**2º Curso Popular de Formação de Defensoras e Defensores Públicos**

* **Processo Civil**
* **Aula 9 e 10 –** 19/09/2017
* **Tema: Ação**
* **Pedro Naves Magalhães**

**1. Nomenclatura:** “ação”, “direito de ação”, “demanda”, “pedido”, “processo”, etc.

**1.1. Ação em Sentido Amplo**

Também chamada de “**ação em nível constitucional**”: ‘direito de ação’;

É o direito de obter do Poder Judiciário uma resposta a todos os requerimentos a ele dirigidos: art. 5º, XXXV, CF;

Constitui, a rigor, o próprio **direito de acesso à justiça**: art. 134, CF e art. 185, CPC;

O Poder Judiciário tem que responder a tudo, por mais absurdo que seja;

**\*Direito de petição**

– Magna Carta (1215);

– Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789);

– Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);

– Art. 5º, XXXIV, CF/1988: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

\* **Esse poder de petição é INCONDICIONADO, pode ser exercido e sempre exigirá uma resposta**. Aqui, **não se fala em preenchimento de condições da ação ou pressupostos processuais**.

**1.2. Ação em Sentido Estrito**

Também chamada de “**ação em nível processual**”

Antes do século XIX não existia separação entre direito material e direito processual (não existia o direito processual propriamente dito), o qual, então, não tinha autonomia.

Quando houve essa separação e o processo ganhou autonomia (metade do séc. XIX), surgiram centenas de teorias tentando explicar a natureza da ação. Elas podem ser reunidas **em três grandes categorias**, a seguir expostas.

\*Direito de ação em sentido estrito: **autônomo**, **público**, **subjetivo**, **condicionado** e **instrumental**;

**2. Teorias da Ação**

**2.1. Concretista ou Imanentista**

**Conceituação clássica privatista** 🡪 ação como algo inerente ao próprio direito subjetivo material.

Para essa teoria, só há exercício do direito de ação se o postulante obtiver **resultado positivo (procedência do pedido)**.

**O reconhecimento do** direito de ação **fica atrelado ao reconhecimento do pedido**.

Assim, se não há reconhecimento do pedido não há, por conseguinte, reconhecimento da ação.

**\* Crítica:** confunde a ação com o direito material, colocando o direito de ação como consequência do direito.

- Por isso é chamada concretista: exige a existência do direito em concreto para a existência da ação, o direito de ação se confunde com a existência do direito material.

**2.2. Abstrata**

Surgiu como contraposição à teoria concretista.

Por essa teoria, **haverá direito de ação em sentido estrito qualquer que seja a resposta do Poder Judiciário**, mesmo que se extinga o processo sem resolução de mérito.

Seria o mero direito de ingressar em juízo com uma pretensão qualquer, ainda que na falta de uma das condições da ação.

**\* Crítica:** essa teoria ignora a diferença entre os conceitos de ação em sentido amplo e ação em sentido estrito.

 Isso porque a ação em sentido amplo é a resposta qualquer que seja, seja qual for o requerimento.

**2.3. Eclética**

Desenvolvida por Enrico Tullio Liebman -> Alfredo Buzaid (Ministro da Justiça – CPC/1973);

\*Leitura da exposição de motivos dos Códigos de 1973 e 2015;

Direito a obter um pronunciamento judiciário (resposta) sobre **uma pretensão ou sobre o mérito**, ainda que o autor não tenha razão.

O requisito para que o juiz possa se pronunciar sobre o mérito seriam as **condições da ação;**

Assim, quando ausentes as condições da ação, o juiz não se pronuncia sobre o mérito; na linha dessa teoria, não terá havido, nesse caso, o direito de ação exercido;

🡪 o juiz não decidirá sobre o mérito, mas não se nega a se manifestar sobre a petição.

\*A teoria adotada no Brasil é a ECLÉTICA. No CPC/73 era clara a adoção da categoria das condições da ação.

\*Atualmente, com o CPC/15, ainda que não haja a terminologia “condições da ação”, na essência ainda se exige, como condição de admissibilidade para uma resposta de mérito, que estejam presentes o interesse de agir e a legitimidade “ad causam”; a verificação de sua ausência conduz à extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VI, CPC).

**3. Condições da ação (art. 17 do CPC)**

A existência da ação (do direito de ação) está subordinada à existência de algumas condições, que são requisitos de admissibilidade para a análise do mérito, ou ainda, para a existência da ação.

O preenchimento ou não das condições da ação é questão de ordem pública, assim, o juiz pode **“de ofício e a qualquer momento” verificar sua presença/ausência;** (lembrando-se da regra do art. 10).

Na ausência de uma delas julga-se o processo extinto sem a resolução de mérito (extingue-se o processo), nos termos do art. 485, inc. VI do CPC – diz-se que o autor é **carecedor de ação** (não possuidor do direito de ação no caso concreto).

\*Sentença terminativa

Na formulação original da teoria Eclética de Liebman, adotada pelo CPC/73, as condições da ação seriam 3:

1. **L**egitimidade
2. **I**nteresse de agir
3. **P**ossibilidade jurídica do pedido

Atualmente o CPC/15 prevê, embora não expressamente com o nome “condições da ação”:

1. **L**egitimidade
2. **I**nteresse de agir

**3.1. Possibilidade Jurídica do Pedido – Extinta no CPC/15**

A possibilidade jurídica do pedido é verificada quando o pedido (e também as causas de pedir) puder ser acolhido, em tese.

Ausência de vedação legal para o pedido (exemplos clássicos: cobrança de dívida de jogo e ação para pedido de divórcio);

Críticas: dificuldade de distinção com o próprio mérito.

O próprio Liebman posteriormente repudiou essa condição da ação, quando o divórcio (seu maior exemplo) foi instituído na Itália.

O CPC/15 acolheu essas críticas e hoje a possibilidade jurídica do pedido não é mais colocada como condição da ação. A doutrina diverge sobre a consequência de sua ausência: uns dizem que, em virtude de mais integrar o “rol das condições da ação”, sua ausência conduziria a uma sentença de improcedência, ou seja, com resolução do mérito; por outro lado, há quem diga que, em virtude da possibilidade jurídica do pedido ter sido incorporada no “interesse de agir”, diante de um pedido juridicamente impossível, deveria ocorrer a extinção sem resolução do mérito.

- O próprio Liebman ao rever sua teoria reconheceu que a possibilidade jurídica do pedido estava dentro do interesse de agir.

No CPC/15 há referência apenas ao interesse de agir e à legitimidade “ad causam” (art. 17, art. 330, inc. I e II, art. 337 inc. IX e art. 485, inc. VI)

**3.2. Interesse de Agir**

É a analise sobre a efetiva utilidade do provimento jurisdicional ao demandante;

BINÔMIO: necessidade + adequação.

**3.2.1. Interesse-Necessidade**

A necessidade perquirida é a de realização do processo: o processo e o exercício da jurisdição devem ser necessários para que o sujeito obtenha o bem da vida desejado.

Na via inversa é o seguinte juízo hipotético: sem o processo jurisdicional o sujeito não conseguiria (poderia) por si conseguir a satisfação da sua demanda.

Em suma, a necessidade significa não haver outros meios legais para a demanda/satisfação de seu direito que não a ação.

**Exemplo da necessidade de pedido administrativo prévio nas ações de exibição de contrato bancário (REsp nº 1.349.453/SP);**

**3.2.2. Interesse-Adequação**

Está relacionado ao provimento jurisdicional postulado.

Instrumentalidade e fungibilidade;

Isso porque existem diversas espécies de provimentos (procedimentos) e tutelas – cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de determinadas situações da vida (DINAMARCO).

Em princípio não é possível escolher o tipo de procedimento pelo credor, que deve escolher aquele previsto para o seu tipo de demanda (**ex.** não pode ingressar com demanda executiva se ainda não tem a formação do título executivo).

A via escolhida deve ser hábil ou a melhor descrita para a satisfação do direito demandado.

**OBS:** diz o art. 20 do NCPC que “é admissível ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação ao direito”.

As ações declaratórias são dúplices – no caso de improcedência de ação declaratória de inexistência de dívida o réu poderia executar a dívida (informativo 487/STJ).

**3.3. Legitimidade de parte ou “ad causam”**

É a autorização para figurar como autor ou como réu; é o vínculo do sujeito com o direito material discutido; não importa saber se o pedido procede; se é verdade o que é narrado pelo autor (mérito); o poder jurídico de conduzir validamente um processo em que se discute um determinado conflito.

Artigo 18, CPC;

**OBS:** parágrafo único do art. 18 – havendo substituição processual o substituído poderá atuar como assistente litisconsorcial.

Assistente litisconsorcial que, segundo Barbosa Moreira, seria equivalente ao litisconsorte ulterior.

* **Classificação:**
1. **Ordinária**: vínculo de titularidade; autorização genérica dada a todo titular de um direito para defendê-lo em juízo; é a legitimidade do titular originário de um direito;

**\*Ordinária sucessiva:** é a legitimidade dos sucessores do titular originário do direito (direitos de sucessão);Sucessão processualé a “substituição de parte” por um terceiro. Saiu o autor e entrou um terceiro no seu lugar.

1. **Extraordinária:** é o vínculo criado pela Lei; é a autorização legal expressa e excepcional para alguém em nome próprio defender em juízo direito alheio; a legitimação extraordinária é usada como sinônimo de substituição processual. **Cuidado: não confundir substituição processual com sucessão processual.**

**\*Extraordinária Exclusiva ou Autônoma:** é a legitimidade extraordinária em que não há legitimidade ordinária correspondente, ou seja, só o substituto tem legitimidade, o substituído não;

**Ex. Direitos coletivos:**

1. MP ajuíza ação de investigação de paternidade em benefício do menor desassistido;
2. Titular de direito líquido e certo decorrente do direito de terceiro, para impetrar mandado de segurança quando o terceiro não o fizer (art. 3º da Lei 12016/09 – MS);
3. Legitimadas para ACP na tutela de direitos individuais homogêneos (CF, ACP, CDC);
4. OAB para ações na tutela de direitos individuais dos advogados (art. 54, II da Lei N.º 8906/94 – EOAB);
5. **Principal:** prevista como regra no sistema. (ex.: cidadão para propor Ação Popular);
6. **Subsidiária:** surge em razão da omissão do legitimado principal (ex.: na Ação Popular quando o cidadão abandona a ação o MP tem legitimidade subsidiária e na ACP quando o legitimado vencedor não move a execução o MP tem legitimidade subsidiária para);
7. **Inicial:** permite ajuizar ação; existe desde o início;
8. **Superveniente:** surge durante o processo;
9. **Exclusiva:** é aquela que é dada a um único sujeito exclusivamente (ex.: ação de divórcio -> cônjuge; ação para anular confissão: confidente);
10. **Concorrente:** é aquela que é reconhecido o direito de ação a mais de um sujeito;

**\*Concorrente Conjunta:** são os legitimados obrigados a agir em conjunto (litisconsórcio necessário);(exemplos:confinantes na ação de usucapião imobiliária e os casos do art. 73, § 1.º, do CPC);

**\*Concorrente Disjuntiva:** os titulares podem agir sozinhos ou em conjunto (litisconsórcio facultativo) (Ex. ACP; credores solidários)

**\* Representação X Substituição X Sucessão**

* Na representação, o representante comparece em juízo em nome e por conta do representado (incapaz, por exemplo); o autor ou réu será o representado e não o representante.
* Na substituição, o substituto comparece em juízo, como autor ou réu, em seu próprio nome, mas em defesa de direito do substituído; autor ou réu será o substituto e não o substituído. Será, portanto, parte no sentido exato da palavra. Se sucumbir, será ele o condenado nas custas processuais e honorários advocatícios. A substituição só ocorre nos casos em que a lei permite.
* Na sucessão, ocorre uma modificação subjetiva da lide; uma das partes é sucedida por outra pessoa, no processo, ocupando a mesma posição na relação processual. Um terceiro, que não integrava a relação processual, passa a integrá-la na condição de sucessora da parte originaria. Assim, se, no curso de uma ação patrimonial, falece o autor ou o réu, os seus herdeiros irão sucedê-lo no processo, formando-se muitas vezes um litisconsórcio, ativo ou passivo, conforme a hipótese.

**4. Análise das condições da ação**

Duas teorias a respeito.

Por ambas as teorias se permite o exame a qualquer tempo. O que difere é o modo dessa análise.

**4.1. Teoria da Asserção**

Asserção = Afirmação.

\*As condições da ação são matérias de ordem pública, examináveis a qualquer tempo e grau de jurisdição.

**As condições da ação são analisadas de forma abstrata, de acordo com o que foi AFIRMADO NA PETIÇÃO INICIAL. É o exame tão somente daquilo que foi ALEGADO EM ABSTRATO PELO AUTOR** – “in statu assertionis”.

Assim, o juiz, no exame das condições, deve se circunscrever **à versão abstrata dos fatos, ou seja, aquela que foi trazida pelo autor**.

**Aquilo verificado em concreto, pelas provas é o mérito**. Assim, o que fica provado é o mérito e não as condições da ação. Distinguem-se as duas coisas

Em suma, é a distinção: **a)** Ao longo do processo, apura-se o mérito; **b)** Logo na petição inicial, apura-se a ausência ou presença das condições da ação.

**Só há falta de condição da ação se ela for detectável logo na petição inicial**. O exame das condições só pode ser feito em abstrato.

**Exemplo**: autor vem a juízo cobrar dívida exibindo documento em que o titular do crédito é outra pessoa.

**4.2. Teoria do Exame em Concreto das Condições da Ação**

Para esta teoria, as condições também são matérias de ordem pública e, portanto, examináveis a qualquer tempo.

Contudo, aqui, **devem-se levar em conta, também, as provas em concreto para o exame das condições da ação**. Examina-se o todo alegado e controvertido no processo.

**A diferença para a primeira é que, no exame das condições, o juiz já deve considerar aquilo que ficou apurado ao longo do processo**. **A apuração no bojo do processo não obsta que seja reconhecida a carência da ação**.

**O EXAME DAS CONDIÇÕES É TAMBÉM REALIZÁVEL EM CONCRETO.**

**Exemplo:** no mesmo exemplo anterior se o autor alega que o documento exibido foi transferido a ele pelo credor inicial, mas ao longo do processo se prova que a cessão de crédito jamais aconteceu.

\*Na prática e na doutrina há divergência sobre qual teoria teria sido adotada pelo CPC;

**5. Elementos da Ação**

Os elementos servem para **identificar uma ação**, e são três: **(1)** partes; **(2)** causa de pedir; **(3)** pedido.

Diferenciam-se das condições da ação, porquanto estas são requisitos para que o autor tenha o direito de ação.

A importância da identificação da ação se dá tanto do **ponto de vista externo** quanto do **ponto de vista interno**.

a) **Externo** 🡪 verifica-se se a ação não é igual ⁄ idêntica a outra em andamento (**litispendência**), ou, se já julgada (**coisa julgada**).

Não obstante ações possam ser iguais, elas podem também ser similares, o que acarretaria na **conexão** (comum o pedido e a causa de pedir) ou **continência** (quando há relação de continente e conteúdo entre as causas de pedir e o pedido) das ações.

Portanto, a análise externa está umbilicalmente ligada aos temas da litispendência, coisa julgada, conexão e continência.

b) **Interno** 🡪 análise sob o ponto de vista em que serão definidos os limites da ação.

É o autor que definirá as **partes** (**limites subjetivos**), os fundamentos da ação (causa de pedir) e o objetivo dela (**pedido –** **limites** **objetivos**). \* importante no estudo da coisa julgada

A jurisdição é inerte, e o juiz, não só precisa da provocação da parte interessada (regra da inércia), mas deve também se ater aos limites fixados pela ação, sob pena de julgamento “extra petita” – **princípio da adstrição do juiz.**

Há que se verificar, portanto, uma estreita correspondência entre os elementos fixados pelo autor e o julgamento do juiz (estreita correlação entre pedido e julgamento).

**5.1. Partes**

Parte processual x Parte material

Parte Processual é aquela que está em uma relação jurídica processual – faz parte do contraditório – pode sofrer alguma consequência em razão da decisão.

Parte material ou do litígio é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual; (ex. da legitimação extraordinária);

***Obs1:*** representante legal não é parte (a parte é o filho menor de idade; sua mãe é apenas sua representante legal).

***Obs2:*** Nas ações declaratórias e não jurisdição voluntária é perfeitamente possível ações sem réu (**ex:** divórcio em que ambas as partes estejam de acordo).

**5.2. Causa de Pedir**

É um dos elementos identificadores da ação.

O art. 319, III, CPC, exige que a petição inicial contenha os fatos e os fundamentos jurídicos.

Isso significa dizer que no Brasil a **causa de pedir é composta: causa de pedir fática e jurídica**.

Em sede de processos, de nada vale imputarem-se fatos em abstrato. É indispensável que se lhes faça de modo concreto, descrevendo o fato em suas minúcias.

Não adianta falar que sofre um acidente, o autor deve descrever o acidente, ou seja, deve trazer o fato concreto o mais próximo possível do magistrado.

* **No Brasil os fatos têm maior importância do que os fundamentos jurídicos, ou seja, os fatos serão a essência da causa de pedir**.
* O direito brasileiro parte do pressuposto de que, em regra, o juiz conhece o direito (“iura novit curia”).

Parte-se do pressuposto de que o juiz conhece o direito, mas não conhece os fatos, e, aliás, nem pode conhecer, sob pena de impedimento.

**\* Art. 376.  A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.**

Disso se extrai a conclusão de que apenas os fatos narrados vinculam o juiz 🡪 “**apenas os fatos identificam a ação**”.

Já os fundamentos jurídicos aduzidos pelo autor não vinculam o juiz, podendo este inclusive julgar o pedido com outros fundamentos jurídicos, mas nunca fora dos fatos, sob pena de proferir sentença “*extra petita*”, “*ultra petita*” ou “*citra petita*”.

**5.2.1. Teorias referentes os efeitos da causa de pedir no processo**

São as teorias referentes à vinculação do juiz aos elementos da causa de pedir.

**5.2.1.1. Teoria da Substanciação:** a causa de pedir, embora composta, tem como componente fundamental apenas os fatos 🡪 apenas estes vinculam o juiz.

**É A TEORIA ADOTADA PELO NOSSO PROCESSO CIVIL**

**5.2.1.2. Teoria da Individuação**

Em oposição à primeira teoria esta indica que **a essência da causa de pedir é o direito**.

Significa que o juiz deverá ater-se à descrição dos fundamentos jurídicos como prevalentes.

**Esta teoria não foi acolhida pelo sistema brasileiro.**

**5.2.2. Causa de pedir próxima e remota**

A doutrina se divide sobre qual parte da causa de pedir é a próxima e qual a remota.

Aproximadamente metade da doutrina entende que a próxima são os fatos e a remota o direito; a outra metade defende que a próxima é o direito e a remota são os fatos.

***Obs.*** Em concursos, é melhor não se referir a esta terminologia, ou então colocar entre parênteses qual o elemento que constitui cada uma delas.

**5.3. Pedido**

**Imediato:** É o provimento jurisdicional pretendido.

**Ex:** Por exemplo, declaração, condenação, constituição, execução, tutela provisória cautelar.

**Mediato**: é o bem da vida desejado.

**As duas espécies de pedido são importantes, uma vez que vinculam o juiz de forma equânime.**

**Dos 3 elementos da ação, que se desdobram em 6, apenas a causa de 1 não vincula o juiz 🡪 a descrição do direito (fundamentos jurídicos – causa de pedir).**

Os desdobramentos são:

1. **Partes** 🡪 autor + réu;
2. **Causa de Pedir** 🡪 Fato e direito;
3. **Pedido** 🡪Provimento e bem da vida.