

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
Especialização em Direito Processual Civil – 10ª Edição

Leticia Vaz Comunello

DA *ACTIO* ROMANA À ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO

Porto Alegre

2016

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho identificará os aspectos relevantes acerca da evolução histórica da Teoria da ação, a fim de possibilitar uma análise da teoria adotada pelo código de 1973, e, a possível teoria adotada pelo novo código de processo civil de 2015.

Por certo que este estudo não visa esgotar o tema que se desenvolveu por séculos de história, eis que traçaremos os elementos essenciais para a global compreensão da complexidade da matéria, possibilitando identificar as conclusões propostas.

A primeira parte do trabalho se destinará a analisar a evolução histórica acerca da teoria da ação. Como não poderia ser diferente, inicialmente traçaremos alguns conceitos do direito romano para então demonstrar como tais pensamentos influenciaram os doutrinadores do direito do Séc. XIX até a época moderna.

A segunda parte do trabalho identificará a teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, conceituando os termos utilizados na legislação e por fim, traçar suas principais críticas.

A terceira parte do trabalho se dedicará a visualizar as alterações do novo diploma processual à luz da doutrina que já se manifestou sobre o tema, para, então, ser possível delinear uma possível nova teoria da ação.

Importante destacar a relevância do presente estudo notadamente na ausência de material doutrinário sobre o tema, tendo em vista ainda, a atualidade do recém inserido novo diploma legal, bem como, e fundamentalmente, em razão de que o debate sobre a teoria da ação foi justamente o que propiciou a evolução e aprofundamento da própria teoria, motivo para a necessidade de dar continuidade à polemica do tema.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DA TEORIA DA AÇÃO

A importância do desenvolvimento histórico acerca das teorias da ação torna fundamental à realização de uma breve definição dos pensamentos realizados pelos processualistas ao longo dos anos, e, assim, tornar viável a interpretação do atual fenômeno em nosso ordenamento.

2.1 A ESTRUTURA PROCESSUAL JURÍDICA ROMANA

A estrutura jurídica Romana foi marcada por suas transformações no decorrer da história, podendo ser descrita como “*um processo paulatino de diminuição da possibilidade de se recorrer à defesa privada do direito subjetivo, até que, a partir do período clássico, essas hipóteses passam a ser exceção à regra*”¹ e se dividiu em três grandes momentos: *legis acciones, per formulas e cognitio extraordinária*.

Inicialmente, as pessoas privadas exerciam a justiça com as próprias mãos, com o desenvolvimento da sociedade e, principalmente, em razão do fortalecimento do estado, teve início a fase da vingança privada regulamentada, através da Lei de Talião².

Baseado no *ordo iudiciorum priuatorum*, que dividia a instância em duas fases: *in iure e in iudicio*, foram organizados os sistemas da *legis acciones e per formula*, quais submetiam os litígios à apreciação de um árbitro, afastando definitivamente o exercício privado da justiça e, em contrapartida passou a assegurar o cumprimento da sentença.³

A *legis acciones* se caracterizou fundamentalmente por ser um procedimento extremamente formal, o uso de uma palavra em desconformidade com a formula oral prescrita poderia resultar na perda do processo.⁴ Dentre as ações existentes (5), vale

¹ KUHN, Vagner Felipe. **Asserção: Da Teoria ao Princípio de Direito Processual Civil**. São Paulo: Nelpa, 2011.p. 29.

² CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p. 292.

³ KUHN, *op. cit.* p. 30.

⁴ CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p. 295.

ressaltar, neste ponto, a *actio sacramenti*, qual era proposta quando a pretensão não se enquadrava nas demais ações.⁵

Com o desenvolvimento da sociedade da época, o sistema da *legis acciones* não se mostrou mais suficiente para solucionar as questões advindas da complexidade das relações, e deu lugar ao sistema *per formulas*.⁶

No sistema *per formulas* permanece a divisão do procedimento em duas fases: *in iure*, perante o pretor que verificava os pressupostos para a constituição do processo, concedendo ou não a *actio*, e *in iudicium*, perante o magistrado, que concedida a ação, realizava a análise da relação de direito material.⁷

Após a definição da formula do caso específico as partes então passam a se obrigar à esta, e não mais aos contratos originários.⁸

Paralelamente ao *ordo iudiciorum priuatorum* se desenvolveu a *cognitio extraordinária*, que teve sua origem na usual intervenção do imperador na resolução dos conflitos, ignorando as regras do sistema formular.⁹

A *cognitio extraordinária* não observava a divisão nas fases *in iure* e *in iudicio* presente na *ordo*, por não ser mais apresentada ao árbitro, e sim, procedida perante um magistrado Estatal, que estava dotado de meios executórios coercitivos para garantir a obrigação ou sua restituição.¹⁰

Importante referir que ainda nesta fase do direito romano o acesso à justiça estava diretamente relacionado com as pretensões estanques previstas na classificação das ações, ou seja, fortemente vinculado à obrigação oriunda do direito material.¹¹

Neste aspecto, no direito romano a ação estava conexa diretamente ao direito subjetivo material, eis que para cada direito havia uma ação diretamente relacionada,

⁵ KUHN, Vagner Felipe. **Asserção: Da Teoria ao Princípio de Direito Processual Civil**. São Paulo: Nelpa, 2011.p. 30.

⁶ CUQ *apud ibidem*. p. 33.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 544.

⁸ CUQ *apud* KUHN, *op. cit.* p. 35.

⁹ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p. 309.

¹⁰ *Ibidem*, p. 311.

¹¹ KUHN, *op. cit.* p. 41.

se caracterizando muito mais como um “*sistema de acciones e meios processuais do que de direitos subjetivos*”.¹²

2.2 A INFLUÊNCIA CIVILISTA ROMANA NO PROCESSO CIVIL

A reverência à doutrina romana implicou na disseminação de seu estudo pela Europa, notadamente, na adoção de uma concepção civilista sobre a ação, fundada em Celso “*actio autem nihil aliud ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*”¹³, em que a ação consistia em perseguir o aquilo que lhe é devido.

Foi a partir desta ideia que Savigny desenvolveu seu pensamento, posteriormente difundido como Teoria Imanentista, que concebia a ação como “*um novo aspecto assumido pelo direito em consequência de sua violação*”¹⁴, ou seja, um novo direito oriundo da violação do direito material, ação imanente ao direito.

A teoria de Savigny foi difundida e aceita pelos estudiosos da época de maneira majoritária, surgindo variações significativas do pensamento somente após as discussões entabuladas por Windscheid e Muther, em 1856.

2.3 TEORIA CONCRETA: WINDSCHEID E MUTHER

Foi somente com a polêmica travada por Windscheid e Muther, que foi possível evidenciar as divergências entre o conceito de *actio* romana e da *Klage* (queixa) e da *Anspruch* (pretensão) alemãs.

Windscheid buscou analisar o conceito da *actio* romana, afim de verificar se este equivaleria ou não ao conceito de ação (*Klage*) alemã, da segunda metade do século XIX. Ao voltar seus olhos para o fenômeno da ação no direito romano,

¹² CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 288.

¹³ LACERDA, Galeno. **Teoria gera do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 210.

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p.168.

Windscheid pôde concluir que a ação romana não correspondia a ideia da época de ação como direito à uma queixa, e sim, uma pretensão (*Anspruch*).¹⁵

Windscheid identificou que para os romanos a questão primordial era poder acionar e não ter o direito, assim concluiu que o ordenamento jurídico romano não era um ordenamento de direitos e sim de pretensões exigíveis.¹⁶

Ocorre que a formulação proposta por Windscheid contrariava a doutrina majoritária da época, notadamente, por rebater a tese de Savigny¹⁷, fator que influenciou Muther a rebater com críticas vorazes e contundentes à obra de Windscheid.¹⁸

Em seus argumentos, em defesa de Savigny, Muther nos diz que a *actio* romana consistia sim em um direito novo, que seria oriundo da *Klage* (queixa) à autoridade do pretor, ou seja, correspondia à um direito subjetivo público.¹⁹

Os argumentos trazidos evidenciaram a existência de dois direitos distintos: um de direito privado, oriundo do direito subjetivo contra o particular, e outro de natureza de direito público, que correspondia à obtenção da formula perante o pretor no direito romano.²⁰

Neste sentido, e em divergência ao pensamento de Widscheid, Muther conclui que o ordenamento romano era de direitos e não de pretensões.

Posteriormente, Windscheid passa a admitir a existência de direitos de diversas naturezas, e esclarece que desenvolveu seu trabalho de direito civil, portanto vinculado ao direito material e não se preocupou com as questões oriundas unicamente da relação processual.²¹

Ocorre que Muther não percebeu que seu pensamento na verdade se distanciou da teoria civilista vindo a negar a tese de Savigny, eis que este não compreendia o caráter público da ação.²²

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

¹⁶ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Windscheid & Muther: A polêmica sobre a *actio* e a invenção da ideia de autonomia do direito processual. **Revista Sistema Penal & Violência**, vol. 02, p. 97-109, jan/jun 2010. p. 105.

¹⁷ LACERDA, Galeno. **Teoria gera do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 216.

¹⁸ SILVA, GOMES, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹ LACERDA, *op. cit.* p. 217.

²⁰ KHALED JUNIOR, *op. cit.*, p. 104.

²¹ *Ibidem*, p. 105.

²² LACERDA, *op. cit.* p. 219.

Diante dos argumentos trazidos por ambos doutrinadores, foi possível desenvolver a autonomia do direito processual, já idealizada anteriormente por Oskar Bülow e aprofundada posteriormente por Adolf Wach.

Demonstrando a importância da autonomia da ação em relação ao direito, Couture refere que *“Para la ciência del proceso, la separación del derecho y de la acción contituyó um fenómeno análogo a lo que represento para la física la división del átomo”*.²³

2.4 TEORIA AUTONOMA E CONCRETA: BÜLOW E WACH

Adolf Wach é reconhecido por ilustres mestres, notadamente por Chiovenda, como o pai do direito processual, eis que sua contribuição resultou na grande produção doutrinária sobre o fenômeno do processo como unidade autônoma. Analisando o fenômeno da ação declaratória negativa Wach pôde concluir que não existem apenas sentenças condenatórias, repercutindo diretamente no conceito de ação, por identificar a distinção entre o direito de plano material e o direito de plano processual.

Na sentença declaratória negativa o juiz por meio da sentença declara a não existência de uma relação material. O estudo de Wach demonstrou que existem casos em que existe ação, *“idônea a conduzir a uma sentença de mérito”*²⁴ sem a existência necessária de um direito material prévia, evidenciando a independência do direito processual em relação ao direito material.

Fundamental mencionar que Wach vinha por reforçar o já havia sido dito pelo importante jurista Bülow, idealizador dos pressupostos processuais, que:

chamara a atenção dos processualistas para a necessidade de estudar-se não apenas a relação de direito material configuradora da pretensão para cuja tutela seu titular servia-se do processo, como objeto central do direito processual, mas também a relação de direito público que se formava entre o demandante e o Estado a que aquele invocava a proteção jurisdicional.²⁵

²³ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 5 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 55.

²⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95.

²⁵ SILVA, *loc. cit.*

O direito de ação, para Wach, era interpretado como uma pretensão à tutela jurídica, ou seja, aceitava que “o direito material não é um pressuposto necessário do direito à tutela jurídica”²⁶, no entanto, os resquícios da teoria civilista consistem na compreensão da tutela jurídica como uma tutela que é prestada apenas pela sentença favorável, consistia no poder de exigir proteção judicial favorável ou ser dela merecedor.

Importante delinear que o conceito proposto por Wach teve posteriormente como maior crítica o fato de não responder à questão da sentença de improcedência, evidenciando que seus pensamentos ainda estavam fortemente enraizados à ideia civilista da época, podendo a teoria do direito concreto ser interpretado como uma continuação da teoria civilista.²⁷

À luz dos ensinamentos de Wach, foi inspirado o jurista italiano Chiovenda, que também direcionou seus estudos para a existência ou não de vínculo entre direito material e processual, reconhecendo o mestre alemão como seu “*secondo formatore (...) e processualista supremo de todos os tempos e países*”.²⁸

A teoria da ação de Chiovenda considera a existência de uma categoria de direitos especiais desenvolvida por Zitelman, chamadas de direitos potestativos. Ao realizar a classificação dos direitos Zitelman identifica que estes estão dispostos em duas categorias, uma, referente aos direitos que se exercem mediante uma prestação, e outra, referente aos direitos que se exercem integralmente independente da vontade do sujeito passivo, este último identificou como direitos potestativos.²⁹

Para Chiovenda a ação é o direito potestativo por excelência, por ser “*um poder jurídico, por meio do qual se realiza a condição necessária para a atuação da vontade da lei, no caso concreto*”³⁰, podendo ser de natureza pública ou privada dependendo do interesse movido.

Galeno Lacerda³¹ sintetiza a crítica à esta doutrina quando identifica que para Chiovenda:

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 197.

²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 94.

²⁸ HENNING, Fernando Alberto Corrêa. **Ação Concreta**: Relendo Wach e Chiovenda. Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 85.

²⁹ LACERDA, Galeno. **Teoria gera do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 221.

³⁰ SILVA, *op. cit.* p. 96.

³¹ LACERDA, *op. cit.*, p. 225.

a ação processual é o direito de reclamar uma pretensão do Estado; é uma relação de direito público que vincula as partes ao Estado; é o direito de reclamar a prestação da jurisdição. Ora, aquilo que Chiovenda denomina “atuação da vontade concreta da lei”, no fundo, nada mais é do que dizer o direito em concreto, e isto é uma prestação do Estado. Então, é evidente que, se a ação é um direito a uma prestação, ela não pode ser nunca um direito potestativo.

Demonstrada a imensa contribuição destes ilustres juristas para o desenvolvimento da ciência processual, vale ressaltar o ponto fundamental de união entre os juristas adeptos à Teoria Concreta se funda no fato de que só tem ação o titular da sentença favorável, e ainda, não considerava de maneira relevante a presença do Estado na relação processual.³²

2.5 TEORIA AUTONOMA E ABSTRATA: DEGENKOLB E CALAMADREI

A visão da ação como um direito autônomo proposta por Wach foi difundida e aceita com facilidade pelos processualistas na época, no entanto, antes mesmo das suas proposições, Degenkolb e Pólz, apoiados nas ideias de Windsched desenvolveram a teoria da ação como autônoma e abstrata.³³

Apontando como principal crítica a teoria concreta, Degenkolb refere que esta não é capaz de responder o fenômeno que corre com a ação no caso de sentença de improcedência.

Através de sua análise foi possível identificar que a ciência processual é ramo autônomo da ciência, diverso do direito material, pela noção de que o direito de ação é, na verdade, um direito subjetivo público de litigar de forma autônoma, independente do direito subjetivo material. Assim, o direito de agir é:

um direito público subjetivo conferido 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 o autor que visse sua demanda acolhida pela sentença quanto aquele que tivesse repelida sua pretensão por infundada teriam um idêntico “direito de ação”, enquanto exercício de uma pretensão de tutela jurídica perante o Estado.³⁴

³² LACERDA, Galeno. **Teoria gera do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 226.

³³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98.

³⁴ SILVA, *loc. cit.*

A teoria abstrata da ação não conquistou os adeptos da Escola de Chiovenda, que teve entre seus principais discípulos Calamandrei e Carnelutti³⁵. Neste sentido, Calamandrei ressalta que “*Essa concepção de ação poderia ocasionar instrumento perigoso a serviço dos que litigam conscientemente sem terem razão*”.³⁶

Degenkolb que também se preocupava com a concepção do direito de ação como simples direito de petição, assim, acrescentou a sua formulação a necessidade da boa-fé àqueles que ingressam com ações, visando limitar e responsabilizar o exercício do direito de ação quando não existente o direito material pleiteado.³⁷

Chiovenda proporcionou a ligação do pensamento jurídico alemão ao italiano, e inseriu este pensamento em nosso ordenamento através de seu aluno Enrico Tullio Liebman.

2.6 TEORIA ECLÉTICA: LIEBMAN

Liebman desenvolve a teoria eclética da ação, que mescla alguns dos conceitos oriundos da teoria abstrata e alguns outros conceitos da teoria concreta, identificando que:

Dentro do âmbito de generalidade do acesso à justiça estão aqueles que são titulares de um verdadeiro direito que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente.³⁸

Da doutrina abstrata permanece a ideia que a ação é um direito conferido a todos indistintamente, não somente àqueles que possuem razão e recebam uma sentença favorável. Desta maneira, o direito de ação corresponderia a um direito à jurisdição, com relevante consciência da existência de um direito constitucional de fundo.³⁹

³⁵ LACERDA, Galeno. **Teoria gera do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 228.

³⁶ KUHN, Vagner Felipe. **Asserção: Da Teoria ao Princípio de Direito Processual Civil**. São Paulo: Nelpa, 2011.p. 74.

³⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 209.

³⁸ KUHN, *op. cit.* p.78.

³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. *passim*.

L'azione si dirige infatti verso lo Stato, nella sua qualità di titolare della potestà giurisdizionale, ed è nel suo esatto significato il diritto alla giurisdizione (...) tra la azione e giurisdizione esiste perciò esatta correlazione, non potendo aver l'una senza l'altra.⁴⁰

Ocorre que, para Liebman este direito à jurisdição se inicia somente após a análise prévia das condições da ação, pois somente após isto poderia ser proferido um julgamento de mérito sobre a demanda.⁴¹

Desta maneira, para Liebman “A ação constitui apenas direito ao processo e a um julgamento de mérito e, portanto, é satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável ao autor. O que importa, para existência da ação é a presença das condições da ação”.⁴²

3. TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 1973

Havendo Liebman residido no Brasil durante muitos anos sendo professor na Universidade de São Paulo, durante o período da segunda guerra mundial foi através dele que tais conceitos foram introduzidos no Brasil que, por sua vez, influenciou sobremaneira os institutos legislados no Código de Processo Civil de 1973.⁴³

As condições da ação foram inseridas no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil de 1973, nos seguintes termos “Art. 267. *Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual*”.⁴⁴

3.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO

⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Milano: Morano Editore, 1962. p. 45 e 47.

⁴¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. passim.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.99.

⁴⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. 1973.

Extraí-se do conceito de ação adotado por Liebman, e inserido na legislação processual que as condições da ação seriam condições de viabilidade do julgamento de mérito do processo, ou seja, condicionantes do direito de ação.⁴⁵

Para o mestre italiano somente com a presença das condições da ação é que se justificaria o rompimento da inércia do judiciário de maneira a provocar sua atuação.⁴⁶ Na ausência destas, o processo será extinto, prematuramente, declarando a carência de ação.⁴⁷

As condições da ação são três: 1) a possibilidade jurídica do pedido; 2) a legitimidade para ser parte e 3) o interesse em agir, e, em razão de suas particularidades, têm função similar à um filtro lógico-jurídico.⁴⁸

3.1.1 Possibilidade Jurídica do Pedido

A possibilidade jurídica do pedido consiste na verificação de que o direito reivindicado pode, ou não, ser alcançado através do requerimento formulado.

O processualista Wambier⁴⁹ acrescenta que a análise da possibilidade jurídica do pedido deve ser distinta conforme a natureza do direito pleiteado. No direito privado, deve ater-se na ausência de proibição legislativa para a prática do ato, já quando consistir em um pedido de natureza pública, deve ater-se ao expressamente autorizado em lei.

A doutrina brasileira, também buscou compreender a extensão desta condição da ação diferenciando a possibilidade jurídica do pedido e a possibilidade jurídica da causa de pedir. A primeira alcançando somente o pedido e a segunda, mais abrangente, a possibilidade jurídica do fundamento da demanda.⁵⁰

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, vol. 1. 8 ed. São Paulo: 2014. p. 337.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 336

⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 77.

⁴⁸ THEODORO JUNIOR, *loc. cit.*

⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, volume I: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. 1. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 153.

O exemplo clássico usado por Liebman consistia no pedido de divórcio. Ocorre que, posteriormente, a Itália passou a admitir o divórcio, fazendo o autor abandonar tal condição da ação a partir da terceira edição de seu Manual.⁵¹ Na doutrina processual brasileira, o exemplo utilizado é a impossibilidade de cobrança de dívida de jogo.⁵²

3.1.2 Legitimidade

A Legitimidade das partes se justificaria como condição da ação, ao passo que para o correto andamento da ação se faz necessária a individualização das partes que integram o processo, por ser necessário constatar a quem pertence o interesse processual na demanda e contra quem ele deve ser exercido. Ou seja, verifica a aptidão para ser autor, réu ou interveniente na relação processual.⁵³

A legitimidade consiste na verificação da titularidade ativa e passiva da demanda, a fim de identificar os dois lados da relação jurídica quem pede e em face de quem se pede.⁵⁴

Ocorre, ainda, que a necessidade de legitimidade também encontra respaldo em outro dispositivo na legislação processual “*Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*”.⁵⁵

Assim, torna importante mesmo que de maneira superficial referir acerca de fenômenos como legitimação extraordinária, substituição, sucessão e representação, que caracterizam por serem permissivos legais de legitimação.

Donaldo Armelin⁵⁶ em trabalho destinado exclusivamente à legitimação no processo bem conceituou tal condição da ação como “*uma qualidade jurídica que*

⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.104.

⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 83.

⁵⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1973.

⁵⁶ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. p. 85.

agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação”.

3.1.3 Interesse Processual

O interesse processual está relacionado à necessidade do provimento jurisdicional sobre a questão em demanda, eis que a função da jurisdição é substitutiva, atuando nas questões que se mostrem absolutamente necessárias⁵⁷.

Segundo Liebman⁵⁸:

O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo.

Pelo conceito acima transcrito identifica-se a presença do interesse através do binômio necessidade-adequação. Conquanto a primeira corresponderia à justificativa suficiente para atuação da jurisdição, já a segunda, identifica a aptidão do provimento requerido para corrigir o mal posto em causa.⁵⁹

De uma maneira geral, a doutrina aceita de maneira pacífica o interesse de agir como condição da ação e o assenta na vedação da autotutela pelo Estado, enquanto jurisdição.

3.2 TEORIA DA ASSERÇÃO E PRINCIPAIS CRÍTICAS À POSIÇÃO ADOTADA PELO CODIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Não foram poucas as críticas desferidas à doutrina eclética, fundamentalmente, em razão da dificuldade em separar as questões ditas como prévias, condições da ação, com o exame do mérito.

⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. 1. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.151.

⁵⁸ *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

⁵⁹ FORTUNA, Evandro. Condições da ação. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 1, nº 36, 30 de maio de 2001.

Concernente à possibilidade jurídica do pedido, por exemplo, os críticos à teoria eclética defendem que esta somente pode ser condicionante como juízo de admissibilidade, se estiverem vinculadas ao instrumento processual eleito, ou seja, questões puramente processuais.

Neste sentido já observava Ovídio Baptista afirmando que a teoria eclética, claramente, buscava limitar o direito “absoluto” oriundo do pensamento abstrato, legitimando o direito de ação através das chamadas condições da ação, o que vinculava diretamente este direito à uma pretensão de direito material, ou seja, uma situação material concreta.⁶⁰

Assim, com o intuito de proporcionar uma melhor aplicação das condições da ação no processo brasileiro, a fim de impossibilitar a aferição do mérito de maneira prévia, foi desenvolvido o conceito da Teoria da Asserção.

A Teoria da Asserção, também denominada *prospetazione*, em italiano, consiste na consideração da relação jurídica posta em causa “*conforme uma avaliação in status assertionis para a aplicação da (...) teoria eclética da ação*”⁶¹, ou seja, levando em conta os elementos que o autor apresenta no início do processo.

De certa forma, a teoria da asserção ao verificar as condições da ação segundo as alegações do autor, se equivaleria à presunção de boa-fé, qual se aproxima grandemente com o pensamento formulado outrora por Degenkolb e Pósz.

Aparentemente, a teoria da asserção traria fim às críticas a teoria eclética. Ocorre que, a dificuldade em diferenciar as questões prévias, de juízo de admissibilidade, com o mérito, foi apenas uma das críticas.

Pois, para os defensores da teoria eclética, quando ausente às condições da ação, não haveria jurisdição e também, por indissociável, não haveria ação.

Neste aspecto, observa-se que o grande avanço que apresentou Liebman, já oriundo dos pensamentos de Chiovenda, foi a verificação do direito de ação como advindo de uma garantia constitucional, de direito de acesso aos tribunais e acesso à jurisdição.

⁶⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶¹ KUHN, Vagner Felipe. **Asserção**: Da Teoria ao Princípio de Direito Processual Civil. São Paulo: Nelpa, 2011.p. 116.

A afirmação de que não haveria jurisdição quando ausente as condições da ação, reduziria sobremaneira a grandeza do instituto e da própria garantia, e poria as condições da ação em papel superior. Neste sentido, “*a função da Constituição seria severamente reduzida, podendo-se dizer que o direito fundamental à tutela jurisdicional perderia praticamente quase todo o seu conteúdo*”.⁶²

Vale referir, ainda, que apesar de ser seguidor de Chiovenda, a doutrina de Liebman muito se diverge da de seu mestre, fundamentalmente em razão da limitação exercida pelas condições da ação no direito de ação.

Liebman em sua doutrina instrumentalista ensina que o direito de ação equivale ao direito à jurisdição, no entanto, refere que este direito à jurisdição, na verdade, corresponde ao direito a uma decisão de mérito, que se dará após a constatação prévia da legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.⁶³

Sensivelmente diferente, ensinava Chiovenda, quando falava sobre as condições da ação em seus trabalhos, pois, para ele, estas seriam condições para ganhar o processo, ou seja, condição para uma sentença favorável, não como condição para análise de mérito, ou atuação da jurisdição.⁶⁴

4 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O novo Código de Processo Civil promulgado, que entrará em vigor a partir de 2016 modificou o contido no anterior Artigo 267, IV, que agora passará a ter os seguintes termos “*Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI – verificar ausência de legitimidade ou interesse processual*”.⁶⁵

Como visto acima, o novo Código de Processo Civil, faz duas supressões no seu texto, a primeira ao retirar a expressão condições da ação, e, a segunda ao retirar a possibilidade jurídica do pedido.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 211.

⁶³ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *loc. cit.*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 209

⁶⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015.

4.1 DESAPARECIMENTO DO TERMO CONDIÇÕES DA AÇÃO

Os primeiros processualistas brasileiros à traçarem suas impressões sobre o tema à luz do novo diploma legal não passaram despercebidos para a supressão do termo condições da ação. Justamente neste aspecto apresentaram suas essenciais diferenças sobre a influência e extensão desta supressão.

Para Fredie⁶⁶ a retirada do termo consiste em suma na absorção de tal conceito pelos pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido do processo.

Manifestando suas *vênias*, discorda de tal entendimento Alexandre Câmara⁶⁷, quando salienta que não há como as condições da ação serem absorvidas pelos pressupostos processuais, pois destes se distingue substancialmente. Para ele, as condições da ação estão vinculadas chamou de “*requisitos para o pronunciamento do mérito*”.

Leonardo Carneiro⁶⁸ filia-se ao entendimento traçado por Fredie Didier, referindo que as condições da ação sempre estiveram vinculadas à ação assim como os pressupostos processuais vinculados ao processo, no entanto, destaca que ambos se inserem o juízo de admissibilidade do processo, mesmo que a ação e o processo sejam institutos autônomos. Defende, por fim, que a retirada da expressão condições da ação da legislação retira a autonomia desta categoria no direito processual.

4.2 DESAPARECIMENTO DO TERMO POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A retirada da possibilidade jurídica do pedido do rol do inciso VI, do artigo 472 do NCPC, aos dizeres de Fredie Didier Jr.⁶⁹ consistiria na consagração do entendimento formulado pela doutrina de que esta condição seria em verdade

⁶⁶ DIDIER JR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, vol. 197, p. 256/260, Jul/2011. *passim*.

⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**, vol. 197, p. 261 – 269, Jul / 2011.p. 265.

⁶⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate entre Fredie Didier Jr.e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**, vol. 198, p. 227-236, Ago/2011. p. 230.

⁶⁹ DIDIER JR, *op. cit. passim*.

juízo de mérito, resultando, portanto, na exclusão de tal categoria dentre as condições da ação.

Leandro Carneiro coaduna com Didier e, assim como ele, afirma que a impossibilidade jurídica à luz na nova legislação resulta na improcedência da demanda, constituindo, assim, grande avanço, eis que solucionou a confusão existente entre esta condição da ação com o mérito da demanda.

Para Alexandre Freitas Câmara⁷⁰ compartilha do elogio à supressão da possibilidade jurídica do diploma legal, no entanto apresenta uma outra interpretação. Para ele, a impossibilidade jurídica não resultará na improcedência da demanda e sim, na ausência de interesse processual, de forma, que defende a continuidade do pensamento de Liebman também no novo texto processual, bem como, da aplicação da teoria da asserção.

4.3 LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAL

Em que pese a supressão da expressão condições da ação e da possibilidade jurídica do pedido, continua expresso no texto legal no artigo 485, VI, que a ausência de legitimidade e de interesse processual constituem causas autorizadas para o julgador não resolver o mérito do pedido posto em causa.

Como já mencionado anteriormente, Leandro Carneiro ao defender que a supressão do termo condições da ação do texto legal constitui na eliminação desta categoria jurídica do direito processual e isso encontra reflexos na interpretação da legitimidade no artigo 485, VI, NCPC.

Segundo sua interpretação do novo código de processo civil a falta de legitimidade ordinária resulta na improcedência do pedido, no entanto a falta de legitimidade “*extraordinária como integrante do juízo de admissibilidade do processo*”.⁷¹

⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**, vol. 197, p. 261 – 269, Jul / 2011.p. 262.

⁷¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate entre Fredie Didier Jr.e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**, vol. 198, p. 227-236, Ago/2011. p. 235.

Também como já mencionado, tanto o processualista acima citado como Alexandre Freitas Camara, identificam que a possibilidade jurídica do pedido restou absorvida pelo interesse de agir, conquanto, na existência de proibição para a prática do ato reivindicado haveria então implicitamente uma ausência de interesse na tutela deste requerimento.

Para Mitidiero e Marinoni, a legitimidade e o interesse de agir não são elementos constitutivos da ação e sim requisitos para o julgamento do pedido *“objetivam impedir que a ação se desenvolva de forma desnecessária, a aferição desses requisitos deve ser feita segundo a afirmação do autor, sem tomar em conta as provas produzidas no processo”*⁷² Advertem ainda os autores, que se a ilegitimidade ou a falta de interesse for demonstrada pelas provas produzidas, não há extinção do processo e sim julgamento de mérito.

4.4 POSSÍVEL TEORIA ADOTADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Para a compreensão acerca da possível teoria adotada pelo novo código de processo civil se faz necessário antes de tudo traçar as modificações constitucionais introduzidas após a promulgação do antigo diploma, a fim de identificar a extensão destas mudanças à luz do direito processual civil.

Com a superação do Estado Liberal, ficou nítida a necessidade de prestações positivas do Estado para assegurar os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988. A partir desta concepção não cabe ao Estado unicamente o reconhecimento de um direito ou de uma liberdade, eis que somente a prestação efetiva deste direito resultará na sua proteção concreta.⁷³

A ação, como direito independente do direito material, não pode ser compreendida como um direito a uma não fazer do Estado, pois requer uma prestação estatal. Mas a prestação jurisdicional, na época do direito liberal clássico, era vista como resposta estatal a uma garantia de liberdade do cidadão, voltada a preservar a sua esfera jurídica contra intervenções externas, inclusive do próprio Estado.

⁷²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 325.

⁷³ *Ibidem*, p. 326.

O desaparecimento do Estado liberal clássico e o surgimento dos Estados sociais fizeram eclodir novos direitos fundamentais, os quais passaram a exigir do Estado, além de um simples não fazer, ações ou prestações positivas que deixaram de se limitar à proteção das liberdades.⁷⁴

A partir deste novo delinear acerca da ação, reparamos que a proposta de Liebman, que relacionava a ação ao julgamento do mérito do processo, acaba se mostrando em dimensão inferior ao que se propõe da ação no plano constitucional.

Portanto, considerando-se a teoria da ação, é importante deixar claro que a ação não se exaure com a sentença de procedência e por isso, o direito de ação não pode mais ser visto como direito a uma sentença de mérito. Frisa-se que, se a sentença não é voluntariamente adimplida, “a ação continua a ser exercida” em nome do alcance da “tutela do direito material”. O juiz ao prolatar a sentença de mérito não cumpre e acaba o ofício jurisdicional – o seu ofício termina apenas quando essa é devidamente cumprida.⁷⁵

Nesta linha, segue a crítica da doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, nos termos abaixo:

A teoria de Liebman sobre a ação, nesse sentido, é a última expressão de uma compreensão eminentemente conceitualista do direito processual civil. O direito de ação, contudo, é antes de qualquer coisa direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo, interessando atualmente o seu ângulo teleológico. Nesse sentido, a rica literatura formada a respeito do conceito de ação na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, com **advento das transformações do Estado e da incorporação de direitos fundamentais nas constituições do pós-guerra, ganha um novo significado – o foco é deslocado do conceito para resultado propiciado pelo seu exercício.**⁷⁶

Neste sentido, portanto, a ação representaria uma derivação do direito constitucional de acesso aos tribunais, bem como, e fundamentalmente, o direito de

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.225.

⁷⁵ *Ibidem*, p.309.

⁷⁶ ALEXY *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 213.

ação passa a ser reconhecida como direito a “*tutela adequada, efetiva, tempestiva e mediante processo justo*”.⁷⁷

A garantia constitucional disposta no artigo 5º, XXXV, de que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”⁷⁸, possibilitou esta ampliação acerca do âmbito de atuação da jurisdição.

A tutela adequada se relaciona à capacidade de promover a realização da tutela jurisdicional do direito. Vale elucidar, o autor ao exercer a ação tem direito à tutela jurisdicional, ou seja, o direito a uma sentença de mérito, de improcedência ou de procedência. Advindo uma sentença de procedência, surge então a tutela jurisdicional do direito e esta “*constitui a base para a construção da ação adequada*”⁷⁹.

A ação garantida pela Constituição concretiza-se a partir da *tutela jurisdicional do direito* que constitui objeto do pedido. Vale dizer: a dimensão da extensão da cognição do juiz, dos limites do debate e da produção probatória, assim como a definição da espécie de sentença e do meio executivo idôneos – que são as características que tornam a ação adequada -, dependem da natureza da tutela do direito.⁸⁰

Para possibilitar a construção da tutela adequada do direito, a nova legislação processual aumentou os poderes de atuação do julgador⁸¹, o que não se deu de maneira irresponsável, eis que trouxe consigo também a ampliação de suas obrigações.

Neste ponto, cumpre mencionar duas ampliações significativas que influenciam diretamente a construção da tutela adequada: A primeira reside no aumento da concepção sobre o contraditório, direito de influência, oriundo em derivação do dever de colaboração no processo, que não está vinculado unicamente aos poderes das partes, mas também, e principalmente, aos deveres do juiz.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 247.

⁷⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

⁷⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, 2015. p. 307.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 305.

⁸¹ *Ibidem*, p. 242.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.⁸²

A segunda está relacionada ao aumento do dever de fundamentação das decisões judiciais, que tem duas funções principais “a *justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais*”.⁸³

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.⁸⁴

⁸² BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 510.

⁸⁴ BRASIL, *op. cit.*

Vejamos que a doutrina de Liebamn, “*apesar de buscar limitar a abstração e generalidade do direito de ação, jamais procurou extrair do direito condicionado de ação as técnicas processuais adequadas ao direito material*”.⁸⁵

A tutela efetiva através do prisma constitucional do processo conferiu à necessária atuabilidade das tutelas. Para tanto, a doutrina processual moderna criou diversos institutos no diploma processual civil atual que visam assegurar a tutela específica do bem jurídico e não unicamente o seu ressarcimento, em posição distinta à estrutura civilista anterior que pressupunha a ocorrência do dano. A exemplo das prestações de fazer e não fazer, que já integravam o diploma anterior pelas alterações realizadas no ano de 1994, no entanto, foram agora abrangidas de maneira integral pelo novo código.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, **para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.**

§ 1º Para atender ao disposto no caput, **o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.**

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, **se houver necessidade de arrombamento.**

§ 3º **O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.**

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 537. **A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.**

§ 1º **O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:**

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 324.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional⁸⁶

A tutela tempestiva, oriunda da duração razoável do processo, restou inserida na legislação processual atual pela ampliação das técnicas processuais de cognição.

Tais disposições já haviam sido inseridas no diploma anterior pelo regramento de 1994, a previsão das técnicas de antecipação de tutela. A partir do novo diploma se desenvolve de maneira madura e em conformidade com o restante da legislação, as técnicas de cognição necessárias para a verificação dos requisitos para conceder a tutela provisória.

A partir do intenso desenvolvimento da doutrina processual sobre as técnicas de cognição, notadamente Kazuo Watanabe e Ovídio Baptista, foi possível visualizar e demonstrar os diferentes planos desta cognição, possibilitado assim, a redistribuição do ônus do tempo do processo, e garantindo também, a reversibilidade dos comandos provisórios.

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

⁸⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

- I - a sentença lhe for desfavorável;
- II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.⁸⁷

Assim, com o máximo respeito, aparenta equivocado o ilustre doutrinador Alexandre Freitas Câmara ao defender a continuidade da teoria eclética, nos moldes delineados por Liebman em nosso ordenamento. Como dito nas breves linhas acima, este pensamento não coaduna com a nova processualística que está desenvolvida no novo código de processo civil, tendo em vista suas substanciais mudanças sobre o conceito da ação e a consagração de novos institutos processuais, de maneira que a teoria atual se aproxima muito mais às teorias de direito abstrato da ação, cumulado com as garantias oriundas da constitucionalização do processo civil.

⁸⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina processual sempre estudou os alicerces do direito romano buscando reinterpretar seus conceitos às situações de suas épocas. Ocorre que, seus pensamentos, por mais ilustres, estavam condicionadas ao tempo em que viviam.

Neste contexto se desenvolve a teoria da ação. Ao longo dos anos, os processualistas buscaram conceituar o direito de ação e assim foi possível verificar grandes mudanças na própria concepção do direito processual.

O Código de Processo Civil de 1973, sofreu forte influência da doutrina italiana com a cátedra de Liebman no Brasil, que apesar das críticas apontadas neste trabalho, engrandeceu sobremaneira o desenvolvimento da ciência processual do país. Ocorre, a visão de Liebman, também não se mostrou suficiente para responder as situações complexas da sociedade moderna.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil se insere em nosso ordenamento a constitucionalização do processo civil, delineando uma nova concepção para a teoria da ação. A partir do novo diploma foi possível instrumentalizar e ampliar alguns institutos que já existiam e criar novos, a fim de melhor dimensionar os direitos e deveres de todos os participantes do processo judicial.

Assim, defendemos que com a ampliação das obrigações dos julgadores, inserida fundamentalmente pela ampliação do dever de cooperação e também pela obrigatoriedade de fundamentação das decisões, a própria perspectiva da ação é influenciada. Possibilitando conferir abstração com a cautela necessária para proporcionar a garantia da segurança jurídica e efetividade.

Cumprido defender, portanto, que a nova legislação processual não dá continuidade à teoria da ação proposta por Liebman que limita a apreciação do mérito, às condições da ação. Pelo contrário, o novo diploma amplia o acesso ao tribunal e à ação, criando também dispositivos que funcionam como métodos de filtragem, para garantir a efetividade da tutela jurídica.

A doutrina ainda é escassa sobre esta mudança, no entanto, se faz extremamente necessário que os processualistas continuem a produzir sobre o tema para que possam munir os aplicadores do direito, a fim de fortalecer nosso ordenamento jurídico processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, vol. 1. 8 ed. São Paulo: 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. 1. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**, vol. 197, p. 261 – 269, Jul / 2011.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 5 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate entre Fredie Didier Jr.e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**, vol. 198, p. 227-236, Ago/2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, vol. 197, p. 256/260, Jul/2011.

FORTUNA, Evandro. Condições da ação. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 1, nº 36, 30 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/161-artigos-mai-2001/6240-condicoes-da-acao>> Acesso em: 19 Mai. 2016.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. **Ação Concreta: Relendo Wach e Chiovenda**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Windscheid & Muther: A polêmica sobre a *actio* e a invenção da ideia de autonomia do direito processual. **Revista Sistema Penal & Violência**, vol. 02, p. 97-109, jan/jun 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/6835>> Acesso em: 15 Mai. 2016.

KUHN, Vagner Felipe. **Asserção: Da Teoria ao Princípio de Direito Processual Civil**. São Paulo: Nelpa, 2011.

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Milano: Morano Editore, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, volume I: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1973. Disponível Em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso Em: 30 Mai. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível Em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> Acesso Em: 02 Mar. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 Mar. 2016.

Leticia Vaz Comunello

DA *ACTIO ROMANA* À ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daisson Flach.

Porto Alegre
2016

RESUMO

Contextua o desenvolvimento do direito romano para identificar a sua influência na doutrina do direito processual do Séc. XIX. Identifica as questões primordiais para a concepção da autonomia da ciência processual. Demonstrando a evolução sobre o tema pelos ensinamentos dos mais ilustres processualistas. Analisa os elementos contidos no Código de Processo civil de 1973, identificando a teoria da ação adotada e suas principais críticas. Avalia os elementos que foram alterados pela no Código de 2015 para, por fim concluir uma possível teoria adotada pelo novo diploma legal.

Palavras-chave: Teoria da ação – Ação Concreta – Ação Abstrata – Condições da Ação – Código de Processo Civil 1973 – Novo Código de Processo Civil 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DA TEORIA DA AÇÃO	6
2.1 A ESTRUTURA PROCESSUAL JURÍDICA ROMANA	6
2.2 A INFLUÊNCIA CIVILISTA ROMANA NO PROCESSO CIVIL	8
2.3 TEORIA CONCRETA: WINDSCHEID E MÜLLER	8
2.4 TEORIA AUTÔNOMA E CONCRETA: BÜLOW E WACH	10
2.5 TEORIA AUTÔNOMA E ABSTRATA: DEGENKOLB E CALAMADREI	12
2.6 TEORIA ECLÉTICA: LIEBMAN	13
3 TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 1973	14
3.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO	14
3.1.1 Possibilidade Jurídica do Pedido	15
3.1.2 Legitimidade	16
3.1.3 Interesse de Agir	17
3.2 TEORIA DA ASSERÇÃO E PRINCIPAIS CRÍTICAS À POSIÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	17
4 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	19
4.1 DESAPARECIMENTO DO TERMO CONDIÇÕES DA AÇÃO	20
4.2 DESAPARECIMENTO DO TERMO POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO	20
4.3 LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR	21
4.4 POSSÍVEL TEORIA ADOTADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	22
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30