

Decretação Superveniente de Carência da Ação

Lack of Action Supervening Declaration

Cristiano Quinaia^{a*}; Karina de Almeida Batistuci^a

^aEscritório Mandaliti Advogados, SP, Brasil

*E-mail: cquinaia@jbmlaw.com.br

Resumo

O presente artigo analisa o principal instituto derivado da estreita relação existente entre Direito e Processo: a ação. Partindo do exame e exposição das teorias da ação à luz da evolução da teoria da Tutela Constitucional do Processo, busca-se estabelecer os contornos de sua importância para a efetividade da prestação jurisdicional. Em prosseguimento, volta-se ao exame em específico das condições propostas pelo legislador para o exercício do direito público subjetivo de ação e a pertinência de sua existência diante do atual estágio de desenvolvimento científico. Ao final, debruça especificamente na questão atinente à problemática da extinção do processo diante da carência de uma das condições da ação.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Condições da Ação. Direito e Processo.

Abstract

This paper analyzes the main institute derived from the close relationship between Law and Procedure: action. From an examination and exposition of theories of action in the light of the theory of Constitutional Trusteeship of Process, it aims to establish the shape of its importance to the effectiveness of judicial assistance. In continuation, it goes back to the particular examination of conditions proposed by the legislature to exercise public right of action and the relevance of its existence before the current stage of scientific development. At the end, it focuses specifically on the issue concerning the dismissal of the case before the lack of one of the conditions of action.

Keywords: Access to Justice. Conditions of Action. Law and Procedure.

1 Introdução

Entre os institutos do Direito Processual, é seguro afirmar que a ação é dos mais polêmicos e estimulantes, por ser o instrumento hábil ao exercício do direito material. O tema é de grande relevância para a pesquisa acadêmica, e de interesse dos operadores do direito que invariavelmente enfrentam a cealuma da equivocada interpretação das regras atinentes às condições da ação.

Em contrapartida, diante do atual estágio de desenvolvimento da ciência constitucional, o direito de ação distancia-se da pura técnica formal, para afirmar-se entre o catálogo de direitos fundamentais que compõem a garantia do devido processo legal. Logo, a correta definição dos contornos teóricos e práticos do direito de ação diz respeito à efetividade da prestação jurisdicional.

O escopo inicial é a releitura do instituto sob a égide da Tutela Constitucional do Processo. Calcada uma base sólida, buscar-se-á solucionar o problema no plano técnico-processual vertente no reconhecimento da existência (ou não) das condições da ação, bem como sua independência conceitual em relação aos demais institutos processuais.

Por derradeiro, a pesquisa empreendida volta-se ao exame percuciente da problemática prática e acadêmica que surge quando se depara com a carência da ação reconhecida após o

exame inicial da pretensão postulada. Objetiva-se apresentar um posicionamento que concilie a atual legislação com o progresso científico alcançado.

2 Desenvolvimento

2.1 O instituto da ação na relação entre direito e processo

Ao longo de séculos de evolução científica, diversas doutrinas se apresentaram como capazes de esclarecer a relação entre Direito e Processo. O Direito, enquanto regulamento de comportamento intersubjetivo, esteve presente em todas as civilizações que possuíam alguma forma de organização, desde as ancestrais cujo objetivo normativo era o de regular as tarefas tribais, até mais tarde com o surgimento do legislador no ano de 450 do período pré-cristão (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006). É pacífica a concordância com o brocardo de que não existe sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*).

Diante de sua finalidade de traçar a conduta a fim de permitir a convivência do grupo, apenas a previsão da norma mostrou-se insuficiente para assegurar a paz e ordem sociais. Estar-se-ia vinculando a ordenação dos homens ao seu próprio arbítrio.

Diversas formas de se fazer valer a regra foram observadas ao longo da civilização. Imperava em primeiro momento

a vingança privada, através da autotutela. Posteriormente utilizou-se da conciliação e, finalmente, a arbitragem pela qual o Imperador ou Rei indicava a pessoa designada para impor a solução à controvérsia.

A eficácia do comando normativo apenas estaria assegurada após o período de estruturação do Estado, com o reconhecimento formal da função jurisdicional. Não é possível apontar com precisão quando se verifica o surgimento dos primeiros órgãos jurisdicionais, por isso, a doutrina refere-se a um período de migração da tutela de direitos da ordem privada para a égide pública, denominado de *cognitio extra ordinem*, iniciado no século III da Era Cristã (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006).

Nascia, assim, um desdobramento da tarefa estatal, encarregado agora, não apenas de produzir a norma jurídica, mas, ainda, de garantir sua efetiva aplicação e incidência de sanção pelo descumprimento das regras de convivência.

Os estudiosos e praxistas moveram os olhares para a estreita relação que se verifica entre a norma de direito material e a atuação jurisdicional. Significa dizer, se de fato duas eram as ciências a se desenvolverem, ou se o processo apenas surgia como consequência do descumprimento da regra objetiva.

É possível identificar duas naturezas de normas: comportamentais e processuais? Ou seria apenas uma ordem de consequência entre o seu surgimento?

Com efeito, as três funções estatais atuam conjuntamente para possibilitar a existência da própria organização social: por meio da Administração, da Legislação, e da Jurisdição, o Estado exerce as facetas de um único prisma, o poder.

Quando o Estado exerce a jurisdição, complementa a produção democrática do Direito, iniciada com a edição da lei. A legitimidade do ato judicial se observa quando é precedido de um devido processo que possibilitou o exercício das garantias do contraditório e ampla defesa, corolários lógicos do Estado de Direito.

Da mesma forma que uma lei é editada dentro de um critério democrático (participação popular eletiva), a lei individual (sentença) é produzida dentro de um procedimento pré-estabelecido, em que as partes envolvidas têm assegurada a plenitude de participação em todas as fases.

Tal entendimento alinha-se ao escólio de Theodoro Júnior (1997, p.27), ao lecionar que “não se pode, realmente, imaginar o ordenamento jurídico do moderno Estado de Direito sem a cooperação imprescindível do processo”.

O Estado vale-se do Direito Objetivo para traçar as regras que limitam o comportamento humano e, quando exercita a função jurisdicional, impõe o cumprimento efetivo do ordenamento jurídico.

2.2 O direito de ação na perspectiva neoconstitucional do processo

Sob o enfoque tradicional, a Constituição representa o documento de limitação da atuação estatal, de forma a proteger a liberdade individual em face da tendência autoritária, observada após a experiência histórica de regimes aplicados por modelos de Estado Máximo.

A vertente política, jurídica e filosófica de demarcação do poder através de um contrato fundamental encontra nascedouro na outorga da Magna Carta pelos barões ao Rei John, no ano de 1215, que desencadearia posteriormente no movimento constitucionalista¹ (ALARCON, 2007).

Ao princípio, a proteção da liberdade era o objetivo principal, senão exclusivo, do catálogo de direitos e garantias fundamentais, destacando-se os importantes remédios de *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança.

Contudo, a constante e perpétua evolução das relações sociais, com sua inevitável complexidade, deu surgimento a novas classes de direitos fundamentais que reclamam uma efetiva e célere proteção jurisdicional.

A evolução iniciou com as clássicas liberdades públicas, mais tarde com a declaração direitos sociais, transindividuais, até os atualmente estudados direitos de engenharia genética, de acordo com a glosa de Norberto Bobbio (1992, p.5):

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Muito embora não haja unidade de pensamento doutrinário, é certo afirmar que estamos na transição para uma quarta geração ou dimensão na linha evolutiva dos direitos fundamentais.

De acordo com Paulo Bonavides (1999, p.524-525), a “globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.

Tutelar um direito cuja violação é irreversível, tal como ocorre nas hipóteses de poluição do meio ambiente; atuar na concessão de condições mínimas de existência digna dentro do âmbito dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários; proteger o consumidor individual frente às grandes corporações que abusam de seu poder econômico para realização do fim capitalista, entre outros, esse é o cenário em que a técnica processual até então pensada para a tutela de ressarcimento se depara, mostrando-se defasada.

Os institutos do direito processual passam a ser remodelados e discutidos com vistas a possibilitar a máxima eficácia do texto

1 De acordo com a análise de Alarcón (2007), “a mediados del siglo XVII surgió un movimiento de norte político y jurídico que desencadenaría un proceso histórico que hasta hoy se manifiesta en constante desarrollo. Nos referimos al constitucionalismo, que desde sus inicios pregonó que Europa Continental debería estructurar sus gobiernos teniendo como presupuestos las instituciones que desde el siglo XIII comenzaron a gestarse en Inglaterra y que implicaban una cierta forma de desconcentración para el ejercicio del poder”.

constitucional, que consagra como fundamento a dignidade da pessoa humana. Esses e outros fundamentos, insculpidos em verdadeiros estandartes principiológicos adquirem relevância do ponto de vista técnico-jurídico.

A postura ideológica neoprocessual objetiva fundamentalmente “construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional” (CAMBI, 2012, p.117).

Os princípios saem do campo puramente axiológico, ultrapassando a interpretação constitucional, para que sejam alcançadas através da prestação jurisdicional. É sob essa perspectiva que se deve analisar o direito de ação, de modo a alinhavar a determinação constitucional de ampliação do acesso à justiça e ao judiciário, com a natureza instrumental do processo.

Monopolizada a justiça entre as funções fundamentais do Estado, retirou-se do cidadão a autotutela, de sorte que seu direito de ação a provocar o desencadeamento do aparelho jurisdicional foi declarado entre as cláusulas pétreas, não admitindo interpretação restritiva. Logo, incumbe à Ciência Processual criar mecanismos que possibilitem e contemplem a visão instrumental do direito de ação concebido constitucionalmente.

2.3 Condições da ação: requisitos de validade ou exercício?

No Direito Romano a ação seria “o poder de obter em juízo a satisfação de um direito subjetivo [*ius presequendi in iudicium*]” (THEODORO JUNIOR, 1997, p.16). A definição da teoria imanentista ou civilista evidencia a subordinação do processo à violação do direito subjetivo, significa dizer, o processo surgiria com a violação do direito material. Em consequência, o direito de ação seria concreto e vinculado ao efetivo desrespeito da norma de direito objetivo.

Na linha evolutiva, surgiu nova perspectiva, oriunda de épica disputa teórica travada entre os alemães Windscheid e Muther em torno do direito de ação no direito romano. Dos contornos traçados, resultou a seguinte constatação: diante da violação do direito exsurge a pretensão do titular em face do Estado e para este o poder-dever de ingerência no litígio (DONIZETTI, 2011).

Mas, a celeuma não estava totalmente solucionada. Existemes o direito de acionar o Estado e o direito deste em compor a lide, qual seria a conexão entre o fato que se alega e a prestação jurisdicional? Em outras palavras, sempre que suscitado o direito de ação, o Estado estará vinculado a prestá-la ou deverá haver a comprovação da situação fática deduzida?

Uma primeira corrente doutrinária defendeu a natureza abstrata da ação, de acordo com a qual o Estado pode ser

chamado a prestar a jurisdição independentemente da efetiva comprovação do direito material que se sustenta violado. Em defesa da abstração podemos citar o alemão Degenkolb e o húngaro Plósz (DONIZETTI, 2011).²

De outro vértice, doutrina diversa perfilhou entendimento pela existência de relação concreta entre a ação e o direito material, não bastando apenas a simples alegação de ofensa ou violação para que o Estado preste a tutela jurisdicional, sendo necessária a comprovação do fato *ab initio litis*. O direito de ação não seria entendido como o direito à tutela jurisdicional, mas sim a uma sentença favorável.

Importa dizer, pela corrente concretista apenas existiria direito de ação quando favorável o pronunciamento jurisdicional, caso contrário de ação não se trata³.

Ponderando ambos os entendimentos doutrinários, Liebman desenvolveu entendimento particular, conciliando a abstração do direito de ação com a necessidade de comprovação de requisitos mínimos que demonstrem a funcionalidade da prestação jurisdicional. “Sustenta-se pela teoria eclética que a ação é o direito a uma sentença de mérito, seja qual for seu conteúdo, isto é, de procedência ou improcedência” (DONIZETTI, 2011, p.45).

De certa forma, Liebman distanciou-se da abstração, porquanto admita que o direito de ação exista independentemente do direito material. Contudo, o direito ao provimento final (de mérito ou não) está condicionado ao preenchimento de determinados requisitos, os quais se denominaram condições da ação, sendo elas: legitimidade *ad causam*; interesse de agir e, a mais polêmica, possibilidade jurídica do pedido (LIEBMAN, 1984).

Na linha da teoria eclética, obtempera Adroaldo Furtado Fabrício que “o direito de ação, conquanto autônomo e abstrato em relação ao direito subjetivo afirmado, só pode ser exercido em correlação com determinada pretensão de direito material, à qual se apresenta ligado e conexo” (FABRICIO, 2003, p.379). A presença das condições da ação, em um momento prévio da atividade cognitiva do juiz, é pressuposto lógico para a análise do mérito da ação.

O Código de Processo Civil em vigor⁴, fruto do trabalho de Alfredo Buzaid, adotou a teoria eclética de Liebman, enunciando as condições da ação como sendo a legitimidade, possibilidade jurídico do pedido e interesse de agir, conforme prescrevem os artigos 3º e 267, VI⁵ (THEODORO JUNIOR, 1997).

A doutrina nos contempla com exemplos significativos:

Se peço a anulação de um contrato do qual não participei, sou parte ilegítima porque não figuro na relação material. Se a parte pleiteia mandado de segurança para participar de um concurso

2 “Ação, então, passou a ser entendida como o direito público subjetivo a um pronunciamento judicial, seja favorável ou desfavorável” (DONIZETTI, 2011, p. 45).

3 Como defensores dessa corrente Adolph Wach e Bülow (DONIZETTI, 2011).

4 Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

5 “Para apreciar a pretensão e emitir o provimento de mérito, a lei processual exige que a parte seja legítima, que haja interesse na tutela jurisdicional e que o pedido seja, em tese, possível”.

público e este já se realizou, falta interesse processual porque a situação da vida já se perpetuou e não é possível voltar atrás. Se um Estado da Federação pede a declaração de seu desligamento da República Federativa, ele carece de ação porque sua demanda é juridicamente impossível perante a Constituição Federal (DINAMARCO, 2004, p.300).

Convém lembrar que, após seu retorno à Itália, Liebman modificou sua teoria das condições da ação,

A partir da 3ª edição do seu *Manuale*, e certamente depois que o Código de Processo Civil brasileiro havia sido pensado, abandonou a possibilidade jurídica do pedido, reduzindo as condições da ação apenas à legitimidade para a causa e ao interesse de agir. Isto porque, quando a postulação solicitada pelo autor não pudesse ser atendida, faltaria o próprio interesse de agir (MARINONI; ARENHART, 2005, p.63).

De acordo com a lei em vigor, a ausência de alguma condição pode ser aferida pelo magistrado em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme dispõe o art. 267 § 3º do Código de Processo Civil Brasileiro⁶, implicando na resolução do processo sem julgamento do mérito, traduzido na ausência de produção dos efeitos da coisa julgada material, possibilitando ao autor, após regularização, a repropositura.

A aplicação irrestrita do dispositivo legal conduz a algumas dificuldades de cunho teórico e contorno prático. Corrigida a ausência da condição, a ação a ser reproposta identifica-se com aquela extinta por carência? Se o juiz ou o tribunal pronunciam-se com a relação processual já avançada ainda assim o julgamento seria sem resolução do mérito? Caso assim se conclua, entre a propositura da ação e o momento de decretação da carência o que existiu?

De acordo com a teoria eclética, as condições da ação são requisitos para a sentença de mérito, posto que inexistentes, nem sequer função jurisdicional foi exercitada pelo Estado-juiz, de acordo com a doutrina:

Como assevera Liebman, recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda propriamente julgar; são atividades que por si próprias nada têm de jurisdicionais e adquirem esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição (BAPTISTA, 2003, p.107).

Afinal, para Liebman (1976) todas as questões submetidas à apreciação judiciária são condicionantes à apreciação do mérito, conduzindo ao juízo de procedência ou improcedência da ação.

Destarte, diante da garantia constitucional de amplo e irrestrito acesso à justiça e ao Judiciário, é forçoso concluir que as condições se refiram à regularidade, mas não ao seu exercício ou existência, pois “ainda que a resposta do juiz se exaura na pronúncia de carência da ação [porque não se configuram as condições da ação], terá havido exercício da função jurisdicional” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006, p.274).

Colaciona Marinoni (1999, p.63)

que as afirmações i) de que o juiz não exerce função jurisdicional quando conclui que uma condição da ação não está presente e ii) de que nesse caso não se responde a um direito do autor, são completamente insustentáveis.

Logo, a teoria eclética deve ser interpretada à luz da Constituição Federal⁷ e demais garantias processuais, de forma que a técnica e o formalismo não conduzam a conclusões distorcidas e impliquem em restrição de direitos fundamentais.

2.4 Natureza do reconhecimento superveniente de carência da ação

De início, cumpre estabelecer o limite da atividade cognitiva do juiz no momento de propositura da ação, quando do primeiro contato com a demanda instaurada e com os fundamentos de fato e de direito, quando lhe é devido proceder com a análise das condições de validade de seu exercício.

Com efeito,

É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação o mais cedo possível no procedimento, e de ofício, para evitar que o processo caminhe inutilmente, com dispêndio de tempo e recursos, quando já se pode antever a inadmissibilidade do julgamento do mérito (GRINOVER, CINTRA; DINAMARCO, 2006, p.277).

A análise inicial do magistrado é perfunctória, sobretudo diante da produção probatória que será iniciada. Assim, não será crível ao juiz deter-se sobre a existência ou não dos fatos e de acordo com a forma narrada, sob o risco de atacar o mérito da ação em prejuízo do contraditório e da ampla defesa.

A correspondência que o magistrado deve empreender é, por assim dizer, hipotética. O objetivo inicial é a constatação de uma relação mínima de regularidade do que se pede, como se pede e em relação a quem se pede, postergando sua efetiva comprovação para além do desenvolvimento do procedimento. Nesse momento, “o que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito” (MARINONI, 1999, p.212).

Para conciliar a natureza abstrata da ação, com a análise inicial das condições de validade de seu exercício, a doutrina italiana desenvolveu a teoria da asserção ou prospectação, segundo a qual o momento de verificação da carência é inicialmente, de acordo com a afirmação (asserção) do autor, tudo mais sendo relegado ao mérito da ação.

Na exposição de Didier (2009, p.182):

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da *prospettazione*.

⁶ Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

Logo, o critério para definição da natureza da decisão que declara a carência é temporal: se, ao início, a decisão não aprecia o mérito; caso a pronúncia da carência seja posterior, haveria manifestação sobre o mérito.

Em sentido contrário, outra corrente doutrinária defende a teoria da apresentação, segundo a qual pouco importa o momento de manifestação do juiz, seja ao início ou ao final, a decisão será sempre de carência de ação e, portanto, sem resolução do mérito (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006, p.277).

De acordo com Greco Filho (1992, p.87-89):

É diferente carência da ação de improcedência da ação: na primeira, como se disse, há declaração de falta de condição da ação, sem apreciação do mérito; na segunda, há pronunciamento sobre o mérito. Em qualquer momento, porém, a natureza da sentença será a mesma, isto é, ela determina a extinção do processo sem julgamento do mérito, de modo que, posteriormente, a ação poderá ser renovada.

Igualmente, Cândido Rangel Dinamarco dedica capítulo de sua obra para repudiar a aplicação da teoria da asserção, com o arnês de que, para ter direito ao processo, não basta que o autor afirme haver preenchido as condições da ação, mas, que elas estejam formalmente presentes. Afirma o eminente processualista:

Seja ao despachar a petição inicial, ou no julgamento conforme o estado do processo ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta (DINAMARCO, 2004, p.316).

A crítica é fundada, pois pelo simples momento de aferição das condições da ação, haveria a transmutação da natureza do pronunciamento judicial. Se a carência é aferida ao início, o pronunciamento não resolveria o mérito, se, ao final, com ele se confundiria.

Realmente, de acordo com a atual redação do Código de Processo Civil, a teoria da representação causa menos confusão e dificuldades de manejo prático. Com efeito, a *voluntas legis* privilegia a economia processual evitando a instauração, prosseguimento e condenação do réu sob o pálio de um irregular desenvolvimento da ação. Ausente alguma condição, o autor não tem direito de ver o mérito julgado.

Na praxis, a teoria da representação facilita a atuação judicante, pois a carência pode apresentar-se a qualquer momento do trâmite, decorrente da dilação probatória e dos elementos fáticos coligidos ao caderno processual, reservado ao magistrado a manifestação na forma do art.462 e 267 § 3º, ambos do Código de Processo Civil⁸ (DINAMARCO, 2004, p.318)⁹.

De outro lado, não se pode descurar da deficiência teórica representada pela categoria das condições da ação.

As condições da ação só existem para justificar a abstração do direito de ação perante a moderna concepção do Direito Processual Constitucional, diante da dificuldade da doutrina do século passado em definir o conceito de coisa julgada material.

Obtempera Marinoni (1999, p.64):

Qual, pois, a razão para se falar em condições da ação? A resposta é simples, e se relaciona com uma inadequada compreensão do instituto da coisa julgada material.

E completa:

Se é evidente que aquele que escolheu a via errada deve ter o direito de voltar a ingressar em juízo através da via adequada, é completamente falso que a sentença que afirma que a via escolhida é inadequada não produza coisa julgada material, e que somente por isso o autor tem o direito de voltar a juízo elegendo a via correta.

A incidência dos efeitos da coisa julgada material decorre de uma simples razão: não haverá identificação entre as ações¹⁰ (BUENO, 2010). O que identifica as ações, para efeitos de litispendência e coisa julgada são seus elementos componentes, quais sejam: partes, causa de pedir e pedido. Por parte, entende-se autor e réu.

A causa de pedir, de acordo com a doutrina, divide-se: em próxima e remota. Sendo que “os fundamentos de fato devem ser entendidos como a causa remota; os fundamentos de direito, como a causa próxima” (BUENO, 2010, p.366).

Por fim, de acordo Donizetti (2011, p.48):

Pedido é a conclusão da exposição dos fatos e fundamentos jurídicos constantes da petição inicial, ou seja, a pretensão material formulada ao Estado-juízo. Desdobra-se o pedido em imediato, que é a providência ou o tipo de tutela jurisdicional solicitada pelo autor, e pedido mediato, que constitui o bem jurídico pretendido.

Se o autor se afigura carecedor em razão da ilegitimidade passiva do réu, por exemplo, ingresso de ação de despejo em face de pessoa que não é inquilino, poderá renovar o pedido condenatório, mas, fazendo-o em face do locatário, haverá alteração da identidade das partes passivas, por consequência, tratar-se-á de nova ação.

Igualmente, suponha-se que em face do locatário, o locador ingresse com ação de reintegração de posse. Muito embora as partes sejam legítimas, a via escolhida é inadequada para alcançar o bem almejado.

Poderá o locador propor ação, com as mesmas partes e causa de pedir (término do contrato), mas valendo-se da via adequada (ação de despejo). Nesse caso o pedido mediato permanece idêntico, porém, o pedido imediato (tutela jurisdicional) é modificado.

Por fim, imagine-se a ação revisional do aluguel proposta pelo autor antes do termo contratual fixado para tanto. Naquele momento o pedido será juridicamente impossível,

8 Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

9 “No momento da propositura da ação possessória o réu não havia ainda praticado a moléstia à posse que o autor alega, mas os fatos evoluíram e ele veio a praticá-lo [venceu-se o contrato de comodato]”.

10 “Neste caso, contudo, trata-se, para todos os fins, de uma nova investida jurisdicional, uma nova ação”.

por expressa vedação legal. Todavia, o autor poderá remanejar demanda revisional findo o prazo avançado que, em razão da modificação da causa de pedir remota (fatos), será possível ser apreciado.

Tratam-se de ações idênticas? A resposta é desenganadamente negativa. A sentença que aferir a irregularidade do exercício jurisdicional manifestar-se-á sobre o mérito, transitando materialmente em julgado. Regularizada a ação e apresentada nova movimentação jurisdicional, será nova ação, não se identificando com a anteriormente ajuizada.

Marinoni (1999, p.65) explica que

não deveria existir condição da ação, e nesse caso o Código de Processo Civil não precisaria, justamente porque em tese não deveria, distinguir a sentença de carência da sentença que julga o direito substancial [pedido].

Em soma, a teoria da representação melhor se explica diante do contexto legislativo atual, mas, à luz da garantia de acesso à justiça e dos princípios norteadores da teoria processual, a categoria das condições da ação deve ser eliminada ou, ao menos, admitir-se que a sentença que reconhece a carência manifesta-se sobre o mérito e transita materialmente em julgado.

3 Conclusão

Com o surgimento da jurisdição e sua monopolização entre as funções fundamentais do Estado contemporâneo, o direito de ação foi inserido no catálogo de direitos fundamentais como a importante garantia do cidadão de ver prestada a tutela jurisdicional ao caso concreto.

A Constituição Federal Brasileira expressamente consagra o direito de amplo acesso ao Judiciário e à justiça no art.5º, inciso XXXV.

O direito de ação, na perspectiva neoconstitucional do processo, abarca não apenas a mera noção de movimento do aparelho jurisdicional, mas, sim a efetiva, tempestiva e adequada prestação da tutela jurisdicional, por meio de um devido processo legal e observância das garantias inerentes à sua efetividade. Contudo, é fundamental conciliar a teoria constitucional com a técnica processual.

Visto por esse ângulo, as condições da ação são hábeis a produzir segurança jurídica e propiciar a economia processual, vedando que se instaurem demandas destituídas de um mínimo lastro de correspondência com o fato.

Por outro lado, inegavelmente não é possível cingir o que é condição da ação do que é mérito, como se fossem coisas absolutamente distintas. O que a teoria da asserção faz é apenas uma cômoda divisão sob a linha temporal de apreciação do preenchimento ou não dos requisitos (ao início carência, ao final mérito).

O motivo é muito simples: a ação que será ‘reproposta’

nada tem a ver com a ação extinta por carência. Ora, a ação carente proposta será diferente da ação suprida a ser reproposta. São ações diversas que serão exercidas. Duas provocações distintas da tutela jurisdicional. Logo, aquela primeira decisão de carência produzirá coisa julgada, sendo, portanto, de mérito.

A teoria da representação deve ser aplicada na vigência do atual Código de Processo Civil, mas, a categoria de condições da ação deve ser revisada, para sua abolição ou o reconhecimento legal da cobertura dos efeitos da coisa julgada sobre a sentença que reconhece a carência.

Referências

- ALARCÓN, P.J.L. Derecho fundamental a la legislación y omisiones inconstitucionales. El mandado de injunción: la alternativa brasileña. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v.65/66, p.167-193, 2007.
- ALEXY, R. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.217, p.55-66, 1999.
- BAPTISTA, O.A. *Curso de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.
- BOBBIO, N. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BUENO, C.S. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAMBI, E. *Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo*. 2.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.
- DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DIDIER, F. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 11.ed. Salvador: Podivm.
- DIDIER, F. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, v.1/2.
- DONIZETTI, E. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FABRÍCIO, A.F. *Extinção do processo e mérito da causa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRECO FILHO, V. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v.1.
- GRINOVER, A.P.; CINTRA, A.C.A.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LIEBMAN, E.T. *Manual de Direito Processual Civil I*. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIEBMAN, E.T. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.
- MARINONI, L.G. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Direito e processo*. Direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide: 1997, v. 5.