicamente possível sem analisar o mérito do processo. “A extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação é uma ficção, algo que não condiz com a realidade e somente deixa de fazer coisa julgada, porquanto o legislador quis que assim fosse”.²⁶

Traçando sua corrente, Fredie Didier Jr. entende que existem somente dois tipos de juízo: admissibilidade e mérito. Não há justificativa, desta forma, para criar uma terceira categoria, visto que na maioria das situações as condições da ação se confundem com o mérito (legitimidade ordinária e possibilidade jurídica do pedido) e, quando não for este o caso, as condições devem ser consideradas pressupostos processuais de admissibilidade (legitimidade extraordinária e interesse de agir).²⁷

Contrariamente, cita-se a lição de Eduardo Lamy, que parece acertada ao afirmar que as condições da ação são matérias naturalmente interdisciplinares, razão pela qual não versam somente sobre a forma, mas, principalmente, sobre o mérito da causa. Desta forma, não são meras condições para o direito de ação, pois tratam do próprio direito material em análise, resolvendo essencialmente o mérito da demanda. Nas palavras do autor, “analisar as condições da ação significa analisar o próprio mérito”.²⁸

3 TEORIA DA ASSERÇÃO

A teoria de Liebman, insculpida no Código de Processo Civil ainda em vigor, identifica as condições da ação como preliminares ao mérito, ainda que a carência da ação somente possa ser reconhecida a partir das provas produzidas no processo.²⁹

Por outro norte, a teoria da asserção, desenvolvida por Kazuo Watanabi defende a ideia de que as condições da ação devem ser analisadas do ponto de vista da cognição. São condições para o julgamento do mérito que devem ser analisadas *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou pelo autor na petição inicial. Assim, se o juiz, analisando apenas as alegações do autor,

²⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 35, n. 188, p.69-100, Out. 2010.

²⁷ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 214-215.

²⁸ LAMY, Eduardo Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. 1. vol. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 334.

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 102

verificar que não foram preenchidas as condições da ação, pode extingui-la antecipadamente sem resolução do mérito, a fim de impedir que sejam realizados atos inúteis ao deslinde da causa.

Sendo assim, reconhecida a ausência das condições da ação de início, *in statu assertionis*, não haverá julgamento de mérito, nem coisa julgada material. Mas se esta constatação for feita somente após uma cognição plena, após a instrução probatória, a decisão deve ser de mérito pela improcedência do pedido.³⁰ Neste caso, já terá ocorrido o amadurecimento das condições da ação, portanto, o julgamento pela carência é uma forma de resolver o mérito, fazendo, portanto, coisa julgada material.³¹

O objetivo da teoria é evitar que o processo seja extinto sem resolução do mérito após vários anos de tramitação e debate processual, por isso é uma forma de mitigar os efeitos da lei e evitar a contradição entre a evidente natureza de mérito da decisão e o texto legal.

A teoria da asserção também sofre severas críticas, pois muitos processualistas entendem que a natureza de uma questão não muda conforme o momento do processo em que ela analisada. A ilegitimidade ordinária, por exemplo, deve ensejar sempre uma decisão de mérito, sendo indiferente se a decisão foi proferida antes ou depois da instrução probatória.³² Assim, afirma Eduardo Lamy que seja qual for o momento do seu reconhecimento, a carência da ação nada mais é do que um juízo de mérito.³³

Ademais, a teoria da asserção pode causar uma circunstância, no mínimo, inusitada, pois basta que o autor minta no relato dos fatos que a petição será recebida e ensejará uma sentença de mérito, tendo em vista que a natureza da sentença será de acordo com a consistência do relato fático do demandante.³⁴ Entretanto, apesar das críticas, a teoria é admitida pois se trata da melhor forma para minimizar os inconvenientes causados pela aplicação literal do art. 267, §3º do Código de Processo Civil.³⁵

4 CONDIÇÕES DA AÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

³⁰ BENET, Paula Fernandes. Carência de ação e natureza do provimento que a reconhecer. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PAULA%20BENEDET-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>> Acesso em 06 ago 2014. p. 19-20

³¹ LAMY, Eduardo Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. 1. vol. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 337.

³² DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 219.

³³ LAMY, Eduardo Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. 1. vol. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 337.

³⁴ LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 35, n. 188, p.69-100, Out. 2010.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 219.

As condições da ação, assim como todos os outros institutos do direito processual, precisam ser estudadas a partir de uma análise interdisciplinar, sempre permeada/alinhada pelo direito constitucional, sob o prisma dos direitos fundamentais.

O acesso à justiça e o direito a um julgamento justo fazem parte da esfera de direitos fundamentais diretamente relacionados com o processo. Afinal, a existência de um direito material por si só não garante a solução do litígio, é necessário que este direito seja efetivamente declarado pelo Poder Judiciário e tal declaração é obtida por meio do processo.

O processo, portanto, tem um importante papel no cenário jurídico, pois é responsável por realizar a ligação entre o direito material e a parte que é titular deste direito. Não se trata meramente de procedimentos jurídicos, e sim de um instrumento essencial para alcançar e concretizar direitos. A observância dos direitos fundamentais, neste contexto, é imprescindível para a efetividade da jurisdição e é intrínseca ao próprio conceito de processo.

A partir desta relação entre processo e direitos fundamentais, destaca-se a importância das condições da ação, que assumem a posição de requisitos indispensáveis para o exame do verdadeiro objeto da ação. A ausência de alguma das condições torna o processo inútil, restando ineficaz a tutela que aprecia a pretensão do autor. Imprescindível destacar, contudo, que a análise das condições da ação deve ser compatível com a Constituição Federal, que garante o direito de ação.³⁶

Destarte, as condições da ação podem ser consideradas não apenas como condições para o exercício do direito de ação, nem como direito ao julgamento de mérito, mas como uma análise do mérito propriamente dito, tendo em vista que na maioria das situações em que se reconhece a carência, o que está em julgamento é a improcedência do pedido.³⁷

Ao admitir que esta análise não é meramente preliminar, e sim um verdadeiro julgamento da lide, é importante destacar que a carência da ação muitas vezes limita o próprio acesso à justiça, pois limita o acesso à jurisdição nos casos em que as “condições da ação” não são nítidas ou merecem ser interpretadas de acordo com o caso concreto.

Por isso surge a importância de flexibilizar as condições da ação à luz dos princípios constitucionais. Esta flexibilização não se trata unicamente de definir a natureza da sentença que

³⁶ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁷ LAMY, Eduardo Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. 1. vol. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

reconhece a carência da ação, vai muito além, pois diz respeito à própria limitação do direito material da parte. A limitação à atividade jurisdicional trazida pelas condições da ação não pode ser tão formalista a ponto de ferir a função social do processo, que está vinculado aos direitos fundamentais de acesso à justiça e processo justo. Daí a necessidade de flexibilização do exame das condições da ação.

A discussão com relação à natureza da decisão é extensa e interfere na formação da coisa julgada, bem como, na possibilidade de propor novamente a demanda ou de reformar a sentença por meio de ação rescisória. Entretanto, é necessário dar a devida atenção a outro aspecto das condições da ação, a aplicação das regras de legitimidade, interesse e possibilidade do pedido.

As regras das condições da ação, apesar de serem regras cuja aplicação normalmente se dá por “tudo ou nada”, também devem ser ponderadas, justamente porque trata do direito material que está em discussão, de modo que devem ser observados princípios de proporcionalidade, de razoabilidade em sua avaliação. A maleabilidade, desta forma, deve se dar com relação à “interpretação das regras constituídas pelas condições da ação juntamente com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, da inafastabilidade e dos direitos fundamentais à efetividade e ao acesso à justiça”.³⁸

Por exemplo, a partir desta leitura, é possível vislumbrar uma ação promovida contra réus que não sejam previamente identificados, como uma ação possessória movida em face do Movimento Sem Terra. Igualmente é possível citar o caso de pedido de jurisdição voluntária sem a indicação de réus como alternativa processual aos pedidos de recuperação judicial. E ainda outros casos de ações coletivas passivas, como a ação movida pela a classe dos psicólogos em face da classe dos médicos, pela prática de atos pelo Conselho Federal de Medicina que prejudicou a atuação profissional dos psicólogos.

4.1 O caso da flexibilização de legitimidade

No processo civil a regra é que ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei. A legitimidade da parte é uma das condições da ação.

Pois bem, no estado do Rio de Janeiro, uma grande pessoa jurídica, que empregava milhares de funcionários, passou a ter com o tempo um grande número de funcionários afastados

³⁸ LAMY, Eduardo Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. 1. vol. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 337.

em razão de benefícios previdenciários, como auxílio doença e aposentadoria por invalidez. Ocorre que a situação tomou proporções tão grandes, que a empresa começou a ser prejudicada, pois dependia da continuidade ou não da relação previdenciária. Entretanto, o INSS, que é o responsável por realizar as perícias médicas para manter ou não os benefícios, não estava cumprindo sua função tempestivamente, deixando de realizar as referidas perícias, apesar dos inúmeros requerimentos administrativos formulados pela empresa.

Diante disso, a pessoa jurídica foi a juízo, na Justiça Federal, individualmente em nome de cada empregado afastado, buscar a condenação do INSS na realização das perícias e a definição do retorno ou não dos empregados afastados, conforme o caso. Em primeiro grau os processos foram todos extintos, sem julgamento do mérito, por falta de legitimidade da parte, pois somente o empregado afastado poderia pleitear tal coisa. No Tribunal Regional Federal a situação foi recebida de forma distinta, as duas turmas especializadas que compõem o tribunal tiveram posicionamentos diferentes, sendo que uma delas negou provimento aos recursos e a outra deu provimento para cassar as sentenças terminativas e, na maioria dos casos, aplicar o art. 515, §3º (causa madura) para julgar procedente o pedido. Convém analisar a decisão que deu provimento ao recurso:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO VISANDO COMPELIR O INSS A PROCEDER À REVISÃO DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA ATRELADA À RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DA LEGITIMIDADE PASSIVA E DO INTERESSE PROCESSUAL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC. 1. Hipótese que consiste em ação ajuizada pela CSN visando compelir o INSS a proceder à perícia médica de segurado da previdência (segundo réu), relativo ao benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, tendo o MM. Juízo a quo julgado extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC. 2. Alegação de que a omissão da autarquia previdenciária em não promover os exames periciais estabeleceria instabilidade jurídica no tocante à relação trabalhista, já que o contrato não estaria extinto, mas apenas suspenso, nos termos do artigo 475, da CLT. 3. Verifica-se que a situação concernente à relação jurídica de trabalho existente entre a

autora (CSN) e seu empregado, está atrelada ao desdobramento da relação jurídica previdenciária entre o segurado e o INSS, fato suficiente para caracterizar a legitimidade ativa da CSN no feito e demonstrar, além de seu interesse jurídico no implemento das normas legais que regulam a sistemática revisional da manutenção do benefício, por consequência, o seu interesse processual, em vista da utilidade e necessidade do provimento jurisdicional postulado. 4. Anulação da sentença e aplicação do artigo 515, § 3º, para julgar procedente o primeiro pedido formulado pelo autor (compelir o INSS a promover a perícia médica em relação ao segurado em questão - 2º réu), a fim de que a autarquia previdenciária implemente, com a máxima urgência, no prazo de trinta dias da intimação, todas as medidas necessárias à realização do exame pericial obrigatório do segundo réu, julgando, outrossim, improcedentes os demais pedidos, por serem manifestamente incabíveis. 5. Apelação conhecida e parcialmente provida.

(TRF-2, AC – 200551040033589, Primeira Turma Especializada, Des. Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, 29/01/2008)

O fundamento da procedência consiste que a situação concreta, no entendimento do relator dos acórdãos, era uma situação específica, que exigia uma análise particular, pois a ação evidenciava a existência de necessidade, utilidade e legitimidade da empresa para a propositura que estava sofrendo o prejuízo e os empregados afastados dificilmente entrariam com a ação análoga.

O caso em questão demonstra a possibilidade de flexibilização das condições da ação com intuito de garantir o acesso à justiça. Isto porque a parte autora era titular de um direito que estava sendo violado, entretanto, a regra processual, por si só, não era capaz de proporcionar a solução do litígio, pois impunha a limitação das condições da ação.

Analisando a situação, entretanto, tornou-se evidente o interesse do autor, que apesar de não se enquadrar com exatidão no texto legal, estava amparado pela função social do processo. As condições da ação são necessárias para o bom desenvolvimento do processo e eficácia da prestação

jurisdicional, mas não podem ser responsáveis por impedir que a parte, cujos direitos estão sendo claramente violados, tenha seu caso apreciado pelo Poder Judiciário.

A regra processual deve ser analisada conforme o caso concreto e flexibilizada, quando for necessário, a fim de garantir os preceitos fixados pela Constituição. Afinal, o processo civil, assim como todas as áreas do direito, devem ser interpretados à luz do direito constitucional, buscando concretizar os dizeres da Carta de 1988.

O processo supracitado é um exemplo da correta flexibilização e adequação das condições da ação ao caso concreto, pois afirmou que a relação existente entre o autor da ação, seus funcionários e a parte ré eram suficientes para comprovar a existência de interesse no processo e a legitimidade para causa:

Da leitura de tais preceitos, conclui-se que a situação concernente à relação jurídica de trabalho existente entre a autora (CSN) e seu empregado, está atrelada ao desdobramento da relação jurídica previdenciária entre o segurado e o INSS, fato suficiente, a meu ver, para caracterizar a legitimidade ativa da CSN no feito e demonstrar, além de seu interesse jurídico no implemento das normas legais que regulam a sistemática revisional da manutenção do benefício, por consequência, o seu interesse processual, em vista da utilidade e necessidade do provimento jurisdicional postulado. Em tal contexto, deve ser afastada a sentença que extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, eis que estão presentes, no caso, as condições da ação.

Portanto, trata-se de uma situação em que a flexibilização das condições da ação se fez necessária para garantir o acesso à justiça pela parte que tinha interesse.³⁹ Insta observar que esta flexibilização não pode ocorrer de forma desmedida, trata-se de uma decisão fundamentada, baseada em princípios fundamentais e com o verdadeiro objetivo de resolver o conflito existente, não apenas afastá-lo da análise do Judiciário, solidificando a real função do processo e da jurisdição de entregar o direito à parte que o necessita.

5 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CPC PROJETADO

³⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 34, n. 174, p.325-338, Ago. 2009.

O texto do novo Código de Processo Civil ainda está em trâmite junto ao Poder Legislativo, entretanto, até a redação final apresentada pela Câmara dos Deputados, notam-se algumas alterações. O atual Código de Processo Civil afirma expressamente no artigo 267, VI, que na ausência qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual o processo será extinto sem resolução do mérito. O CPC projetado, por outro lado, limita-se a afirmar que o processo será extinto sem análise do mérito quando o juiz verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual. Igualmente a expressão “carência da ação” não mais está presente no rol de preliminares que devem ser arguidas na contestação, tendo em vista que o inciso menciona apenas “ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

Observam-se, assim, duas omissões no texto do Código de Processo Civil projetado com relação à matéria, a primeira delas é que não se utiliza mais a expressão condições da ação em momento algum do texto. A segunda é que a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser considerada uma causa de extinção do processo sem resolução do mérito.

Diante disso, Fredie Didier Jr. entende que a ausência da possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção sem resolução do mérito consagra o entendimento de parte da doutrina de que a impossibilidade jurídica do pedido é causa de decisão de mérito, portanto, de improcedência do pedido e não de inadmissibilidade. Também não há menção à possibilidade jurídica no rol hipóteses de indeferimento da petição inicial.⁴⁰

Por outro lado, Alexandre Freitas Câmara defende posicionamento contrário, de que a possibilidade jurídica do pedido não consiste em análise de mérito por si só e entende que sua retirada do texto legal se deu em razão de que sua ausência caracteriza falta de interesse de agir. A possibilidade jurídica do pedido estaria, portanto, incluída no conceito de interesse processual, razão pela qual seria desnecessário mantê-la como elemento autônomo das condições da ação.⁴¹

Sobre a alteração, Marinoni e Mitidiero apontam que o ideal seria também a retirada da legitimidade e do interesse de agir do rol previsto no artigo referente à extinção sem resolução do

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate**. Disponível em <<http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>> Acesso em 07 ago 2014. p. 4

⁴¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 36, n. 198, p.227-236, Ago. 2011. p. 229

mérito. Adequado seria o Código de Processo Civil projetado reconhecer que tais elementos fazem parte do direito material deduzido em juízo, de modo que acarretam decisões de mérito.⁴²

Em razão da omissão do CPC com relação à expressão “condições da ação”, Fredie Didier Jr. afirma que esta categoria foi extinta do processo civil. A única justificativa para o estudo da matéria, de acordo com o autor, seria a sua presença no texto legal. Assim, com sua retirada, não há razão para seu estudo em separado, razão pela qual estariam agora inseridos no repertório teórico dos “pressupostos processuais”. Não havendo mais a categoria “condições da ação”, a legitimidade e o interesse passam a integrar, na opinião do autor, o juízo de admissibilidade do processo, havendo apenas pressupostos processuais e mérito.⁴³

A legitimidade e o interesse passariam, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.⁴⁴

Em sentido contrário posiciona-se, novamente, Alexandre Freitas Câmara, pois para este autor a simples omissão da expressão “condições da ação” do texto legal não é capaz de extinguir tal categoria do estudo do processo. Condições da ação e pressupostos processuais não se confundem, pois possuem conteúdos distintos, por isso ambos continuarão existindo após o advento do novo CPC.⁴⁵

A partir do debate suscitado pelos autores supracitados e respeitando posicionamentos doutrinários contrários, parece-nos mais adequado considerar que o estudo das “condições da ação” se dará apenas em razão de sua tradição no processo civil, pois não há no texto legal a indicação de que esta categoria específica permaneça com a mesma nomenclatura. O que não pode ser esquecido é que, apesar da legislação processual vindoura não utilizar a terminologia atribuída pela doutrina, ainda permanece a diferenciação entre pressupostos processuais e os requisitos de interesse processual e legitimidade da parte.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 126-127.

⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 36, n. 198, p.227-236, Ago. 2011. p. 233

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate**. Disponível em <<http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>> Acesso em 07 ago 2014. p. 4

⁴⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 36, n. 198, p.227-236, Ago. 2011. p. 230

Esta diferenciação pode ser observada no artigo que referente à extinção do processo sem resolução do mérito, que traz como uma das causas de extinção a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; e outra causa distinta a ausência de legitimidade ou de interesse processual⁴⁶. Mantém-se, desta forma, a diferenciação entre os pressupostos processuais e a existência de interesse e legitimidade, que por apego à tradição continuamos denominando “condições da ação”.

Ademais, a retirada da possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação é medida mais que acertada, tendo em vista que o próprio Liebman, responsável pelo desenvolvimento dos estudos das condições da ação, ainda na década de 70 afastou a possibilidade jurídica do pedido como requisito essencial para o exercício da ação. Afinal, se o pedido é juridicamente impossível, certamente o processo não será útil ou necessário, portanto, não haverá interesse processual, de modo que esta condição está contida no interesse.

Ressalta-se que a retirada desta condição do texto legal não causa limitação aos doutrinadores, pois a existência ou não de possibilidade jurídica do pedido continuará a ser estudada, só não mais como requisito específico, e sim como parte integrante do interesse processual da parte.

O projetado, portanto, traz inovações no estudo do processo de conhecimento, mas não alterou a natureza do pronunciamento que julga com base nas condições da ação, pois, apesar da verificação de interesse e legitimidade estar intimamente ligada ao mérito da questão – como pôde ser observado no caso anteriormente citado da flexibilização de legitimidade – para o Código de Processo Civil o pronunciamento judicial continuará a ser sem julgamento do mérito. Também, é possível desde já concluir que as condições da ação não deixarão de ser tema polêmico na doutrina, tendo em vista que antes mesmo de entrar em vigor já se observam posicionamento completamente divergentes, inclusive com relação à própria permanência ou não da categoria “condições da ação”. Os avanços trazidos pelo projeto com a retirada da possibilidade jurídica do pedido e da expressão “carência da ação” são notáveis, mas permanece o debate com intuito de promover alterações acerca da natureza da decisão que extingue o processo ante a ausência de legitimidade ou interesse de agir, a fim de adequá-la à realidade forense brasileira.

⁴⁶ Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando:

(...)

IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

(...)

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

(...)

6 CONCLUSÃO

Após esta sintética análise acerca das condições da ação, é possível extrair algumas conclusões iniciais.

A matéria é extremamente controvertida, mas de todas as posições doutrinárias, ainda é tímida a corrente que analisa as condições da ação sob o aspecto dos direitos fundamentais e é justamente esta a discussão relevante, de efeitos práticos para o processo.

O processo civil tem como objetivo principal entregar ao autor o bem da vida almejado, pois de nada adianta uma sentença que reconheça a procedência dos pedidos, mas que não possa ser executada, portanto, não produza seus efeitos. Desta forma, o processo deve estar atento ao seu escopo primeiro, que consiste em efetivamente atender as pretensões das partes, para que todos tenham acesso efetivo à jurisdição.

Assim, a questão fundamental inicial é afastar a utopia de que as condições da ação consistem numa análise superficial e formal para entender que tratam efetivamente do mérito da causa, razão pela qual devem ser analisadas a partir dos aspectos constitucionais.

Neste contexto, a flexibilização é imprescindível para garantir que as partes tenham acesso à justiça, ainda que não se encaixam nos moldes tradicionais das condições da ação, como foi possível verificar nos exemplos trazidos neste texto.

Destarte, para que a ação atinja as finalidades as quais se propõe é imprescindível repensar os conceitos básicos do processo civil. Fazer uma releitura dos institutos é uma necessidade cada vez mais urgente dentro de um sistema processual constitucionalista apto a defender os princípios firmados na Constituição Federal. Afinal, num país em que diariamente se realiza o combate às desigualdades sociais a busca pelo acesso à justiça, é indispensável a efetividade do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BENET, Paula Fernandes. Carência de ação e natureza do provimento que a reconhecer. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PAULA%20BENEDET-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>> Acesso em 06 ago 2014.

- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Condições da ação e o princípio constitucional do acesso à justiça. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p.759.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 36, n. 198, p.227-236, Ago. 2011.
- DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate**. Disponível em <<http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>> Acesso em 07 ago 2014.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LAMY, Eduardo Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. 1. vol. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- LAMY, Eduardo Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 147-148
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 35, n. 188, p.69-100, Out. 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 34, n. 174, p.325-338, Ago. 2009.
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de et al. O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 32, n. 152, p.11, Out. 2007.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.