

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

BRUNELLA PIRAS COSER

**A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS
SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO COMO FATOR
GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA**

**VITÓRIA
2007**

BRUNELLA PIRAS COSER

**A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS
SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO COMO FATOR
GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

VITÓRIA
2007

BRUNELLA PIRAS COSER

**A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NAS
SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO COMO FATOR
GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 30 de Novembro de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof Dr José Rogério Cruz e Tucci
Examinador

Prof Dr Carlos Henrique Bezerra Leite
Examinador

Aos meus pais, por terem me ensinado os valores da ética e do trabalho, e que o talento só prospera se estiver acompanhado da dedicação.

Ao Juliano, por seu amor, carinho e apoio, que me permitem ser uma pessoa repleta de sonhos, e, por vezes, alcançá-los...

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Dr. José Roberto dos Santos Bedaque, por suas preciosas lições, as quais engrandeceram, bem como alargaram minha visão acerca das condições da ação e da decisão que declara sua ausência. Contar com sua orientação no tema foi uma experiência única e extremamente enriquecedora para minha vida acadêmica.

Agradeço, do mesmo modo, à minha família, por ter suportado o período de pesquisa e elaboração da presente dissertação, no qual, confesso, dei mais atenção aos livros e escritos do que às pessoas queridas.

Agradeço, ainda, àqueles que tiveram participação direta na elaboração do trabalho, especialmente João, em seu auxílio nas revisões, Ivana, com seu apoio nos momentos críticos, e Federica, com sua tradução rápida. Esse agradecimento faz menção de abranger todos aqueles que porventura eu tenha esquecido de citar nominalmente – por favor, sintam-se pessoalmente mencionados.

Por fim, agradeço aos colegas de mestrado, que nos debates ocorridos durante o cumprimento dos créditos, sempre se mostraram solícitos em discutir o tema que desenvolvi, e representaram verdadeiro auxílio na estruturação do problema abordado.

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo investigar a possibilidade de incidência de coisa julgada material nas sentenças de carência de ação como fator gerador de segurança jurídica. Para tanto, recorre precipuamente à análise da ação como garantia constitucional. Nesse âmbito, observa a previsão constitucional do conteúdo do direito de ação, para posteriormente, compará-lo ao direito de ação condicionado. Acerca desse último, investiga de que modo se deu sua formação, com a análise das teorias evolutivas do direito de ação no tempo. Em seguida, explicita a adoção da Teoria Eclética da Ação, que implicou na idéia de direito de ação em dois planos distintos: constitucional e processual. No objetivo de delimitar a sentença de carência, as condições da ação têm seu conceito exposto e sua relação com o mérito da demanda investigada. A carência de ação é, então, confrontada com o conceito de garantia constitucional de ação extraído, tendo seu significado dentro de nosso ordenamento jurídico definido. A possibilidade de incidência de coisa julgada material nas sentenças de carência de ação é, então, investigada, no que é seguida por uma análise pormenorizada sobre a garantia constitucional da coisa julgada. A narrativa segue, então, discorrendo sobre o valor segurança jurídica e sua relação com a coisa julgada, a fim de constatar se a imutabilidade da sentença de carência de ação é um fator garantidor de segurança jurídica. Por fim, são analisados julgados do Superior Tribunal de Justiça para verificar se a conclusão a que se chegou com a pesquisa tem adoção jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Condições da ação. Mérito. Carência de ação. Coisa julgada. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The presente research has the objective of investigating the possibility of “carência” sentences regarding the effects of *res judicata* are factors that generate juridic security. For so, it analyses *actio* as a constitutional warranty. It observes the constitutional prevision of the contents of the right of action to, afterwards, compare it to the conditioned right of action. About this last one, it investigates in which way it has formed, with the analyses of the evolutive theories of the right of action in time. It affirms the adoption of the Eclectic Theory, that implicated in the idea of *actio* in two different levels: constitutional and procedural. Looking for delimitating the “carência” sentences, the “condições da ação” have their concept exposed and their relation with the merit investigated. The “carência” of *actio* is, then, confronted with the concept of constitutional warranty of *actio* taken before, having its meaning in our juridic system clearly defined. The possibility of *res judicata* in “carência” sentences is investigated, and followed by an analysis about *res judicata*. It then talks about juridic safety and its relation with *res judicata*, to find out if the imutability of the “carência” sentence is a factor that guarantees juridic safety. To conclude, it analyses decisions of the Superior Tribunal de Justiça to verify if the conclusion taken with the research is adopted by the courts.

KEY-WORDS: Actio conditions. Merit. Res judicata. Juridic security.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

atual. – atualizado

art. – artigo

CC/16 – Código Civil de 1916

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

rev. – revisto

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v. – volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO DE AÇÃO	14
2.1 AÇÃO: DIREITO OU GARANTIA CONSTITUCIONAL?.....	14
2.2 A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO E SUAS TEORIAS.....	21
2.2.1 A Teoria Imanentista.....	22
2.2.2 A Teoria Concreta.....	23
2.2.3 A Teoria do Direito Potestativo.....	24
2.2.4 A Teoria Abstrata.....	25
2.2.5 A Teoria Eclética.....	27
2.3 O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO CONDICIONADO.....	31
2.3.1 Possibilidade jurídica da demanda.....	37
2.3.2 Legitimidade <i>ad causam</i>	40
2.3.3 Interesse processual.....	42
3 A AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NAS SENTENÇAS JUDICIAIS	46
3.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O MÉRITO.....	46
3.2 A SENTENÇA DE CARÊNCIA DE AÇÃO: SUA POSIÇÃO EM FACE DAS REGRAS JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS.....	59
3.3 INCIDÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL NAS SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO.....	63
4 A COISA JULGADA	67
4.1. A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	67
4.2 CONCEITO DE COISA JULGADA.....	71
4.3 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.....	78
4.4 PRONUNCIAMENTO JUDICIAIS QUE PRODUZEM COISA JULGADA.....	81
4.5 A COISA JULGADA MATERIAL EM SENTIDO POSITIVO E NEGATIVO.....	84
4.6 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA.....	85
4.7 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.....	87
5 A IMUTABILIDADE DAS SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA	92
5.1 A SEGURANÇA JURÍDICA.....	92
5.2 SEGURANÇA JURÍDICA, COISA JULGADA E REALIDADE SOCIAL.....	98
5.3 A IMUTABILIDADE DAS SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO COMO FATOR GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	105
5.4 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO TEMA.....	107
6 CONCLUSÃO	110
7 REFERÊNCIAS	113
ANEXO A – REsp nº 45.935/SP	122

ANEXO B – REsp nº 103.584/SP.....	129
ANEXO C – REsp nº 191934/SP.....	148
ANEXO D – REsp nº 216.478/SP.....	150

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, há um conflito de paradigmas em relação à compreensão tradicional do fenômeno jurídico, vindo à tona debates que, antes de se restringirem à mera casuística legal, viram-se cada vez mais para questões fundamentadas no próprio Direito e da legitimidade de suas decisões, sejam legislativas, judiciárias ou administrativas.

Portanto, cada vez mais estudiosos e autores do Direito, investigam sobre conceitos e institutos que, apesar de estarem no cotidiano do universo jurídico, passaram a representar um segundo plano devido à ascendente visão formalista do Direito.

Entretanto, entendimento como legitimidade, efetividade e princípios jurídicos surgem recuperados e revigorados pela nova hermenêutica, que procura buscar-lhes o sentido último e redefinir-lhes a função, tornando assim, a segurança jurídica o centro de debates doutrinários.

Contudo, suas crescentes e imutáveis referências, feitas pelos doutrinadores do direito contemporâneo, resistem com a escassa produção. A segurança jurídica avoca especial relevância em virtude do típico momento que o mundo atravessa.

Ainda que possa parecer exagero afirmar que vivemos momentos de insegurança, não se pode esconder a necessidade de uma tomada brusca de atitudes em virtude das grandes acelerações que se presencia através das mídias, fruto da globalização econômica, política e cultural, onde a desconstrução do clássico Estado Nacional e a disseminação de novas tecnologias de informação influenciam na vida de cada indivíduo, que vêem suas relações constantemente modificadas, aumentando os riscos de frustração de suas expectativas.

Importante salientar que a segurança jurídica é, sobretudo, uma necessidade antropológica do homem¹. Para Luis Recaséns Siches, sem segurança jurídica não há direito, nem bom nem mau, nem de nenhuma classe. Todavia, afirma que a

¹ PÉREZ LUÑO, Gregorio. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1996.

segurança jurídica, em termos absolutos, é um ideal inatingível² e que não há no mundo jurídico, instituto tão profundamente ligado à temática da segurança quanto o da coisa julgada.

O Poder Judiciário é a última via na qual os indivíduos buscam auxílio para a solução de seus dissídios. A prestação jurisdicional, diferentemente da atuação do legislador e do administrador, dota-se da qualidade fundamental da definitividade, de forma a por fim às discussões relativas à titularidade ou existência de direitos e obrigações. É exatamente esta definitividade que, juntamente com a substitutividade, peculiariza a função jurisdicional.

A definitividade da decisão jurisdicional é garantida pelo instituto da coisa julgada, que foi consagrado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República de 1988, *in verbis*, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Nesse sentido, a coisa julgada guarda relação direta com a efetivação da segurança jurídica, na medida em que estabiliza de forma definitiva a pacificação judicial de um conflito jurídico. Em linhas gerais, é papel direto do instituto da coisa julgada garantir a certeza e a imutabilidade do direito declarado pelas decisões judiciais.

A coisa julgada é a imutabilidade da própria sentença e de seus efeitos. Desse modo, tal imutabilidade pode manifestar-se de dois modos: endoprocessualmente, ou extraprocessualmente.

No primeiro caso, temos a impossibilidade de alterar a sentença por novo julgamento, por não comportar mais recursos. Assim, não cabe ao Estado-Juiz emitir mais pronunciamentos naquele processo, restando finda sua atividade julgadora. Esse fenômeno denomina-se coisa julgada formal, e incide sobre todas as sentenças não mais impugnáveis via recurso.

² SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Porua, 1973. p. 294.

Os julgamentos de mérito, por sua vez, uma vez que solucionaram o litígio, vão adquirir imutabilidade não só dentro do processo em que nasceram, mas também dos efeitos substanciais que produzem.³ Serão, portanto, impassíveis de alteração as situações jurídicas criadas ou ditadas pela sentença, não cabendo solução diferente para o conflito pacificado, seja pelo órgão jurisdicional que proferiu a decisão, seja por qualquer outro órgão.

Referida estabilidade é a chamada coisa julgada material, que somente se manifesta nas sentenças que solucionam o mérito, e, pois, pacificam o conflito. Nesse sentido, essa face da garantia da coisa julgada é a responsável por assegurar a segurança jurídica.

Entretanto, a fim de que se dê a incidência da coisa julgada, com a atuação efetiva da segurança jurídica no plano da concretude, necessário que se apresente uma sentença de mérito, fruto de um processo com todas as garantias a ele ínsito (devido processo legal constitucional).

Todavia, resta indispensável destacar que o processo não tem um fim em si mesmo, mas representa instrumento de pacificação de conflitos e aplicação do direito material. O processo, especialmente em sua acepção de procedimento, deve representar método de trabalho que torne possível a obtenção de resultado idêntico, formal e substancialmente, àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais.

Assim, caso seja detectada pelo jurista situação em que, à parte das regras de direito processual puro, ou mesmo contrariamente às mesmas, se possa dar solução a conflito decorrente da não-aplicação do direito material, é dever do mesmo que garanta a operabilidade do direito substancial, e não de seu instrumento (observados e ponderados eventuais prejuízos).

³ V. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; e BARBOSA MOREIRA, Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 416, 1984.

Continuando o raciocínio, se são ultrapassadas as fronteiras exclusivamente procedimentais, a fim de aplicar o direito substancial e pacificar a lide, certamente tal provimento jurisdicional deve ser dotado de imutabilidade (leia-se: coisa julgada material), como meio legítimo de garantir o direito fundamental da segurança jurídica.

Isso é exatamente o que se busca no presente trabalho, ao se proceder à análise das sentenças de carência de ação e da possível incidência da coisa julgada material sobre as mesmas, como medida garantidora da segurança jurídica.

A fim de esclarecer o objetivo principal da dissertação em voga, passamos a discorrer acerca do que consiste o direito de ação, bem como da previsão constitucional de seu conteúdo, que torna dispensável a concepção de um direito de ação processual. Explicitaremos, também, a evolução teórica do direito de ação, que culminou na adoção de uma concepção dicotômica do mesmo, limitada em seu exercício pelos requisitos denominados *condições da ação*.

Em seguida, discorreremos acerca da relação entre as condições da ação e o mérito da demanda, bem como da constatação da ausência de mencionados requisitos numa demanda, culminado com a formação de uma sentença de carência de ação. Por fim, analisaremos a possibilidade de imutabilidade da sentença de carência de ação.

Com o intuito de atingir um melhor desenvolvimento do tema, exporemos o conceito de coisa julgada, assim como sua condição de garantia constitucional, seus limites e contornos gerais.

Por fim, delinearemos a segurança jurídica, expondo sua relação estreita com a coisa julgada, com o objetivo de verificar se a incidência de coisa julgada material sobre a sentença de carência de ação implica num fator gerador de segurança jurídica. Faremos, ainda, uma análise da posição do Superior Tribunal de Justiça.

2 O DIREITO DE AÇÃO

2.1 AÇÃO: DIREITO OU GARANTIA CONSTITUCIONAL?

Com o surgimento do Estado de Direito, restou proibida a autotutela, com a solução das crises de direito substancial cabendo exclusivamente à atividade jurisdicional. Assim, chamou para si o Estado o poder-dever de, em substituição à vontade dos titulares dos interesses em conflito, fazer atuar a vontade concreta da lei que rege o caso, com a finalidade de realizar a paz social.

A jurisdição, todavia, tem como característica fundamental a inércia (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*). Desse modo, cabe ao titular do direito que reclama a atuação estatal provocar o exercício da atividade jurisdicional. Ao dever do Estado à prestação jurisdicional corresponde um direito – o direito de ação.

Ação, portanto, é o **direito ao exercício da atividade jurisdicional** (ou o **poder** de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.⁴⁻⁵

A Constituição Federal afirma, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Está assegurado, assim, pelo texto constitucional, o amplo acesso ao Poder Judiciário, mediante a garantia da ação.

De fato, tomada nos termos antes mencionados, a ação tem *status* de garantia constitucional, na medida em que representa norma assecuratória do acesso à justiça.

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 247.

⁵ Ada Pellegrini Grinover tem conclusão individual um pouco diversa acerca do conceito do direito de ação. A mesma discorda acerca da concepção de que seria a ação um poder, e completa, afirmando que a obrigação correspondente ao direito de ação é do Estado, e não do outro integrante da relação jurídica de direito material. Senão vejamos: “Em nosso entender, portanto, o direito de ação é direito público subjetivo, de que é titular o indivíduo e ao qual corresponde a obrigação do Estado (não do juiz, que é mero agente) à prestação jurisdicional.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 451, mai. de 1973. p. 31.)

Destaca-se, no entanto, que o direito de ação teve desenvolvimento doutrinário quase que exclusivamente realizado no plano processual, dissociando-se muitas vezes a doutrina do plano constitucional.⁶ Isso fez com que ainda hoje a garantia prevista constitucionalmente pelo art. 5º. XXXV seja vista como uma faceta distinta daquela que se denomina “direito processual de ação”, que nada mais é que o delineamento dado pelo legislador infraconstitucional à citada garantia prevista na CF/88. Assim, o direito de ação teria dois sentidos, um processual e um constitucional.⁷

Tal equívoco será mais bem demonstrado à frente, ocasião em que serão expostas as condições evolutivas e a atual disciplina do direito de ação na legislação brasileira.

Entretanto, é necessário afirmar desde já, que a ação está prevista constitucionalmente, no art. 5º, XXXV, da CF/88. Assim, ainda que se considere a ação um direito dicotômico, é impossível negar sua acepção constitucional, positivada que está no texto da Carta Magna.

Por tal motivo, cumpre-nos estabelecer o significado da garantia constitucional da ação, uma vez que o sistema processual legal deverá ser balizado nos preceitos e princípios exarados pela mencionada garantia.⁸

Conforme mencionado, o texto do art. 5º, XXXV, da CF/88 estabelece o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, bem como o direito de ação. Essas duas regras constitucionais têm existência interdependente, sendo que seus conceitos verdadeiramente se mesclam.⁹

⁶ DIDIER JÚNIOR, FREDIE. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 203.

⁷ “O direito de ação está prescrito em nosso ordenamento de forma dicotômica: de maneira mais ampla e genérica, como direito de acesso ao judiciário, na Constituição Federal, art. 5º, XXXV; e no Código de Processo Civil, como direito a uma sentença de mérito, nos termos dos arts. 3º, 267, 295.” (KLIPPEL, Rodrigo. **As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção**. São Paulo: Scortecci, 2005. p. 43.)

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70.

⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 329.

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, também denominado de acesso à justiça, a Constituição Federal garante a todos, indistintamente e sem restrição, o acesso ao mecanismo estatal de proteção de seus interesses jurídicos, qual seja, o processo. Assim, todos têm o direito de recorrer ao Poder Judiciário a fim de propor demandas.

Para que o acesso ao Judiciário se dê, não há necessidade de que o direito que carece de proteção tenha sido efetivamente lesado. Segundo a previsão constitucional (art. 5º, XXXV), a simples ameaça a direito deve receber a proteção estatal. A inclusão da ameaça como conteúdo da inafastabilidade do Judiciário é exclusiva da Constituição Federal de 1988, que inovou na matéria ao ampliar a proteção antes oferecida somente a direitos lesados.¹⁰

Ademais, cumpre destacar que o ingresso no Poder Judiciário, exatamente por ser garantido de forma ampla e genérica, não exige a existência real do direito a ser protegido. “Basta a afirmação de um direito, lesado ou ameaçado, para que a pessoa tenha acesso à jurisdição e ao processo.”¹¹

No entanto, devemos ter em conta que o acesso à justiça não representa garantia meramente formal de petição ao Judiciário.

Muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente.¹²

A satisfação do direito está consubstanciada na tutela jurisdicional efetiva, que nada mais é do que o resultado a ser atingido pelo processo, qual seja a satisfação dos

¹⁰ “É como se disse, que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal impusesse um repensar do processo civil em duas grandes frentes. Uma delas voltada à reparação de lesões ocorridas no passado, uma proposta *retrospectiva* da função jurisdicional, e outra, voltada para o futuro, uma visão *prospectiva* do processo, destinada a evitar a consumação de quaisquer lesões a direito, é dizer, a emissão de uma forma de proteção jurisdicional (de tutela jurisdicional) que *imunize* quaisquer ameaças independentemente de elas converterem-se em lesões. Independentemente, até mesmo, de elas gerarem quaisquer danos. Basta, quando a ameaça é o foro das preocupações da atuação jurisdicional, que haja uma situação antijurídica.” (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 102.)

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 64.

¹² *Ibid.* p. 63.

interesses legitimamente postulados.¹³ Significa, em outras palavras, atingir, por meio do processo, a situação jurídica que poderia ter naturalmente surgido caso não se tivesse instalado a crise de direito substancial, i.é., caso aquele que deve sujeitar-se ao direito legitimamente verificado o fizesse sem resistência.¹⁴

Assim, muito embora o processo (mecanismo de atuação estatal para proteção de direitos) esteja acessível a todos, mediante a mera afirmação de direito ameaçado ou lesado, em virtude da inafastabilidade da jurisdição, ele tem seus delineamentos postos com o intuito direto de prover tutela jurisdicional efetiva, ou seja, adequada para a devida realização do direito material no caso, a qual somente será conferida a quem de fato possui o direito material.

Portanto, nem todos aqueles que recorrem ao judiciário têm acesso à tutela jurisdicional, o que não representa limitação ao princípio do acesso à justiça.

O direito de ação, por sua vez, tem o papel de retirar da inércia a jurisdição. Constitui-se o mesmo na “[...] provocação inicial do Estado-juiz para que ele atue e, nesta perspectiva, para que ele preste tutela jurisdicional [...]”¹⁵. “Trata-se do poder, pertencente a todos, *uti civis*, de provocar a atividade jurisdicional e retira-la da sua inércia.”¹⁶

Nesse sentido, não há como negar à ação o *status* de garantia constitucional, na medida em que é norma que assegura o acesso à justiça.

No entanto, a ação não é uma garantia vazia, de simples acesso ao Judiciário.¹⁷ É uma garantia substancial a *um processo justo*, ou seja, a todos os meios que garantam a obtenção da tutela jurisdicional apta à pacificação do conflito.¹⁸

¹³ “[...] o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.” (CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v.I. p. 84.)

¹⁴ V. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27-30.

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 331.

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 229.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 388.

Conforme explicitado, somente têm acesso à tutela jurisdicional aqueles que são titulares do direito afirmado. Todavia, todos possuem, indistintamente, mediante a simples afirmação de um direito ameaçado ou lesado, o poder ou direito de se valer dos meios assegurados constitucionalmente para a obtenção de tutela jurisdicional. O exercício da ação, desse modo, “dá origem ao direito de obter pronunciamento do juiz sobre o pedido de tutela, independentemente do conteúdo da decisão final.”¹⁹

Esse pensamento é brilhantemente desenvolvido por José Roberto dos Santos Bedaque, que conclui que os meios garantidores da obtenção da tutela jurisdicional se consubstanciam no *devido processo constitucional*.

[...] Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. E o que está à disposição de todos, titulares de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional e quem efetivamente faz jus a ela. Assim, a garantia constitucional de ação representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto.²⁰

¹⁸ Acerca do tema, expõe Luigi Paolo Comoglio três proposições: “1) il riconoscere ora nel precetto costituzionale la vera ‘norma fondamentale’ sull’azione significa *irreversibilmente* dare per scontato che, prima (e senza) di essa, la disciplina positiva del processo non sia mai riuscita (né tontomeno riesca, di per sé) a garantire un adeguato supporto legittimante a qualsiasi concezione tradizionale di azione; 2) nel contesto dei principi costituzionali, inoltre, il ‘diritto al processo’ non è caratterizzato da un *oggetto puramente formale od astratto* (‘processo’ *tout court*), ma assume un *contenuto modale qualificato* (come ‘diritto al giusto processo’); 3) l’azione in giudizio, quindi, va rimodellata in armonia con tale *qualificato contenuto* tenendo conto del fatto che la norma costituzionale non è, per così dire, una garanzia di soli ‘mezzi’, ma è anche (perlomeno in *termini modal*) una garanzia di risultato, poiché, com l’invulnerabilità di taluni *poteri processuali minimi* (azione e difesa), essa consacra altresì l’adeguata *possibilità* di ottenere, per loro ‘mezzo’, un mínimo di *forme di tutela effettiva*, proprie (apunto) di um processo ‘giusto’.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Note Riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della Domanda Giudiziale. **Rivista di Diritto Processuale**, Anno XLVIII [seconda serie], n. 2. Milão: CEDAM, 1993. p. 472.) Tradução livre: “1) o reconhecer ora no preceito constitucional a verdadeira ‘norma fundamental’ sobre a ação significa irreversivelmente dar como certo que, antes (e sem) dessa, a disciplina positiva do processo nunca tenha conseguido (nem também consiga por si própria) garantir um suporte adequado legitimamente a qualquer concepção tradicional de ação; 2) no contexto dos princípios constitucionais, ademais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (processo *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (como direito ao ‘justo processo’); 3) a ação em juízo, portanto, tem que ser remodelada em harmonia com tal qualificado conteúdo tendo em conta o fato que a norma constitucional não é, por assim dizer, uma garantia somente de meios, mas é também (pelo menos em termos modais) uma garantia de resultados, pois, com a inviolabilidade de alguns poderes processuais mínimos (ação e defesa) ela consagra também a adequada possibilidade de obter por seu meio um mínimo de formas de tutela efetiva, próprias (exatamente) de um processo justo.”

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230.

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 64.

De fato, cabe à Constituição Federal procurar estabelecer garantias, poderes e mecanismos que confirmam a tutela jurisdicional a quem é titular do direito material discutido. O processo conduzido mediante tais regras estabelecidas constitucionalmente é o processo justo, assim qualificado por Augusto Morello.²¹ Desse modo, o processo justo pode ser entendido como o processo conduzido mediante a observância dos princípios e poderes que integram o devido processo constitucional.

Esse tema, que inclusive foi desenvolvido por Bedaque ao longo de diversas de suas obras publicadas²², levou-o a afirmar:

[...] Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo.

[...]

A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios.

Daí poder-se afirmar ser o processo permeado de valores éticos, exatamente aqueles que norteiam a própria Constituição. Cada país tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes.²³

Em vista do exposto, não subsiste a diferença entre um direito de ação constitucional, e um direito de ação processual²⁴. A ação é plena e suficientemente prevista na Constituição Federal. Qualquer previsão infraconstitucional acerca do instituto deve estar de acordo com a configuração que lhe deu a CF/88, sendo que as regras acerca do tema inseridas no Código de Processo Civil devem ser

²¹ MORELLO, Augusto M. **El proceso justo**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994.

²² V. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006; *Idem*, **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006; e *Idem*, **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

²³ *Idem*. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65-66.

²⁴ Dinamarco, não obstante reconheça a previsão constitucional da ação como garantia de acesso não só ao Judiciário, mas a um amplo poder de exigir e obter provimento, acolhe a concepção dicotômica do direito de ação, e acaba por denominar o direito de ação constitucionalmente previsto de direito de demandar, considerando a ação um direito condicionado. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 357 e ss.).

entendidas como mera técnica processual, destinadas a dar melhor alcance ao direito de ação.

Portanto, tendo em vista a previsão da garantia constitucional da ação, bem como a determinação de seu conteúdo, qual seja o devido processo constitucional, não há razão de ser na distinção entre direito de propor demandas e direito de ação. Como assevera Luigi Paolo Comoglio²⁵, não há que se falar em autonomia entre esses “direitos”, pois não há mesmo separação entre eles: formam a ação, garantia uma prevista constitucionalmente.

Por fim, devemos ter em conta que a previsão de um processo justo deve ser acompanhada de mecanismos que garantam o acesso efetivo ao instrumento de solução de controvérsias, conferindo a todos igualdade de condições materiais. “Não basta assegurar, portanto, a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas não tiverem efetivo acesso a ele.”²⁶

Na doutrina de Boaventura de Sousa Santos, o acesso efetivo à justiça possui óbices de natureza econômica, social e cultural às classes menos favorecidas. No que tange aos obstáculos econômicos, destaca os custos elevados das demandas, agravados pela lentidão do Poder Judiciário, os quais muitas vezes são superiores ao valor das causas interpostas pelas mencionadas camadas da população. Quanto aos óbices sociais e culturais, ressalta a potencial ignorância dos direitos, inclusive quanto aos meios disponibilizados à sua defesa, o descrédito na atuação do Judiciário, e mesmo o temor de represálias por estarem em situação de subordinação ou dependência.²⁷

No intuito de apresentar soluções aos óbices ao acesso à ordem jurídica justa, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram três ondas que garantem o acesso efetivo à justiça. A primeira onda implica na oferta de assistência judiciária gratuita

²⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. Note Riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della Domanda Giudiziale. **Rivista di Diritto Processuale**, Anno XLVIII (seconda serie),n. 2. Milão: CEDAM, 1993. p. 487.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência** (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Justiça: Promessa e Realidade**. O acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 405.

aos pobres; a segunda onda reside na representação jurídica para os interesses difusos; e a terceira onda resta consubstanciada na simplificação dos procedimentos judiciais, através, v.g., da adoção de métodos alternativos, como os juízos arbitrais, e de procedimentos especiais, como os juizados de pequenas causas.²⁸

Desse modo, uma vez expostas as idéias acerca da garantia constitucional da ação e seu respectivo conteúdo na ordem constitucional atual, passaremos a abordar o caminho evolutivo que resultou na sua concepção dicotômica na doutrina brasileira.

2.2 A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO E SUAS TEORIAS

Conforme anteriormente mencionado (2.1), o direito de ação teve seu desenvolvimento doutrinário com ênfase no plano processual, em detrimento do plano constitucional, o que fez com que ainda hoje seja o mesmo visto como um direito dicotômico, apresentando duas facetas: *constitucional*, consubstanciado na garantia prevista pelo art. 5º, XXXV, da CF/88, considerado um *direito incondicionado*, e *processual*, que nada mais é do que o delineamento dado pelo legislador infraconstitucional à citada garantia prevista na CF/88. Esse último seria um *direito condicionado*, de acordo com as regras do Código de Processo Civil.

Faz-se indispensável, portanto, neste primeiro momento, a exposição evolutiva das principais teorias criadas para a definição da natureza jurídica e do conceito de ação, que culminaram na errônea concepção dicotômica do direito de ação, a ser analisada em seguida (2.3).

2.2.1 A Teoria Imanentista

Segundo a teoria clássica, civilista ou immanentista, que remonta ao direito romano,²⁹ a ação era imanente a um direito material, do qual era mero acessório, elemento integrante.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 451, mai. de 1973. pp. 24-25.

Assim, na concepção clássica, a ação se manifestaria quando determinado direito substancial, do qual era integrante, fosse lesado, de modo que não existiria ação sem direito material, nem direito material sem ação.

Tal teoria foi inicialmente desenvolvida por Savigny, para quem “a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou a violação.”³⁰

Vários foram os seguidores de Savigny. Como lembra Rezende Filho,

UNGER compara a ação ao direito *em pé de guerra*, no saio marcial, em oposição ao direito em estado de paz, na toga. MATTIROLO conceitua a ação como direito *elevado à segunda potência*.³¹

Dentre os doutrinadores pátrios adeptos da teoria civilista, podemos mencionar João Monteiro, para quem ação é o próprio direito violado, bem como Clóvis Beviláqua, que considera a ação um elemento constitutivo do direito.³² Sob influência desse último, foi editado o art. 75 do CC/16, que afirmava que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura.” Referido dispositivo não foi replicado no CC/02, não obstante terem sido editados artigos no citado diploma que prescrevem que alguém “tem ação contra” outrem³³.

Como se percebe, a teoria civilista implica na dependência entre o direito de ação (que representa verdadeiramente o direito processual como um todo, *in casu*) e o direito material violado.

A idéia da ação como direito autônomo, por sua vez, teve início em meados do séc. XIX na Alemanha, com a notória polêmica travada entre Windscheid e Müther.

³⁰ GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20.

³¹ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1954, v. I. p. 155.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* pp. 25-26.

³³ Como exemplos de dispositivos do CC/02, temos o art. 195, que afirma que: “Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegaram oportunamente”; o art. 666, *in verbis*: “O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis à obrigações contraídas por menores”; e ainda o art. 673, que preceitua que: “O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente”.

Na polêmica instalada entre os famosos juristas alemães, Bernard Windscheid publicou ensaio no qual, ao contrário do entendimento que vigorava na época, defendia que o conceito da *actio* romano não correspondia ao conceito moderno de ação. Em face de tal trabalho, Theodor Mütther publicou ensaio no qual sustentava a coincidência entre os mencionados conceitos.³⁴

Da descrita discórdia emergiu a idéia atualmente aceita de forma pacífica de que há distinção entre direito material e direito de ação, entendido esse como direito à prestação jurisdicional.

No entanto, uma vez concedido caráter autônomo ao direito de ação, inúmeras novas teorias surgiram na tentativa de conceituar a ação, destacando-se duas correntes: direito autônomo concreto e direito autônomo abstrato.

2.2.2 A Teoria Concreta

Coube a Adolf Wach, em 1885, a afirmação categórica de que o direito de ação é autônoma em relação ao direito substancial. Afirma o jurista, em suas palavras:

La tesis de la inmanencia del derecho de acción en el derecho subjetivo privado, es del todo imposible e inconcebible, cuando existen derechos de acción, independientemente de los derechos subjetivos privados que deben ser protegidos por aquéllos. Su existencia, hoy en día, ya no puede ser negada por nadie, en vista de la acción de declaración negativa.³⁵

Desse modo, em face da ação declaratória negativa, o direito de ação não pode ser confundido com o direito subjetivo privado, uma vez que em mencionada demanda o que se objetiva exatamente é o reconhecimento da não existência de direito material. Resta comprovada, assim, a autonomia da ação em relação ao direito lesado.

³⁴ CF. nota 3 *in* LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. p. 149. Ver também GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 22-25.

³⁵ WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Trad. Argentina. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 51. Tradução livre: "A tese da imanência do direito de ação do direito subjetivo privado é de todo impossível e inconcebível, quando existem direitos de ação, independentemente dos direitos privados que devem ser protegidos por aqueles. Sua existência, hoje em dia, já não pode ser negada por ninguém, em vista da ação declaratória negativa."

Todavia, não obstante justificasse a autonomia da ação mediante o exemplo da ação declaratória negativa, Wach em geral considerava que a mesma tinha sua existência condicionada à existência do direito material. Assim, o direito de ação seria o direito de se obter em juízo uma sentença favorável ao autor para reparar o direito material lesado ou ameaçado.³⁶

Em virtude disso, se denomina a citada teoria como concreta, ou teoria do direito concreto de agir. A mencionada corrente tem como principal defensor no Brasil José Ignácio Botelho de Mesquita.³⁷

Não é difícil criticar a teoria descrita. Primeiramente, há contradição em termos nas idéias de Wach quando o mesmo afirma que há autonomia entre o direito de ação e o direito substancial, para em seguida condicionar a existência daquele à existência desse. Ademais, a teoria concreta não explica o fenômeno da sentença de improcedência – nesse caso não haveria direito de ação, mas o quê explicaria o pronunciamento judicial?

2.2.3 A Teoria do Direito Potestativo

Como verdadeira variação da citada teoria, no início do séc. XX, Giuseppe Chiovenda formulou sua teoria do direito potestativo de agir a fim de conceituar a ação. Segundo o jurista, a ação seria “um direito potestativo e até se pode dizer um direito potestativo por excelência.”³⁸

Assim, para Chiovenda, o direito de ação seria um poder do titular do direito material, voltado frente ao réu, em face de quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei, não restando ao mesmo nenhuma obrigação diante de tal poder.³⁹ Ação é o poder jurídico de realizar a condição necessária (atuação jurisdicional) para a atuação da vontade da lei.

³⁶ GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

³⁷ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação no sistema dos direitos**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 31

³⁹ *Ibid.* pp. 27-33.

A teoria do direito potestativo de agir recebeu severas críticas, pois em substância não difere da teoria concreta, uma vez que para a existência da ação exige a existência de direito material.

[...] A ausência de qualquer obrigação por parte do réu, em decorrência do exercício de um direito potestativo por parte do autor, geraria, conforme Alfredo Rocco, uma relação jurídica deformada, já que teria um só termo. O que a doutrina de Chiovenda erigiu em direito autônomo e chamou de potestativo, continua Alfredo Rocco, nada mais é do que a faculdade, naquele direito compreendida, de o titular respectivo iniciar o exercício do mesmo por meio de expressa declaração de vontade.⁴⁰

Acreditando ter explorado suficientemente a teoria potestativa, passamos para uma outra vertente teórica a seguir explorada.

2.2.4 A Teoria Abstrata

Em oposição às teorias formuladas, surge a chamada teoria abstrata da ação, exposta quase concomitantemente pelo alemão Degenkolb (através de sua obra *Einlassungszwang und Urteilsnorm – Ingresso forçado e norma judicial*, publicada em 1877) e pelo húngaro Plósz (pela obra *Beiträge zur Theorie des Klagerechts – Contribuição à teoria do direito de queixa*, escrita em 1876, mas traduzida para o alemão em 1890).⁴¹

Segundo essa linha de pensamento, o direito de ação é o direito a um pronunciamento do Estado, diante de um pedido deduzido em juízo pelo autor, e não simplesmente um direito a uma sentença favorável. O direito de ação, portanto, tem existência própria, completamente independente da efetiva existência do direito material que se pretende ver protegido em juízo.

Nesse sentido, a ação é um direito inerente à personalidade, do qual todos são titulares. Exige que o autor apenas afirme a existência de um interesse seu protegido pelo direito em abstrato. Em conseqüência, resta ao Estado a obrigação

⁴⁰ GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 34.

⁴¹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 1999. pp. 42-43; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1. p. 152.

de prestar a atividade jurisdicional. Forte em tal razão, seria a ação um direito público subjetivo preexistente ao processo.

Em meio às vertentes da teoria abstrata destaca-se aquela desenvolvida por Eduardo Juan Couture. Para o doutrinador uruguaio, a ação é uma forma típica de direito de petição previsto constitucionalmente. Afirma o mesmo:

La acción civil no difiere, em su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Este es el género; aquélla es una especie.

[...] cuando el derecho de petición se ejerce ante el Poder Judicial, bajo la forma de acción civil, esse poder jurídico no solo resulta virtualmente coactivo para el demandado, que há de comparecer a defenderse, si no desea sufrir las consecuencias perjudiciales de la ficta confessio, sino que también resulta coactivo para el magistrado, que debe expedirse em una u otra forma acerca del pronunciamiento.⁴²

O direito de petição instituído no sistema constitucional vigente no Brasil tem delineamento claramente distinto do direito de ação. O art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88 assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos caso o cidadão pretenda defender um direito, ou tenha sofrido uma ilegalidade ou abuso de poder. De fato, o direito de petição garante a possibilidade de postular ou representar em face das autoridades, para defesa de direitos, ou como um *writ* em potencial, a ser utilizado contra ações ilegais ou abusivas de poder, praticadas pelo Estado.⁴³⁻⁴⁴

O direito de ação, por sua vez, tem atuação restrita e focada ao âmbito jurisdicional, e, muito embora partilhe de características em comum com o direito de petição,

⁴² COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2002. pp. 63-64. Tradução livre: “A ação civil não difere, em sua essência, do direito de petição diante da autoridade. Esse é o gênero; aquela é uma espécie. [...] quando o direito de petição é exercido diante do Poder Judicial, por meio da forma da ação civil, esse poder jurídico não só resulta virtualmente coativo para o demandado, que deve comparecer em juízo para se defender, se não deseja sofrer as consequências prejudiciais da revelia, mas também resulta coativo para o magistrado, que deve pronunciar-se, de uma ou outra forma.”

⁴³ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição**. Garantia Constitucional. São Paulo: Método, 2004. p. 71.

⁴⁴ “Certo é que a efetividade desse direito deve ser haurida nos princípios fundamentais da Carta Política, os quais são reconduzidos, essencialmente, à dignidade da pessoa humana. É com esse norte que se pretende fomentar um modelo administrativo constitucional que respeite os direitos constitucionais dos cidadãos e, em particular, do administrado, estabelecendo-se um processo cultural ambivalente, com reflexos mesmo no desafogamento das instâncias jurisdicionais, atingindo-se os objetivos do sistema social e jurídico, como um todo.” (*Ibid.* p. 73.)

possui conteúdo que o torna único (e até mesmo podemos dizer mais específico), qual seja o direito ao devido processo constitucional.

2.2.5 A Teoria Eclética

Enrico Tullio Liebman foi o criador da Teoria Eclética, segundo a qual a ação consiste no direito a uma sentença de mérito, mas o julgamento do mesmo está condicionado à satisfação de determinadas condições.⁴⁵

De fato, Liebman se revela um abstratista ao afirmar que a ação é o direito a uma sentença de mérito, conferindo ao direito substancial a tarefa de determinar se essa decisão será ou não favorável.⁴⁶

Todavia, na qualidade de discípulo de Chiovenda, um dos defensores do concretismo, conforme exposto anteriormente (2.2.3), Liebman acabou por se afastar das teorias abstratas puras, que consideram a ação um direito inerente à personalidade e livre de requisitos para sua existência, para criar um elo de ligação entre a ação e o direito material, que são as chamadas condições da ação. Essas últimas, verdadeira interligação entre direito processual e material, são a legitimidade *ad causam*, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.⁴⁷

A Teoria Eclética da Ação, assim, pode ser classificada como uma teoria abstrata, ainda que conectada a elementos de concretude, quais sejam, as condições da ação. O direito de ação, na concepção enunciada por Liebman, não mais representa

⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giufrè, 1955, v. I. p. 39.

⁴⁶ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “[...] são abstratistas todas as teorias para as quais a ação se considere existente ainda que inexistente o direito subjetivo material afirmado (ou seja, ‘abstraindo-se’ da existência deste), e isso é expressamente reiterado na obra de LIEBMAN.” (Nota 103 In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. p. 153;)

⁴⁷ Faz-se necessário destacar que a teoria original de Liebman previa as três condições da ação: legitimidade para agir, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Todavia, a partir da terceira edição de seu *Manuale*, o jurista entendeu que os casos de possibilidade jurídica do pedido estariam englobados no conceito de interesse processual, terminando por excluir a primeira das condições mencionadas de sua doutrina. (Cf. Nota 106 de Cândido Rangel Dinamarco In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. pp. 160-161; v. também DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 382-383.)

a cisão entre os planos material e processual do direito, ocorrida nos primórdios do desenvolvimento da Ciência do Direito Processual Civil. Cabe a tal instituto o papel contrário, de fazer a indispensável interligação entre referidos planos, sem a qual a tutela jurisdicional efetiva não possui atuação.

Segundo a teoria em tela, a ação teria bases constitucionais, mas seria um direito processual, inconfundível de seu alicerce fundamental. Sobre o tema, afirma Liebman:

Já vimos que **o poder de agir em juízo é reconhecido *a todos* e vimos também a razão dessa limitada abertura: uma garantia constitucionalmente instituída, que é o reflexo *ex parte subiecti* da instituição dos tribunais pelo Estado; eles têm a tarefa de dar justiça a quem a pedir e por isso uma das regras fundamentais do nosso ordenamento constitucional assegura a todos a possibilidade de levar-lhes a sua pretensão a obtê-la, com isso fazendo com que o juiz venha a examinar o seu caso.** Segundo uma opinião muito conhecida, esse poder pertence à categoria dos direitos cívicos; ele é absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível, não se ligando a qualquer situação concreta.⁴⁸ [grifo nosso]

Dessa forma, Liebman reconhece na previsão constitucional do poder de agir em juízo o fundamento, ainda que remoto, do direito de ação. É importante destacar que, na passagem transcrita, o jurista afirma que o poder de agir em juízo é genérico e indeterminado (atribuído *a todos!*), concepção que se aproxima da linha abstratista pura de conceber a ação. Assevera, ainda, que mencionado poder está moldado na forma de um direito cívico.⁴⁹

Todavia, Liebman termina por conceber a ação como um direito totalmente distinto daquele poder constitucional de agir em juízo: é um direito de natureza processual e ligado a elementos de concretude, que são as condições da ação. Vejamos como se pronuncia o jurista acerca do assunto:

Coisa diferente é a ação, o direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo, cuja fisionomia se acha delineada já na primeira parte do art. 24 da Constituição: o direito de agir em juízo é realmente atribuído para a tutela dos *próprios*

⁴⁸ *Idem*. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. p. 150.

⁴⁹ Acerca do direito de acesso aos tribunais como um direito cívico, v. LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 76.

direitos e interesses legítimos e isso significa que não pertenceria a quem postulasse tutela para direitos alheios. Eis uma primeira indicação que serve para individualizar a pessoa que, caso por caso, pode efetivamente agir em juízo: é o que se chama **legitimação para agir**.

Em segundo lugar, como o direito de agir é concedido para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que existe apenas quando há necessidade dessa tutela, ou seja, quando o direito ou interesse legítimo não foi satisfeito como era devido, ou quando foi contestado, reduzido à incerteza ou gravemente ameaçado. Individualiza-se, com isso, a situação objetiva que justifica a propositura de uma ação: é o que se chama **interesse de agir**. [grifo nosso]

Assim, em suma, Liebman considera a ação um direito subjetivo com fundamento constitucional⁵⁰, mas de natureza processual, dirigido contra o Estado⁵¹, e cuja existência, e mesmo o efetivo exercício da função jurisdicional, dependem da implementação de alguns requisitos, as mencionadas condições da ação.

Interessante destacar como Liebman, ao delinear a ação como um direito condicionado, destacando-a do poder constitucional de agir em juízo, acaba por limitar, ou dar novo significado ao vocábulo *todos* anteriormente citado, que agora passa a indicar apenas aquele grupo de titulares de interesses que preencherem as condições da ação.

Acerca das condições da ação e suas especificidades, afirma Liebman:

As condições da ação, há pouco mencionadas, são o interesse de agir e a legitimidade. Como ficou dito, **elas são os requisitos de existência da ação**, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). **Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido [domanda] para acolhê-lo ou para rejeitá-lo. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo.** Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa.

⁵⁰ Ver também sobre o tema LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Estudos sobre o Direito Processual Civil Brasileiro**, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. Págs. 129-130.

⁵¹ *Idem*. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. p. 152.

A ausência de apenas uma delas já induz carência de ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau do processo. Por outro lado, é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida.⁵² [grifo nosso]

Necessário destacar, nesse ponto, que, conforme disserta Liebman, as condições da ação não são somente condições para que se obtenha uma sentença de mérito, mas também representam requisitos de existência da ação e do exercício da atividade jurisdicional em cada caso concreto. Em outras palavras, no processo em que não foram preenchidas as condições da ação, não existiu ação nem atividade jurisdicional.

A Teoria Eclética da Ação foi a teoria adotada pelo Código de Processo Civil em vigor, conforme se verifica da redação do art. 267, VI, *in verbis*:

Art. 267. Extingue-se o processo, **sem julgamento do mérito**:

[...]

VI – **quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual**;

[...]

Desse modo, no sistema processual civil brasileiro, moldado com base na Teoria Eclética de Liebman, o direito de ação não é um direito subjetivo de exercício absoluto: seu exercício regular está condicionado ao preenchimento de requisitos, quais sejam, as condições da ação – possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse processual.⁵³

A teoria eclética concebe o direito de ação, então, como direito condicionado, não obstante o art. 5º, XXXV, da CF/88 conferir o direito de ação, como garantia constitucional, a todos indistintamente, de forma dissociada da imposição de quaisquer requisitos ou condições (2.1).

⁵²LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. pp. 150 e 154.

⁵³ Nosso Código de Processo Civil optou por adotar a concepção original de Liebman, que contava com as três condições da ação (ver a nota 41), muito embora seu art. 3º fale somente em interesse e legitimidade.

Com o intuito de demonstrar a mencionada discrepância, passaremos a analisar o direito de ação condicionado, previsto infraconstitucionalmente pelo CPC e derivado da teoria de Liebman.

2.3 A AÇÃO COMO DIREITO CONDICIONADO

Conforme descrito, o Código de Processo Civil em vigor, cujo anteprojeto teve por autor Alfredo Buzaid, um dos mais entusiasmados seguidores de Liebman no Brasil⁵⁴, adotou a teoria eclética da ação, ainda que não em sua totalidade. Dessa forma, para a lei processual brasileira, ação é o direito a uma sentença de mérito. Esse julgamento fica condicionado ao preenchimento das condições da ação, verificadas à luz da relação jurídica de direito substancial deduzida em juízo.

A ordem natural do processo é a entrega da tutela jurisdicional, ou seja, a prolação de uma sentença de mérito. Na disciplina do CPC, mérito é sinônimo de lide, na concepção carneluttiana⁵⁵, e para que o julgador se pronuncie sobre o mesmo, as condições da ação devem estar presentes.

Entretanto, o CPC não se mostrou de todo fiel ao que está enunciado na sua Exposição de Motivos, uma vez que, em diferentes dispositivos, v.g., quando trata da denúncia da lide e do curador à lide, o vocábulo “lide” apresenta significado diverso daquele exprimido anteriormente.⁵⁶

Cândido Rangel Dinamarco, em estudo inspirado na doutrina alemã⁵⁷, afirma que a pretensão processual é o objeto do processo. Dessa forma, o mérito da causa se

⁵⁴ Acerca da influência de Liebman sobre os processualistas brasileiros e a formação da Escola Paulista de Processo, a qual Alfredo Buzaid integrou, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. Formação do moderno processo civil brasileiro. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 1986.

⁵⁵ “O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.” (Exposição de Motivos do CPC)

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, abr./jun. de 1984. pp. 20-26.

⁵⁷ A construção da pretensão processual como objeto do processo é originalmente de Karl Heinz Schwab, que faz a distinção entre pretensão processual e pretensão material, que considera

consustancia na pretensão processual⁵⁸, que se constitui numa aspiração do demandante a certo bem ou situação jurídica que não pode obter sem o processo e a intervenção judicial.

Essa pretensão é trazida ao processo por meio do pedido de emissão de um provimento jurisdicional de certa ordem, cujo conteúdo indica o bem da vida almejado. Desse modo, é possível vislumbrar dois momentos lógicos em que a pretensão se apresenta: 1) pretensão ao provimento postulado; 2) pretensão ao bem da vida ou à nova situação jurídica buscados.⁵⁹

Portanto, na visão de Dinamarco, a pretensão processual teria dupla direção: a) para exigir do juiz o provimento que lhe seja útil; e b) para obter o resultado jurídico-material pretendido.⁶⁰ Desse entendimento deriva a concepção de pedido imediato e pedido mediato que vigora atualmente.

Bem se percebe, assim, que Cândido R. Dinamarco defende o conceito restrito de *mérito da causa*, fazendo-o equivalente à noção de objeto litigioso do processo. Deixa bem claro, com efeito, que o mérito não pode ser confundido com as questões de mérito, sendo estas resolvidas na motivação da sentença e aquele no dispositivo.⁶¹

Verifica-se, dessa forma, que Dinamarco defende uma concepção de mérito restrita. Isso porque, no seu pensamento, o objeto do processo não é toda a pretensão (aspiração) do demandante, mas somente aquela veiculada na demanda. Toda e qualquer pretensão que não for deduzida na demanda, não constará do mérito.⁶²

essencial. (SCHWAB, Karl Heinz. **El Objeto Litigioso en el Proceso Civil**. Trad. de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968. pp. 3-9.) Essa última terminologia (pretensão material) é repudiada por Dinamarco, como se pode verificar expressamente no texto do Prefácio da obra de Kazuo Watanabe: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005. p. 14.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, abr./jun. de 1984. p. 45.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* pp. 22-23; 29.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, abr./jun. de 1984. pp. 33-34.

⁶¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005. p. 115.

⁶² No mesmo sentido, afirma Galeno Lacerda: "Para o direito processual, interesse somente o conflito tal como se apresenta nos pedidos. Éste é que é julgado. O mérito só a êle se refere." (LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 86.)

José Roberto dos Santos Bedaque também defende conceito restrito do mérito da causa. No seu entendimento, no entanto, mérito é o pedido deduzido na inicial. “Julgar o mérito é julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o.”⁶³

Dessa forma, podemos afirmar, seguindo a idéia exposta por Bedaque, que a sentença que possui conteúdo de mérito propriamente dito é aquela que rejeita o acolhe o pedido. Impende salientar que o pedido traz em si a porção da realidade social, ou da relação jurídica de direito material, que o demandante optou por deduzir em juízo. Ou seja, toda a situação de direito material que não foi submetida ao processo não integra o mérito e não será objeto de análise na sentença.

Por fim, destaca-se que, na qualidade de defensores de um conceito restrito de mérito, tanto Dinamarco⁶⁴ quanto Bedaque⁶⁵, consideram as questões de mérito (questões relativas ao mérito, mas não integrantes do pedido) excluídas dessa categoria.

Na disciplina do CPC, as hipóteses de sentenças de mérito estão previstas no art. 269 e seus incisos⁶⁶. Todavia, das cinco hipóteses previstas, apenas duas representam verdadeiro julgamento do mérito, quais sejam, o acolhimento ou rejeição do pedido do autor (inc. I), e o acolhimento da alegação de decadência ou prescrição (inc. IV), que significa verdadeira sentença de improcedência.⁶⁷

Portanto, na disciplina do CPC, o direito de ação é o direito a uma sentença de mérito. Todos têm direito de pedir a atuação jurisdicional, mas nem todos têm direito

⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 242. V. também YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, abr./jun. de 1984. pp. 258-259.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 246.

⁶⁶ Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III – quando as partes transigirem;

IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 242.

de receber uma sentença de mérito, devendo, para tanto, preencher as condições da ação.

As condições da ação genéricas estão previstas nos art. 3º⁶⁸, art. 267, VI, e § 3º⁶⁹, art. 268⁷⁰, e art. 295, II, III, parágrafo único, III⁷¹, todos do Código de Processo Civil.

A falta de condições da ação pode ser alegada em preliminar de contestação (art. 301, X, do CPC) ou a qualquer momento e qualquer grau de jurisdição, tendo-se presente que sobre esta questão não ocorre preclusão (art. 267, § 3º, CPC e art. 301, § 4º, CPC), podendo ser inclusive conhecida *ex officio* pelo juiz.

Destaca-se que a concepção da ação processual ora exposta não ignora a previsão constitucional da ação contida no art. 5º, XXXV, da CF/88. Tal qual Liebman, que reconhece um fundamento constitucional do direito de ação (a previsão constitucional do poder de agir em juízo), a regra contida no mencionado dispositivo constitucional é considerada o alicerce sobre o qual se sustenta o direito processual de ação. Assim, restou previsto, no sistema brasileiro, o direito de ação de forma dicotômica.

Sobre o assunto se pronuncia Arruda Alvim, que distingue claramente duas espécies de ação:

⁶⁸ Art. 3. Para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade.

⁶⁹ Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que não a alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

⁷⁰ Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

⁷¹ Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I – quando for inepta;

II – quando a parte for manifestamente ilegítima;

III – quando o autor carecer de interesse processual;

[...]

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

[...]

III – o pedido for juridicamente impossível;

a) uma de cunho eminentemente genérico e sediada no direito constitucional: é o direito de ação constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/88); b) a outra – que é a processual – regulada no processo, mas que nasce do próprio direito de ação constitucional, enquanto o direito de ação constitucional é pressuposto da norma infraconstitucional.⁷²

Assim, ao adotar de forma evidente a Teoria Eclética da Ação, o CPC criou sistemática em que a previsão constitucional da ação é algo por demais genérico e abstrato (acesso à justiça, acesso à ordem jurídica justa, direito de ação constitucional, direito de demanda⁷³...) e distinto em certo nível do direito processual de ação (que é um direito de natureza processual e ligado a elementos de concretude, que são as condições da ação), esse sim o responsável pela instauração do processo e tutela dos bens jurídicos.

Todavia, uma vez que o CPC optou por adotar a Teoria Eclética da Ação, assumiu o risco de padecer das fraquezas que a teoria apresenta.⁷⁴ E, de fato, a teoria formulada por Liebman não ficou livre das críticas.

José Joaquim Calmon de Passos, que chega a chamar da Teoria Eclética de um concretismo dissimulado de Liebman, defende a postergação das condições da ação do nosso ordenamento.⁷⁵

Fábio Luiz Gomes, por sua vez, identifica três vícios insuperáveis na construção de Liebman: 1) tomar posição intermediária entre duas doutrinas inconciliáveis, a doutrina concreta e a doutrina abstrata; 2) confundir ação com pretensão, conferindo

⁷² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Tratado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 1990, v. 1. p. 378.

⁷³ Para Dinamarco, o direito de demandar, termo que adota por comodidade de linguagem, é a ação incondicionada, mas que contém poder de estimular o exercício da função jurisdicional, tendo papel no processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. pp. 383-387.)

⁷⁴ “É discutível o acerto dessa orientação, de um Código adotar uma teoria da ação, quando é sabido que nenhuma das teorias até hoje construídas está isenta de críticas irrespondíveis. A construção de LIEBMAN, apesar de sua engenhosidade, não resiste a uma análise mais aprofundada. Basta apresentar a mesma crítica que se fez à teoria civilista e à teoria de CHIOVENDA, com ligeiras modificações: quando o juiz, depois de ter sido desenvolvida larga atividade jurisdicional, conclui que o autor não tem direito de ação, porque falta uma daquelas três condições, como se explica a movimentação da máquina estatal por quem não tinha o direito de ação?” (BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1. p. 20-21.)

⁷⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Bahia: Imprensa Oficial, 1960.

direito de ação ao réu; e 3) a redução do campo de atividade jurisdicional, relegando a atividade do magistrado que profere sentença de carência ao limbo.⁷⁶

Arakén de Assis⁷⁷ e Adroaldo Furtado Fabrício⁷⁸, cada qual com seus particulares argumentos, são defensores de que as condições da ação estão contidas no mérito, devendo o direito de ação permanecer incondicionado.

De forma geral, as críticas à Teoria Eclética, reproduzida no CPC, podem ser sintetizadas nas seguintes questões⁷⁹:

1) As condições da ação podem ser examinadas em qualquer momento processual, mesmo após dilação probatória? Qual a profundidade da cognição a ser utilizada para verificação da existências das condições da ação?

2) As condições da ação formam uma categoria de natureza processual, distinta do mérito? Ou sua ligação com a relação jurídica de direito material é suficiente para que venham a integrar o mérito?

3) Caso seja declarada a carência de ação, a ação não existiu? E o que teria provocado a prestação do Estado materializada na sentença proferida?

4) Qual a natureza da atividade do magistrado que prolata sentença de carência de ação?

5) A sentença de carência de ação, ainda que proferida mediante cognição superficial, está apta a adquirir coisa julgada material?

Percebe-se, desse modo, que as dúvidas, suscitadas pela adoção clara de uma teoria da ação pelo nosso Código de Processo Civil, e ainda não sanadas por

⁷⁶ GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 45-46.

⁷⁷ ASSIS, Araken de. Sobre o Método em Processo Civil. In: **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁷⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, abr./jun. de 1990.

⁷⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR, FREDIE. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 209-210; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 250-257.

completo, são numerosas. Entretanto, elas serão enfrentadas no Capítulo posterior, cujo objetivo principal será responder o último dos questionamentos expostos: se há incidência de coisa julgada material na sentença de carência de ação, ou não.

Por ora, realizaremos o exame individual das condições da ação, procurando, desde já, demonstrar sua proximidade com a relação jurídica de direito substancial que origina a demanda.

2.3.1 Possibilidade jurídica da demanda

A possibilidade jurídica do *pedido* (como foi denominada por Liebman) será atendida quando a providência pedida não esteja em tese vedada no ordenamento jurídico, seja de forma expressa ou de forma implícita.⁸⁰ Desse modo, podemos dizer que um pedido será juridicamente impossível quando for ilegal (não aceito pelo ordenamento, ainda que implicitamente), impossível (não pode ser alcançado, ainda que não haja proibição expressa ou ilicitude) ou expressamente proibido pela legislação (o legislador afirma de forma clara que não se pode ir a juízo para pleitear referido provimento).

Exemplos clássicos de impossibilidade jurídica do pedido são o pedido de cobrança de dívida de jogo, bem como o pedido de usucapião de imóvel público. Entretanto, outros exemplos podem ser extraídos do sistema jurídico, v.g., pedido de nulidade de sentença que não esteja enquadrada nas hipóteses de ação rescisória, pedido de prisão civil por dívida, excetuando-se as dívidas de alimentos, etc.

Cumprido destacar que a vedação jurídica que impossibilita o seguimento do processo nem sempre repousa sobre o pedido em si. Na realidade, a impossibilidade jurídica

⁸⁰ Originalmente, para Liebman, a possibilidade jurídica do pedido consiste na “possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Estudos sobre o Processual Civil Brasileiro**, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 124.). Essa concepção implica na incumbência do magistrado de realizar, em abstrato, exame do ordenamento jurídico, a fim de verificar a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte. Em razão da amplitude e muitas vezes inviabilidade desse exame, Dinamarco propôs sua formulação na sentido negativo, i.é., o pedido será juridicamente impossível no caso de vedação, expressa ou implícita, pelo ordenamento jurídico (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 401-402.). Esse é o sentido que adotamos no texto.

pode se manifestar em função de peculiaridades de quaisquer dos elementos da demanda⁸¹, seja a causa de pedir⁸² (como no caso clássico de vedação à cobrança de dívida de jogo), sejam as partes (por gozarem de alguma prerrogativa, como a execução por quantia certa em face da Administração Pública, reintegração de posse do poder público, etc.), ou o próprio pedido.⁸³

Portanto, o termo “pedido” não deve ser entendido em seu sentido restrito, mas sim conjugado aos demais elementos que compõem a demanda, principalmente a causa de pedir. Por tal motivo, consideramos mais acertado denominar a condição da ação em voga de *possibilidade jurídica da demanda*.⁸⁴

É indispensável salientar, ainda, que, como relatamos anteriormente (v. nota 44), Liebman acabou por excluir a possibilidade jurídica do rol das condições da ação à partir da 3ª edição de seu *Manuale*. Isso ocorreu, pois o principal exemplo dessa categoria era a vedação ao pedido de divórcio, que foi permitido em 1970 na Itália. Forte em tal razão, Liebman preferiu eliminar a possibilidade jurídica, enquadrando as demais hipóteses no interesse de agir.⁸⁵

⁸¹ Demanda é o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional. Através da demanda a suposto titular do direito que necessita proteção exerce o direito de ação e dá início ao processo. Ainda, por meio da demanda a parte formula um pedido, o qual delimita o objeto do litígio. O instrumento da demanda é a petição inicial. É interessante destacar a posição de Marcelo Abelha Rodrigues, que considera que as condições da ação “melhor seriam denominadas condições da demanda, já que correspondem, precisamente, aos requisitos necessários para verificar se a reclamação (demanda) é merecedora (meritória) de um julgamento.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Condições da ação no processo de conhecimento. **Revista Jurídica**, Espírito Santo, nº 02, ano II, out. 2000.)

⁸² Na lição de José Rogério Cruz e Tucci, “a *causa petendi* possui dupla finalidade advinda dos fatos que a integram, vale dizer, presta-se, em última análise, a individualizar a demanda e, por via de consequência, para identificar o pedido, inclusive quanto a possibilidade deste.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Causa Petendi no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 130.)

⁸³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 395-396; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 250-257.

⁸⁴ Dinamarco afirma que o ideal seria falar-se em possibilidade jurídica da demanda, uma vez que a locução impossibilidade jurídica do pedido é insuficiente para exprimir seu real significado, pois fixa-se somente em um dos elementos da ação, qual seja, o pedido, quando deveria também considerar os outros dois elementos – as partes e a causa de pedir. (*Idem*. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. II. p. 302.; *Idem*. **Execução Civil**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 399.)

⁸⁵ Cf. Nota 106 de Cândido Rangel Dinamarco In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. pp. 160-161; v. também DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2002. pp. 395-396.

Por fim, destacamos que a possibilidade jurídica da demanda é condição da ação que deve ser analisada anteriormente às demais condições da ação. Isso porque a vedação do ordenamento à demanda proposta é evidente na impossibilidade jurídica (ela se mostra *a priori* inadmissível), não havendo, dessa forma, necessidade do exame da legitimidade ou do interesse.⁸⁶

Indispensável salientar a proximidade dessa condição da ação da situação de direito material a ser objeto de provimento jurisdicional, o que equipararia a situação de verificação da impossibilidade jurídica da demanda à improcedência do pedido. Esse tema será explorado em tópico vindouro (3.1).

2.3.2 Legitimidade *ad causam*

A legitimidade *ad causam*, ou legitimidade para agir, é a relação de adequação entre a relação hipotética de direito material deduzida em juízo e descrita na inicial e os titulares da relação jurídica de direito processual.⁸⁷ Destaca-se que a mesma, na qualidade de condição da ação, não se confunde com a chamada legitimidade *ad processum*.

A legitimidade *ad processum* pertence aos pressupostos processuais subjetivos. As partes, como elementos da ação que são, para preencherem os pressupostos processuais referentes a elas devem ter capacidade de ser parte (qualidade

⁸⁶ Esse entendimento está calcado nas idéias de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2004. p. 301.), José Roberto dos Santos Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 266.) e de Rodrigo da Cunha Lima Freire (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 1999. p. 112).

⁸⁷ Para Barbosa Moreira, a legitimação ocorre quando a denominada situação legitimante (modelo que a lei abstratamente preceitua para a tutela de certo direito) coincidir com a situação deduzida em juízo. Afirma o jurista: “Para todo e qualquer processo, considerado em relação à lide que por meio dele se busca compor, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal que deve ser observado na formação do contraditório. Esse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, as quais se costuma chamar *situações legitimantes*. A cada uma das partes, no modelo geral, corresponde, em princípio, uma situação legitimante. Há, assim, necessariamente, uma situação legitimante ativa, que corresponde ao autor, e uma situação legitimante passiva, que corresponde ao réu, além de outras eventuais situações legitimantes que correspondem aos diversos possíveis intervenientes. [...] Denomina-se *legitimação* a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 58-59.)

pertencente a todos que possam tornar-se titulares de situações jurídicas integradas na relação jurídica de direito processual – art. 1º, CC/02), capacidade de estar em juízo (atuar como parte em um processo) e capacidade postulatória (necessidade de representação por advogado para realização dos atos postulatórios). A capacidade de estar em juízo também se denomina legitimidade *ad processum*.

Toda pessoa que se acha no pleno exercício dos seus direitos (CPC, art. 7º) tem *capacidade para estar em juízo*. Assim, são legitimados *ad processum* os maiores de dezoito anos que não se enquadrem em nenhuma das situações previstas pelo Código Civil como incapacidade (arts. 3º e 4º, CC/02). O menor impúbere e até mesmo o nascituro, v.g., possuem *capacidade de ser parte*, porque para esta só se exige que a pessoa tenha aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações; o que não possuem é *capacidade para estar em juízo*, o que é suprido pela representação (arts. 7º e 8º).

Verifica-se, portanto, que não há que se confundir legitimidade *ad processum* com legitimidade *ad causam*.

Liebman, ao conceituar a legitimidade para agir, fala em pertinência subjetiva da ação. Vejamos.

A legitimação para agir é, pois, em resumo, a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo.⁸⁸

É interessante notar que Liebman fala em direito “afirmado”, ou seja, a legitimidade deve ser analisada em conformidade com a relação de direito material descrita pelo autor (i.é., “afirmada”). Isso porque essa relação pode se revelar, no desenrolar do processo e de sua fase probatória, diversa daquela delineada pelo autor na demanda, ou mesmo inexistente. Entretanto, referida conclusão deve levar à improcedência do pedido, e não à ilegitimidade da parte.

⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. p. 159.

A legitimidade é requisito a ser verificado tanto em relação ao autor, quanto em relação ao réu. No que tange ao autor, sendo o mesmo o titular do interesse substancial afirmado, resta configurada a legitimidade ativa. A legitimidade passiva, por sua vez, não estará presente se “[...]o autor indicar para figurar como réu no processo pessoa diversa daquela que, segundo a descrição fática por ele mesmo feita, participa da relação substancial[...]”.⁸⁹

Por fim, devemos apontar que quando há coincidência entre a titularidade da relação de direito material afirmada e a titularidade da relação de direito processual estamos diante da *legitimação ordinária*, que é a regra geral (cf. preceitua o art. 6º do CPC). A legitimação seria extraordinária, por sua vez, quando o integrante da relação de direito processual estiver em juízo discutindo, em nome próprio, direito alheio, ou seja, quando a lei conferir a titularidade da ação a estranho à relação de direito material afirmada na demanda.⁹⁰ Frisamos que, para haver a legitimidade extraordinária, deverá haver previsão legal.

Como podemos verificar, portanto, a legitimidade também apresenta proximidade com o mérito da demanda, uma vez que, para se fazer a verificação da existência da referida condição da ação, é necessário que se verifique elementos da relação jurídica de direito material que busca a tutela jurisdicional. Essa verificação se assemelharia a uma análise do mérito. Também analisaremos referido tema em tópico posterior (3.1).

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 280.

⁹⁰ Há autores que afirmam que legitimação extraordinária e substituição processual são sinônimos. Dentre eles podemos citar: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. vol. II. p. 311; ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 181; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1. p. 200; .

Barbosa Moreira, entretanto, afirma que somente ocorrerá a substituição processual quando ocorrer a legitimidade extraordinária exclusiva. A legitimidade extraordinária será exclusiva quando somente o legitimado extraordinário for titular da ação, ou concorrente, quando o próprio titular do direito material também conservar a titularidade do direito de ação, em concorrência com o legitimado extraordinário. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.). Rodrigo da Cunha Lima Freire entende ser a substituição processual espécie do gênero legitimação extraordinária, mas não especifica se a mesma se identificaria com a legitimação extraordinária exclusiva. (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 1999. p. 76, nota 34)

2.3.3 Interesse processual

O interesse de agir, por sua vez, é caracterizado pela utilidade do provimento jurisdicional requerido – esse deverá ser útil para o fim do processo.

De fato, Liebman afirma que o “interesse de agir é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido.”⁹¹

No entanto, devemos estabelecer em que condições resta configurada a mencionada utilidade e, em conseqüência, o interesse processual. Para tanto, nos utilizaremos da lição de Cândido Rangel Dinamarco.

Afirma o jurista que a utilidade tem uma feição abstrata, que consiste na generalizada necessidade da jurisdição. Isso porque a jurisdição é necessária a todos aqueles que tiverem uma pretensão perante outrem que se negou à prestação, ou nos casos em que o ordenamento não colocar à disposição do titular do direito meio para a satisfação voluntária. Nesse ponto, Dinamarco ressalva o afirmado caráter secundário da jurisdição na doutrina: referida característica de secundariedade se manifesta nos casos de anterior descumprimento voluntário da prestação de direito material; todavia, configurará solução primária nos casos de jurisdição necessária (v.g. as ações constitutivas necessárias, como a destituição de pátrio poder e a anulação de casamento).⁹²

No entanto, o Estado somente emite provimento jurisdicional mediante uma utilidade em concreto para o demandante. Essa utilidade reside na satisfação da pretensão que não ocorreu voluntariamente, na obtenção do resultado prático equivalente,

⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. p. 156.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 411, 412, 415.

caso a vontade do direito tivesse atuado (tutela jurisdicional). Assim, o interesse de agir reside na utilidade do provimento jurisdicional.⁹³

A utilidade do provimento, entretanto, não pode ser significativa apenas para o demandante. Essa utilidade deve também ser conveniente e suficientemente vantajosa para que suplante os custos advindos da atividade preparatória do provimento (em dinheiro, trabalho ou sacrifícios).⁹⁴

Portanto, “o interesse de agir, como condição da ação, traduz-se, em última análise, na *coincidência entre o interesse do Estado e o do demandante*.”⁹⁵ Os benefícios a serem auferidos pelo demandante com a tutela jurisdicional devem, também, trazer vantagens para o Estado como a pacificação social e a devida atuação da ordem jurídica. Esse é o *legítimo interesse processual de agir* que explicita Dinamarco.⁹⁶

Por fim, afirma Dinamarco que a verificação da presença do interesse de agir está condicionada à existência de dois requisitos cumulativos: a necessidade concreta da atividade jurisdicional e a adequação do provimento e do procedimento almejados.⁹⁷

A necessidade concreta se liga à idéia do processo como instrumento secundário, i.é., só há necessidade, e conseqüentemente, interesse, quando os meios para satisfação voluntária da pretensão forem negados por aquele que deve a prestação (lembramos a ressalva nos casos de jurisdição voluntária).

A adequação, por sua vez, implica na correlação entre o provimento desejado e pelo procedimento eleito e a situação afirmada pelo demandante. Assim, o pedido e a causa de pedir têm papel primordial na investigação desse requisito.

Em resumo, para que exista a condição da ação a que se costuma se chamar interesse de agir é preciso que o processo aponte para um resultado capaz de ser útil ao demandante, removendo o óbice

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.* p. 415-417. Importante salientar que esse conceito de utilidade é elaborado com atenção ao direito material, e não com total abstração desse, como bem observa Dinamarco (p. 416).

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.* p. 418-419.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.* p. 419.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p.420.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.* p.420.

posto ao exercício de seu suposto direito, e útil também segundo o critério do Estado, estando presentes os requisitos da necessidade e da adequação.⁹⁸

Indispensável destacar que Dinamarco foi o primeiro a introduzir a idéia do binômio necessidade-adequação no direito pátrio⁹⁹, visão que passou a ser adotada por diversos doutrinadores.¹⁰⁰

Ressaltamos que a idéia exposta não é aceita uniformemente na doutrina. Há juristas que preferem falar no interesse processual como resultado do binômio necessidade-utilidade, incluindo muitas vezes a adequação no conceito de utilidade.¹⁰¹

No entanto, entendemos a utilidade como algo maior que a necessidade e a adequação. Tal qual exposto por Dinamarco, ela mostra diversas facetas e acaba por abranger não só o conceito de adequação, mas também o conceito de necessidade (v. seu aspecto abstrato). Assim, com base nesse entendimento, para a existência do interesse a utilidade tem o papel principal, enquanto a necessidade e a adequação são coadjuvantes. Essas últimas são, na realidade, “idôneos indicadores, de cuja ausência se conclui com segurança pela inexistência do legítimo interesse.”¹⁰² Por tais motivos, adotamos as idéias de Dinamarco acerca do interesse de agir.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.* p.421.

⁹⁹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 1999. p. 87.

¹⁰⁰ Como exemplo, citamos: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005.; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Condições da ação penal** – uma tentativa de revisão. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

¹⁰¹ “[...] o interesse processual repousa no binômio *utilidade + necessidade*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação declaratória e interesse*. **Direito processual civil** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 17); “[...] o interesse de agir é uma das condições da ação (*rectius*, condições de admissibilidade da ação), caracterizada pela necessidade e utilidade da provimento jurisdicional, demonstradas por pedido idôneo lastreado em fatos e fundamento jurídico hábeis a provocar a tutela do Estado.” (LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 257); “[...] existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade, do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Condições da ação*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.64, 1991. p.37). No mesmo sentido, ver ainda WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 47.

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 421.

3 A AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NAS SENTENÇAS JUDICIAIS

3.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O MÉRITO

Conforme versado no capítulo anterior, o sistema processual vigente adotou a Teoria Eclética da Ação, de forma que as condições da ação são categoria, distinta dos pressupostos processuais, cuja verificação é indispensável para que seja proferida uma sentença de mérito. Entretanto, as condições da ação, tal qual o mérito da demanda, têm como substrato de seu conteúdo o direito material.¹⁰³ Por esse motivo, se utilizarmos o mesmo método de análise tanto para as condições da ação, quanto para o mérito, teremos verdadeira confusão entre os objetos de análise.

Afirma Cleanto Guimarães Siqueira que,

em tema de carência, tão ou mais importante quanto o momento da verificação de sua ocorrência, é a problemática de se saber, no caso concreto, se um determinado ponto (afirmado pelo autor) ou uma dada questão (surgida no curso do procedimento) de fato ou de direito se enquadra como uma condição da ação (cuja ausência levará à carência, e à extinção do processo sem julgamento de mérito, etc.) ou é assunto pertinente à procedência ou à improcedência do pedido.¹⁰⁴

Forte em tal razão é indispensável realizar verdadeiro corte, com o objetivo de que possamos identificar precisamente quando se está a analisar as condições da ação, e quando a análise realizada é do mérito.

Nesse sentido, a análise das condições da ação deve se dar *in statu assertionis*, i.é., no estado das afirmações.¹⁰⁵ Isso quer dizer que se está a verificar se, de acordo

¹⁰³ Todas as condições da ação buscam no direito material o seu suporte. Sempre há cognição da relação de direito material quando da análise das condições da ação, mas essa cognição representa diversas feições e intensidades, de acordo com a modalidade de condição investigada.

¹⁰⁴ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A Defesa no Processo Civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 87.

¹⁰⁵ “Essa concepção das condições da ação parece ser a única compatível com a teoria abstrata. Isto é, a visão abstrata da ação, que existe independentemente da efetiva existência do direito material pleiteado por seu intermédio, se a análise da situação da vida permanecer no plano condicional, *in statu assertionis*. O autor terá direito ao provimento judicial se preencher essas condições, cujo

com o afirmado na petição inicial, a pretensão do autor é em tese admissível. Essa cognição macroscópica da relação de direito material¹⁰⁶, na qual o magistrado deve raciocinar no condicional, pode ser qualificada, no plano vertical, como uma cognição sumária da situação posta em juízo, enquanto a cognição que leva à sentença de mérito é, em geral, exauriente.

No que tange ao momento no qual deve ser realizada a análise, afirma Bedaque:

Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertionis*. Apenas por exceção se concebe a análise das condições da ação após esse momento: é que algumas vezes não há elementos para que tal ocorra naquele instante.¹⁰⁷

Desse modo, regra geral, a verificação das condições da ação deve se dar na petição inicial. Uma vez que o magistrado tenha ultrapassado esse momento processual, estará analisando o mérito, especialmente se já houver instrução probatória no processo.

Destaca-se que a diferenciação ora enunciada reside na análise a ser realizada entre condições da ação e mérito, ou seja, numa diferenciação na cognição, e não propriamente numa diferenciação ontológica entre os mesmos.

A análise das condições da ação pelo método da asserção tem inúmeros adeptos em sede doutrinária. Podemos citar, sem o objetivo de esgotar, Galeno Lacerda¹⁰⁸, Machado Guimarães¹⁰⁹, Barbosa Moreira¹¹⁰, Lopes da Costa¹¹¹, Adroaldo Furtado

exame será feito à luz dos fatos descritos na inicial. Se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão, acolhendo ou rejeitando a demanda. Mas sempre conferindo a tutela jurisdicional ao autor ou ao réu, o que implica a pretendida pacificação social.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.). No mesmo sentido, WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005. p. 91-92.

¹⁰⁶ *Idem*. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 240.

¹⁰⁷ *Idem*. Pressupostos processuais e condições da ação. **Justitia**, São Paulo, v. 53 (156), out./dez., 1991. p. 54. Indispensável salientar a posição do jurista acerca da impossibilidade da análise do interesse processual nas ações declaratórias pelo método da asserção.

¹⁰⁸ Ainda que confira às condições da ação a qualidade de mérito, em sua narrativa o jurista alude à sua verificação em tese. Cf. LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 78.

¹⁰⁹ GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de Ação. In: **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. pp. 102-103.

Fabício¹¹², Rodrigo da Cunha Lima Freire¹¹³, além dos já referenciados Bedaque e Kazuo Watanabe (ver notas 102 e 103).¹¹⁴

Machado Guimarães, por sua vez, afirma que Liebman preconizava que a análise das condições da ação deveria se dar pelo método da asserção. Tal afirmativa tem por base notas tomadas em conferência dada por Liebman em 1949, em que o mesmo teria sustentado a mencionada posição. São as palavras de Machado Guimarães acerca da questão:

O Prof. Liebman, em memorável conferência pronunciada em 29 de setembro de 1949, a cujas notas taquigráficas temos recorrido mais de uma vez, ensina que “todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito.”¹¹⁵

Dessa concepção levantada por Machado Guimarães discorda frontalmente Dinamarco, que defende a existência real das condições da ação (cf. nota 110)¹¹⁶, e afirma que Liebman é adepto desse método de análise das mesmas. Esse impasse

¹¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. pp. 59-60. V. também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. In: **Temas de direito processual**, 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 200.

¹¹¹ LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. A carência de ação, especialmente em relação à legitimação para a causa. **Revista de direito processual civil**, São Paulo, v. 3, 1962. p. 5 e ss.

¹¹² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, abr.-jun./1990. p.16.

¹¹³ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1999. pp. 45 e ss.

¹¹⁴ Importante salientar que Dinamarco discorda frontalmente da utilização da teoria da asserção como método de verificação das condições da ação, sendo adepto da denominada teoria da existência real das condições da ação, à qual dedicou tópico em sua obra. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. II. p. 313. Sobre o tema v. também *Idem*. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹¹⁵ GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de Ação. In: **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 103.

¹¹⁶ Sobre a posição de Dinamarco, importante ver ainda BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 251, nota 51.

levou Kazuo Watanabe a concluir que Liebman havia reformulado a afirmação feita na conferência que menciona Machado Guimarães.¹¹⁷

À parte da adesão ou não de Liebman à descrita teoria da asserção, entendemos ser a mesma o método mais eficaz na distinção entre a análise das condições da ação e do mérito, uma vez que, como já mencionamos, ambos buscam o substrato de seu conteúdo na relação de direito material.

No entanto, a teoria da asserção representa mero método de análise das condições da ação, não representando diferenciação ontológica entre essas e o mérito. Bedaque aponta dois grandes problemas no que tange à diferenciação entre as condições da ação e o mérito da demanda:

Primeiro, saber se realmente há diferença ontológica entre os exames sumário (condições da ação) e exauriente (mérito) da relação material, ou se ambos possuem a mesma natureza. Depois, verificar se o resultado da análise superficial é apto a adquirir algum grau de imutabilidade.¹¹⁸

Portanto, cabe ainda verificar se a diferença entre as condições da ação e o mérito de fato existe, uma vez que seu conteúdo tem origem comum.

A possibilidade jurídica da demanda, conforme exposto, será atendida quando a providência pedida não esteja em tese vedada no ordenamento jurídico. Entretanto, referida condição não se verifica somente quando houver vedação expressa à demanda no ordenamento jurídico.

Casos há em que o direito material prescreve elementos cuja presença deve ser verificada em concreto para a efetiva ocorrência do efeito vinculado. Essa situação legal é semelhante, se não idêntica, a um tipo legal, ainda que previsto pelo direito civil. Exemplo clássico dessa situação temos no ilícito civil, que exige, para sua

¹¹⁷ “Informa Cândido R. Dinamarco que para Liebman ‘as condições da ação não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento’ (Execução civil, cit., p. 139, nota 53), o que revela que, posteriormente, o eminente processualista reformulara a colocação feita na conferência mencionada por Machado Guimarães.” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005. p. 93).

¹¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 255.

configuração, a verificação de dolo ou culpa do agente. Caso inexistentes esses requisitos, e não se trate de uma das hipóteses de responsabilidade objetiva, não existirá ato ilícito, e, por conseguinte, dever de indenizar.¹¹⁹

Nos casos mencionados, a constatação da subsunção do fato à norma depende da verificação concreta de todos os elementos descritos abstratamente na demanda – a rejeição dessa última independe da análise sobre a veracidade dos fatos. Resulta nesse ponto grande parte da similaridade da sentença de carência de ação por impossibilidade da demanda com o juízo de improcedência com fundamento em questão exclusivamente de direito.

Ademais, se adiciona a essa similitude o fato de que quando há vedação no ordenamento jurídico à demanda (ou quando a mesma não preenche os requisitos constantes do “tipo legal”), o indeferimento liminar da petição inicial, com a conseqüente extinção do processo por impossibilidade jurídica, implica na solução total da lide, com a pacificação definitiva do conflito.

Pelos citados motivos, não há diferença ontológica entre a sentença de carência por impossibilidade jurídica da demanda, e a sentença de mérito.

Pedido juridicamente impossível equivale substancialmente ao julgamento antecipado com fundamento no art. 330, I, do CPC. A pretensão deduzida pelo autor não encontra amparo no ordenamento jurídico, e, por isso, deve ser rejeitada.¹²⁰

A impossibilidade jurídica do pedido, portanto, é uma improcedência evidente, macroscópica, que, por ser notada no limiar do processo, torna desnecessário o prolongamento desse. A impossibilidade jurídica do pedido, dessa forma, é uma improcedência *prima facie*.

A improcedência macroscópica é apenas a forma mais avultante de improcedência, e, por isso, deve ser tratada com mais rigor – como já

¹¹⁹ *Ibid.* p. 261.

¹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 264. Interessante notar que Bedaque alterou seu posicionamento, firmado em *Idem*. Pressupostos processuais e condições da ação. **Justitia**, São Paulo, v. 53 (156), 1991. p. 55.

acontece com os casos de decadência legal e prescrição em favor de incapaz. O caso é de improcedência *prima facie*.¹²¹

Portanto, a única diferença que podemos apontar entre a sentença que declara a demanda juridicamente impossível e a sentença de improcedência, uma vez que ambas implicam julgamento total da lide, reside no plano processual: o juiz está autorizado a indeferir a inicial e a conhecer de ofício a matéria em qualquer instância (art. 267, VI, e art. 295, I, e parágrafo único, III, todos do CPC).

A identificação da impossibilidade jurídica da demanda com o mérito é defendida por Galeno Lacerda, para quem referida condição da ação fulmina o pedido.¹²² O mencionado jurista é seguido em seu posicionamento por Arakén de Assis¹²³, Adroaldo Furtado Fabrício¹²⁴, Teresa Arruda Alvim Wambier¹²⁵ e Donaldo Armelin¹²⁶, dentre outros.

Galeno Lacerda também considera que a sentença de carência de ação por ilegitimidade *ad causam* é sentença de mérito, pois resolve negativamente o pedido, e, portanto, a lide. Isso porque a “ilegitimidade para a causa vicia também o pedido, por inaptidão do sujeito em relação ao objeto.”¹²⁷

O mesmo entendimento foi seguido por Adroaldo Furtado Fabrício, que, acerca da legitimidade *ad causam*, afirma:

Relativamente a esta “condição”, parece ainda mais difícil sustentar-se que seja matéria estranha ao mérito. Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*, denega-lhe o juiz, claríssimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: “Se é que existe o direito subjetivo invocado,

¹²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 226. V. também DIDIER JUNIOR, Fredie. Um réquiem às condições da ação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 65/82, jul./set., 2000.

¹²² LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 88.

¹²³ ASSIS, Arakén de. Sobre o Método em Processo Civil. In: **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 58-59.

¹²⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, abr.-jun./1990. pp.17-18.

¹²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2004. pp. 54-55.

¹²⁶ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979. p. 53.

¹²⁷ LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 88.

dele não és titular”. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva *ad causam*, declara que, *em face do réu*, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, **há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência.**¹²⁸ [grifo nosso]

Arakén de Assis, por sua vez, que já havia externado opinião acerca da inclusão de todas as condições da ação no mérito da causa¹²⁹, acabou por alterar seu entendimento para sustentar que a legitimidade para a causa implica mera capacidade para conduzir o processo. Afirma o jurista que na verificação da condição da ação em voga, o magistrado limita-se

[...] a identificar, a partir dos dados ministrados pelo direito material, sempre *in statu assertionis*, aquelas pessoas habilitadas a conduzir o processo, relativamente ao objeto litigioso alegado. Aos esquemas abstratos, traçados na lei, que geram tal capacidade chama-se de situações legitimadoras. Portanto, a dissociação entre o sujeito da lide e o do processo, objeto do presente estudo e adiante elucidada, evidencia a verdadeira natureza da legitimidade, bastando enuncia-la para tal finalidade. Ninguém se atreverá a reputar respeitante ao mérito eventual juízo quanto à inexistência, em determinado caso concreto, do título legal para alguém pleitear em juízo alheio.¹³⁰

Desse modo, Arakén de Assis, muito embora reconheça que a legitimidade *ad causam* encontra o fundamento de seu conteúdo no direito material, a considera estranha ao mérito.

Não podemos concordar com as idéias do mencionado jurista. Todavia, também não é possível aquiescer com a afirmação de que a legitimidade para a causa integra o mérito, pura e simplesmente.

Casos há em que, para aferir a legitimidade *ad causam*, não será necessária a análise de elementos da relação de direito material. Isso ocorre nas situações de legitimação extraordinária, nas quais o magistrado deve verificar se há autorização

¹²⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, abr.-jun./1990. p. 19.

¹²⁹ “[...] a teoria de Liebman, tão frágil, desafia a falsificação em um ponto crucial: a exclusão das ‘condições’ da ação do mérito. [...] Assim, as condições da ação se situam no mérito da causa, como bem apanhou Galeno Lacerda, talvez o primeiro crítico de Liebman e, sem dúvida, um dos mais autorizados.” (ASSIS, Arakén de. Sobre o Método em Processo Civil. In: **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 58-59.)

¹³⁰ *Idem*. Substituição Processual. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 9, dez./2003. p. 10.)

legal para que a parte defenda, em nome próprio, direito alheio. Do mesmo modo, caso a lei exija condição jurídica específica para que a parte integre a relação jurídica processual (v.g. casado, para a ação de separação; cidadão, para a ação popular), a verificação dessa independe da análise da relação de direito material.¹³¹

Ademais, a extinção do processo por ilegitimidade para a causa não oferece uma resposta integral à pretensão, i.é., não possui conteúdo de mérito propriamente dito, pois não rejeita nem acolhe o pedido. No entanto, a sentença de carência por ilegitimidade e a sentença de improcedência que reconhece a titularidade do direito discutido a terceiro não apresentam diferença substancial. Bedaque levanta importante exemplo que aborda a questão:

Se o autor pede a condenação do réu ao pagamento de importância por este devida a terceiro, será julgado carecedor da ação por ilegitimidade ativa. Caso ele afirme ser o credor e a instrução revele que a obrigação foi contraída por terceiro, teremos sentença de improcedência.

Não parece haver diferença substancial entre concluir pela inexistência do crédito com os próprios dados da inicial ou com os elementos probatórios. A distinção está simplesmente na maior ou menor dificuldade para se chegar à conclusão de que o autor não tem direito à tutela condenatória.¹³²

Percebe-se, então, que na declaração de carência por ilegitimidade não ocorre exame integral do litígio pois não há necessidade dele para que se verifique que o autor não é titular do direito que procurava ver tutelado. Entretanto, apesar de não haver uma resposta de mérito (ao pedido formulado), há uma conclusão acerca daquela demanda deduzida em juízo.

Assim, a sentença de carência produz eficácia extraprocessual, sendo apta a colocar fim na controvérsia que foi levada ao judiciário: o juiz elimina de uma vez por todas a possibilidade de se discutir a respeito do vínculo entre a parte e a relação jurídica. Afinal, o pedido traz em si a porção da relação jurídica de direito material que o demandante optou por deduzir em juízo – toda a situação de direito material que não foi submetida ao processo não integra o mérito.

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. **Direito Aplicado II** (Pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 375-380; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 278-279.

¹³² *Ibid.* pp. 286-287.

Portanto, ainda que não se possa reconhecer à sentença de carência por ilegitimidade *ad causam* a natureza de sentença de mérito – pois não elimina integralmente a possível lide, ela está apta a adquirir o caráter de definitiva. Esse tema será discutido posteriormente.

A análise do interesse processual, por sua vez, é mais complexa do que a análise das demais condições da ação, realizadas anteriormente. Isso porque, conforme a faceta do interesse processual verificada, diversas serão as conclusões acerca de sua proximidade, ou não, com o mérito.^{133_134}

O interesse processual implica utilidade da tutela jurisdicional, a qual deve ser aferida objetivamente, mediante a verificação da necessidade dessa tutela, e de sua adequação à eliminação da crise de direito material.

Visto sob o ângulo da adequação, o interesse processual tem sua verificação desvinculada de elementos da relação de direito substancial. A análise se resume à conformação em abstrato da crise de direito material à tutela jurisdicional escolhida. Essa conformação deve ser desconsiderada caso não seja identificada oportunamente, e se o julgamento de mérito se mostre possível, sem danos às partes, por se tratar de questão unicamente de forma. A solução de mérito, *in casu*, é certamente mais vantajosa para o sistema.¹³⁵

¹³³ Galeno Lacerda demonstrou certa confusão ao tratar da condição da ação em tela, na medida em que não distingue o interesse processual do interesse substancial. Afirmo o jurista que “Exigindo-se como condição da ação o interesse substancial, não se está, portanto, aderindo à teoria do direito concreto, pois nem sempre a titularidade do interesse coincide com a do direito subjetivo material”. (LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 91.) de todo modo, para Galeno Lacerda, a decisão acerca do interesse é de mérito, e faz coisa julgada material.

¹³⁴ Para Adroaldo Furtado Fabrício, o interesse processual deveria integrar a categoria dos pressupostos processuais, pois tem maior relação com o exercício da jurisdição do que com a ação. Afirmo ele “Antes de faltar à ação algum requisito, a jurisdição mesma está impossibilitada de mover-se por tratar-se de assunto estranho à sua órbita de atuação.

[...] colocada a lide como pressuposto do processo, não cabe falar-se desse requisito do interesse processual, eis que a idéia da pretensão resistida por si mesma evidencia a necessidade da prestação jurisdicional.

Parece-nos que essa suposta condição da ação, se é que melhor não se acomodaria entre os pressupostos processuais, poder-se-ia enquadrar se esforço no *meritum causae*.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, abr.-jun./1990. p. 20.)

¹³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 359, 402.

No que tange à necessidade da tutela, o exame da verificação do interesse processual se torna complexo. Nesse âmbito, a análise deve ser feita de modo diverso, conforme seja diversa a tutela jurisdicional pretendida: condenatória, constitutiva ou declaratória.

Sobre o tema, José Roberto dos Santos Bedaque fez importante construção, que adotamos no presente trabalho, e cujas idéias principais passaremos a expor. Afirma o jurista sobre a verificação do interesse de agir:

Nas ações condenatórias e constitutivas, a necessidade da tutela jurisdicional surgiria com a simples afirmação do próprio direito material a ser efetivado no processo. Já na demanda declaratória, como o autor pretende obter a certeza jurídica, não é suficiente a afirmação da existência do direito. É preciso esteja presente uma situação concreta de incerteza, que não se confunde com a discussão sobre a existência do direito material. Exige-se, para a propositura da demanda declaratória, mais do que a mera afirmação da existência ou inexistência de um direito.¹³⁶

Desse modo, tanto nas demandas condenatórias, quanto nas demandas constitutivas, o interesse de agir nada mais é do que um aspecto do direito material deduzido em juízo. Nesse sentido, a mencionada condição da ação somente se diferencia do mérito pela profundidade da cognição.¹³⁷

Nas ações constitutivas, portanto, a necessidade se confunde com o próprio direito potestativo de obter modificação jurídica. Ressalvam-se, oportunamente, os casos de ações constitutivas de “jurisdição necessária”, nos quais a necessidade foi determinada pela própria lei. No que tange às ações constitutivas não-necessárias, o fato constitutivo do direito mesmo é o responsável pela verificação da necessidade da tutela ou não. A única forma de diferenciação entre condição da ação e mérito é mesmo a análise em asserção.

Numa ação condenatória, do mesmo modo, o interesse se verifica pela existência da exigibilidade e do inadimplemento da dívida, conforme se extrair da petição inicial. Se o autor afirma inexigível (e tomamos a inexigibilidade como exemplo, pois ela

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 305-306.

¹³⁷ *Ibid.* pp. 298-299.

abrange o inadimplemento) a dívida já na inicial, haverá carência de ação por inexistência de interesse processual. Caso a inexigibilidade, negada na inicial, venha a ser verificada após a impugnação pelo réu, e instrução probatória, o juiz declarará a inexistência de crise de direito material, decidindo essa demanda, que não poderá mais ser discutida – pelo menos enquanto não se implementar a exigibilidade ou o inadimplemento.

Dessa forma, mesmo que não se possa reconhecer à sentença de carência por ausência de interesse processual a natureza de sentença de mérito, vez que não elimina integralmente a possível lide, ela está apta a adquirir certo grau de imutabilidade.

Nas demandas declaratórias, entretanto, a situação é distinta.¹³⁸ O que se busca sanar, com a tutela declaratória, é uma crise de certeza acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica (ou, excepcionalmente, de um fato, na caso da autenticidade ou falsidade de documento, prevista no art. 4º, II, do CPC).

A necessidade, nos casos de tutelas declaratórias, está configurado na dúvida objetiva, gerada pelo comportamento de alguém (o réu), que potencialmente poderá causar prejuízo ao autor. O interesse de agir, portanto, é constituído por fatos estranhos à relação material que se almeja seja objeto de declaração.

[...] a dúvida objetiva é um dos fatos integrantes da causa de pedir, mas estranho à constituição do direito. A falta de prova a respeito levaria à carência, cuja eficácia não atinge o plano jurídico material. Nenhum dos aspectos da relação da vida foi objeto de exame.¹³⁹

Desse modo, quando tratamos de demandas declaratórias, ao contrário das constitutivas e das condenatórias (e ao contrário do reconhecimento das demais condições da ação), não há óbice à declaração de carência por falta de interesse quando existente em tese o direito substancial; e, por outro lado, também se mostra

¹³⁸ *Ibid.* pp. 307-334.

¹³⁹ *Ibid.* p. 312.

possível a improcedência quando verificado o estado de incerteza. Referida situação contém verdadeiro paradoxo, conforme passaremos a revelar.¹⁴⁰

Se o demandante pleiteia declaração de existência de relação jurídica¹⁴¹, descrevendo os fatos e o direito substancial a que esses se subsumem, mas silencia sobre a recusa do réu no reconhecimento espontâneo da referida relação – e, embora intimado, não emende a inicial. O caso é de carência de ação por ausência de interesse processual, uma vez que o processo se revelou de plano desnecessário, devendo a inicial ser indeferida, conforme determina o art. 295, III, do CPC.

O problema surge quando as providências ora mencionadas (indeferimento da inicial) não são tomadas no momento adequado, ou mesmo se o autor afirme existir dúvida objetiva, e o réu, citado, apresentar contestação. Nesse caso, poderão ocorrer as seguintes alternativas:

A) Somente a existência da relação jurídica é impugnada, tornando-se controvertida. Desse modo, está o réu a reconhecer a crise de certeza, e a carência deixa de existir.

B) O réu nega somente a crise de certeza, não o direito do autor. Nesse caso, o réu estará necessariamente reconhecendo que não há dúvida sobre a existência da relação jurídica alegada pelo autor. Esse ponto se tornou incontroverso.

Produzida a prova sobre o ponto controvertido, qual seja a crise de certeza, poderá o magistrado concluir pela inexistência de dúvida objetiva. A solução usual nesse caso, pela teoria da asserção, seria a improcedência do pedido. Todavia, pela peculiaridade do interesse de agir na tutela declaratória, que não está informado por elementos da relação de direito material, mesmo após produção probatória, a solução correta será a extinção do processo por carência de ação.

¹⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 313.

¹⁴¹ Destaca-se que não há diferenças significativas nos efeitos descritos no que tange à sua aplicação às demandas declaratórias de inexistência de relação jurídica, tendo a tutela declaratória de existência sido tomada a título exemplificativo. Sobre a aplicação das idéias nas declaratórias de inexistência, v. *Ibid.* pp. 322-324.

Entretanto, devemos tomar em conta que o processo, nas condições descritas, reúne todos os elementos necessários a formar juízo acerca da própria existência do direito material, que, repita-se, foi tornado incontroverso pela ausência de impugnação do réu. Assim, não há óbices, que não a própria técnica, a que o processo atinja seu efeito prático: a sentença declaratória de existência da relação jurídica afirmada.

A extinção sem exame do mérito por não estar configurada a crise de certeza só se justifica se a ausência da condição da ação for detectada logo no início, quando ainda não se desenvolveram atividades voltadas à demonstração da situação substancial afirmada. Exaurida a cognição neste plano, eventual vício relacionado à forma não pode impedir que a sentença produza efeitos substanciais.

Se o réu limita-se a impugnar crise de certeza, o fato constitutivo da relação material fica incontroverso, sendo desnecessário prová-lo (CPC, art. 334, III). Admissível a antecipação de efeitos práticos da tutela declaratória (CPC, art. 273, § 6º). Ao final, ainda que inexistente a prova da resistência indevida, não pode ser desprezada a situação de certeza resultante do processo quanto à relação de direito material.¹⁴²

Dessa forma, como medida que visa a própria atuação instrumental do processo, devemos valorizar os fins do processo, em detrimento da técnica. Isso implica em superar a carência de ação e proferir sentença de mérito, ainda que não exista real litígio a ser julgado. Ao autor será conferido o bem almejado – a certeza jurídica; mas sobre ele recairá o ônus sucumbencial, por ter desnecessariamente provocado a atividade jurisdicional. O processo, na qualidade de meio de atuação do direito substancial, acabou por extrair de sua atuação desnecessária algum efeito útil no plano material.

Pelo exposto, podemos perceber que as condições da ação não são categoria estranha ao mérito. Por outro lado, também não é possível afirmar que elas integram o mérito, generalizadamente. A análise de cada uma das condições da ação se relaciona com a relação jurídica de direito material de uma forma particularizada, o que pode sim gerar uma decisão total de mérito, ou uma decisão que o resolva apenas parcialmente, conforme destacamos ao longo da narrativa.

¹⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. pp. 314-315.

Cabe agora descobrir qual é o tratamento dado pelo sistema processual brasileiro à sentença de carência, e como essa se adequa à concepção de ação exposta no capítulo 2.

3.2 A SENTENÇA DE CARÊNCIA DE AÇÃO: SUA POSIÇÃO EM FACE DAS REGRAS JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS

De acordo com o sistema processual vigente, a ausência de uma ou mais condições da ação induz carência de ação. A inicial, então, deverá ser indeferida, com fulcro no art. 295 do CPC, ou, caso tal providência não seja tomada, deverá o processo ser extinto sem julgamento de mérito, por meio de sentença terminativa, nos termos do art. 267, VI, e art. 329, do mesmo código.

Destaca-se que, ressalvada a nossa adoção pela teoria da asserção como método de análise das condições da ação, pelo sistema pátrio a carência poderá ser declarada de ofício, em qualquer grau de jurisdição (art. 267, § 3º; art. 301, § 4º, ambos do CPC).

Ademais, a extinção do processo por carência de ação tem por consequência a possibilidade de repositura da demanda (art. 468 do CPC) e a vedação da ação rescisória (art. 485 do CPC).

Indispensável salientar, ainda, que, conforme disserta Liebman, as condições da ação não são somente condições para que se obtenha uma sentença de mérito, mas também representam requisitos de existência da ação e do exercício da atividade jurisdicional em cada caso concreto. Em outras palavras, no processo em que não foram preenchidas as condições da ação, não existiu ação nem atividade jurisdicional. Nesse caso, não há direito de ação processual, e a atividade exercida pelo magistrado não pode ser caracterizada como jurisdicional.¹⁴³

Assim, na disciplina atual, a ação constitucional é mero pressuposto remoto sobre que se assenta a ação processual. A construção liebmaniana acabou por implicar na

¹⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I. p. 150 e 154.

concepção de um direito de ação condicionado, com vida própria em relação à garantia constitucional da ação.

Em virtude das dúvidas geradas pela referida construção, como o fato de não existir sequer processo no caso de declaração de carência, ou da natureza da atividade do magistrado não se enquadrar na clássica tripartição dos atos do Estado em legislativo, administrativo e jurisdicional¹⁴⁴, doutrinadores optaram por denominar as condições da ação como “condições do legítimo exercício do direito de ação”¹⁴⁵, ou “condições para o julgamento do mérito da causa”¹⁴⁶, considerando que o *direito de ação constitucional* já foi exercido com a propositura da demanda.

No entanto, a concepção vigente, de inspiração liebmaniana, evidencia um contra senso, pois o art. 5º, XXXV, da CF/88 confere o direito de ação, na qualidade de garantia constitucional, a todos indistintamente, de forma dissociada da imposição de quaisquer requisitos ou condições, conforme já analisado.

A ação, entretanto, não é uma garantia vazia, de simples acesso ao Judiciário. É uma garantia substancial a *um processo justo*, ou seja, a todos os meios que garantam a obtenção da tutela jurisdicional apta à pacificação do conflito.

Conforme explicitado, somente têm acesso à tutela jurisdicional aqueles que são titulares do direito afirmado. Todavia, todos possuem, indistintamente, mediante a simples afirmação de um direito ameaçado ou lesado, o poder ou direito de se valer dos meios assegurados constitucionalmente para a obtenção de tutela jurisdicional. O exercício da ação, desse modo, “dá origem ao direito de obter pronunciamento do juiz sobre o pedido de tutela, independentemente do conteúdo da decisão final.”¹⁴⁷ Em última análise, os meios garantidores da obtenção da tutela jurisdicional se consubstanciam no *devido processo constitucional*.

¹⁴⁴ ASSIS, Arakén de. Sobre o Método em Processo Civil. In: **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 57.

¹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir. Indeferimento da inicial. **Temas de direito processual**. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 199.

¹⁴⁶ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005. p. 91.

¹⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230.

Em vista do exposto, não subsiste a diferença entre um direito de ação constitucional, e um direito de ação processual. A ação é plena e suficientemente prevista na Constituição Federal. Qualquer previsão infraconstitucional acerca do instituto deve estar de acordo com a configuração que lhe deu a CF/88, sendo que as regras acerca do tema inseridas no Código de Processo Civil devem ser entendidas como mera técnica processual, destinadas a dar melhor alcance ao direito de ação.

Essa é a forma pela qual buscamos encarar as condições da ação: como mera técnica processual. É interessante para o sistema que o processo tenha um filtro em seu limiar para que demandas que evidentemente não venham a ter um resultado de tutela jurisdicional positiva (benéfica para o autor) não prolonguem o curso procedimental, sobretudo em sua fase mais custosa, a probatória. Tal medida representa clara e necessária atuação do princípio da economia processual.

É interessante, nesse ponto, retomar as conclusões obtidas no tópico anterior: todas as condições da ação buscam no direito material o seu suporte. Sempre há cognição da relação de direito material quando da análise das condições da ação, mas essa cognição representa diversas feições e intensidades, com diferentes efeitos substanciais extraprocessuais, de acordo com a modalidade de condição investigada. Desse modo, não podemos concordar com a idéia de que as condições da ação são categoria totalmente indistinta do mérito, razão pela qual deveriam ser extirpadas do sistema.¹⁴⁸⁻¹⁴⁹ De outra forma, também não é possível concordar com a idéia de que sejam de fato condições da ação. E as explicações advindas dos termos *condições para o legítimo exercício da ação*, ou *condições para o exame de mérito*, não satisfazem.

As condições da ação revelam grande utilidade como técnica processual, a qual reside no seu regime processual. Assim, em se tratando de reconhecimento de carência de ação, a petição inicial deverá ser indeferida de plano (art. 295, CPC), ou,

¹⁴⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Bahia: Imprensa Oficial, 1960; DIDIER, Fredie. Um réquiem às condições da ação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 65/82, jul./set., 2000.

¹⁴⁹ “[...] a afirmação taxativa de que inexistente qualquer diferença entre sentença de carência e de improcedência revela má compreensão do instituto. Trata-se de conclusão simplista, resultante da ausência de reflexão adequada do fenômeno.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 302.)

caso tal providência não seja tomada, deverá o processo ser extinto sem julgamento de mérito, por meio de sentença terminativa, nos termos do art. 267, VI, e art. 329, do mesmo código.

Desse modo, caso fizermos a opção de tratar da situação em que, mediante cognição superficial, é possível verificar a inutilidade do prosseguimento do processo, como mérito propriamente dito, o tratamento legal diferenciado conferido pelo legislador a essa situação não poderá ser aplicado, e o processo deverá seguir todo o trâmite procedimental, com instrução probatória inclusive. Apesar de ambas terem efeitos substanciais, sua distinção se mostra útil do ponto de vista da técnica processual (mesmo levando em conta as hipóteses de sentenças proferidas em virtude da previsão do art. 285A do CPC).

Portanto, não se trata de condições da ação. A ação é um direito autônomo e abstrato, previsto constitucionalmente, cujo conteúdo se compõe do direito ao devido processo constitucional. O exercício da ação se inicia com a propositura da demanda, e prossegue com os demais atos processuais que impliquem no exercício do devido processo constitucional, em nada se relacionando com essa categoria cognitiva da relação material que estamos analisando. Assim, o que se convencionou denominar *condições da ação*, na realidade, constitui análise superficial e preliminar da relação material, que produz efeitos substanciais extraprocessuais, cujo objetivo é evitar o prolongamento e a proliferação de demandas que evidentemente não obterão tutela jurisdicional positiva. Uma vez revelada sua utilidade para o processo na forma como estão reguladas pelo CPC, optamos por readequar seu papel ao de técnica processual.

Resta determinar, uma vez que as decisões advindas dessa cognição superficial da relação material produzem efeitos substanciais extraprocessuais, se estão as mesmas aptas a adquirir imutabilidade, e em que grau.

3.3 INCIDÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL NAS SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO

Segundo o Código de Processo Civil atual, somente as sentenças de mérito produzem coisa julgada material. As sentenças terminativas, que não se pronunciam sobre a procedência ou a improcedência do pedido, são aptas apenas à produção da coisa julgada formal. Isso porque a coisa julgada formal é imutabilidade que somente recai sobre o efeito (ou comando) da sentença de extinguir o processo. A coisa julgada material, por sua vez, imuniza os efeitos substanciais da sentença.

Ressalta-se que, como conseqüências da extinção do processo sem julgamento de mérito por carência de ação estão a possibilidade de repositura da demanda, e a não admissibilidade de ação rescisória da respectiva sentença.

No entanto, conforme exposto, as sentenças declaratórias de carência têm eficácia material extraprocessual. As sentenças de carência por ilegitimidade de parte, e por ausência de interesse processual apresentam solução parcial da lide, enquanto a impossibilidade jurídica da demanda implica na definição completa do litígio no início do processo.

De todo modo, os efeitos materiais produzidos pela decisão de carência não podem ser ignorados. Ainda que a solução da lide não seja total, vez que a procedência do pedido não foi objeto de análise, não se pode negar que a demanda efetivamente deduzida em juízo (e não a chamada lide possível) teve um resultado que deve tornar-se definitivo. Se a solução da lide é total, no caso de impossibilidade jurídica, a sua imutabilidade é inquestionável.

Desse modo, se a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, não obstante o que a lei processual civil preceitua, a sentença declaratória de carência de ação é apta a produzi-la.

Muito embora não concorde com uma assimilação entre condições da ação e mérito da demanda, Cândido Rangel Dinamarco reconhece a incidência de coisa julgada material nas sentenças de carência de ação. Afirma o doutrinador sobre o tema:

Sustento que há coisa julgada sobre as sentenças que pronunciam a carência de ação, mas não por assimilar qualquer das causas de carência ao *meritum causae*. Dado que a negativa do

concreto poder de exigir o provimento de mérito apóia-se sempre em raízes jurídico-substanciais (sem se confundir com elas), essas sentenças definem uma situação que transcende a vida e as vicissitudes do processo que se extingue, atingindo uma situação jurídica exterior e anterior a este (a ação). Tanto quanto no julgamento do mérito, contém-se nessas sentenças a definição de situações que poderiam repetir-se em outros processos, não fora a autoridade *rei judicatae*. **Minha opinião é minoritária.**

José Roberto dos Santos Bedaque concorda com a opinião exarada por Dinamarco, afirmando que, “nos limites do juízo de valor realizado no plano material a sentença deve tornar-se imutável, operando-se coisa julgada material.”¹⁵⁰ Todavia, discorda no que tange à afirmação de que a posição seja minoritária, sustentando que o número de adeptos da posição vem crescendo, especialmente em sede jurisprudencial.¹⁵¹

De fato, a doutrina se mostra cada vez mais receptiva à idéia ventilada. Galeno Lacerda, ainda que considerasse as sentenças que declaram a ausência das condições da ação como sentenças de mérito, sem a diferenciação entre as profundidades de cognição e entre os efeitos substanciais produzidos que fazemos no presente estudo, sustenta a posição da incidência da coisa julgada material nas citadas decisões.¹⁵² Adroaldo Furtado Fabrício defende idéia análoga à de Galeno Lacerda, afirmando que as sentenças de carência são sentenças de mérito, ou pelo menos, *um passo que se dá dentro do mérito*, e que devem fazer coisa julgada material.¹⁵³ Humberto Theodoro Júnior também é partidário da corrente que defende a aplicação da coisa julgada material nas sentenças de carência. Segundo o jurista, o ponto que foi causador da carência é matéria já definitivamente julgada, e, se o autor se limita a repropor a demanda, estará ofendendo a coisa julgada.¹⁵⁴

O próprio Liebman, na construção de sua teoria eclética, afirma que a repositura da demanda não pode se dar através da pura e simples repetição do processo

¹⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 350.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 351.

¹⁵² LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 89.

¹⁵³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, abr.-jun./1990. p. 22-23

¹⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação civil pública – Operação bancária de caderneta de poupança – Inaplicabilidade de ação civil pública – Inocorrência de relação de consumo – Direito individuais homogêneos – Carência de ação e coisa julgada. **Revista Forense**, São Paulo, v. 339, jul.-ago.-set./1997. pp. 222 e ss.

extinto. Deve haver inovação fática capaz de justificar o desaparecimento do vício declarado.¹⁵⁵

Importante salientar que a conclusão acerca da incidência de coisa julgada material nas sentenças de carência de ação torna necessário fazer uma interpretação restritiva do art. 268 do CPC. Isso porque esse dispositivo legal prevê a possibilidade de repositura da demanda sem restrições. Uma vez que o artigo de lei é aplicável a todas as hipóteses de extinção previstas no art. 273 do CPC, não levando em conta as particularidades de cada caso previsto, entendemos que o legislador deixou aberto caminho para a aplicação da técnica hermenêutica mais adequada para cada situação.

No caso das sentenças de carência, a repositura somente poderá ser permitida caso sejam alterados, ou corrigidos, os aspectos já definitivamente julgados. Essa interpretação não vai de encontro à imutabilidade provocada pela coisa julgada material, uma vez que, realizadas as alterações, se estará na realidade propondo uma nova demanda.

De fato, se o objetivo da técnica das condições da ação é a economia processual, evitando o prolongamento e a proliferação de demandas inúteis, a repositura através da repetição do processo já julgado é medida totalmente contrária ao fim do instituto.

Com o intuito de prosseguir nosso estudo, julgamos indispensável que, nesse ponto, seja enfrentado o tema da coisa julgada de forma mais detida, explicitando em que consiste o instituto, qual sua posição na ordem jurídico-constitucional, quais os seus limites de incidência, etc.

¹⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 392, nota 229.

4 A COISA JULGADA

4.1 A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A coisa julgada tem previsão e delineamento na Constituição Federal de 1988, sendo possível afirmarmos que foi insculpida no diploma constitucional como garantia prevista no art. 5º, XXXVI.

Faz-se indispensável destacar a qualidade de instituto constitucional da coisa julgada, cujo estudo, durante um longo tempo, foi quase que exclusivamente realizado pelos processualistas. Forte em tal razão, cabe ao referido ramo do direito, até os dias atuais, conceituar a coisa julgada, assim como estabelecer seus limites.

No entanto, mesmo diante disso, a coisa julgada material não pode ser tomada unicamente como instituto de direito processual, mas, sim, e principalmente, de direito constitucional. Não é possível, portanto, dispensar à mesma um tratamento jurídico de instituto regulado por lei infraconstitucional, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria como elemento formador do Estado Democrático de Direito.

Uma vez que a previsão constitucional da coisa julgada é expressa, cabe verificar se é correto seu enquadramento como garantia constitucional. Para tanto, é necessário definir o que são as garantias constitucionais, e constatar se os delineamentos dados pelas normas constitucionais ao instituto da coisa julgada se amoldam àquela categoria.

Primeiramente, no entanto, uma vez fixada a previsão expressa da coisa julgada no art. 5º, XXXVI, da CF/88, é indispensável afastar a idéia de que o instituto em estudo tenha o papel de instrumento à garantia da irretroatividade das leis. Essa idéia decorre diretamente do citado texto constitucional, que preceitua, *in verbis*, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Art. 5º, XXXVI, CF/88.

Desse modo, pela literalidade da escrita constitucional, teríamos que o dispositivo em voga trataria precipuamente da garantia da irretroatividade das leis, relegando a coisa julgada à condição de instituto instrumental a essa garantia.

Todavia, como bem expõe Eduardo Talamini¹⁵⁷, tal concepção é errônea, devendo ser conferido à coisa julgada valor de garantia constitucional. Para tanto, explicita que as previsões constitucionais dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, CF/88) têm significado muito mais amplo do que seu teor literal possa indicar; e, ainda que não tivesse, incidiria a regra hermenêutica de que as normas sobre direitos e garantias fundamentais merecem interpretação extensiva. Para tanto, exemplifica que a previsão do *caput* do art. 5º se refere à igualdade apenas perante a lei, “mas reconhece-se facilmente a incidência do princípio da isonomia em todo e qualquer momento de aplicação do direito.”¹⁵⁸

Por fim, afirma que o preceito de que a lei não pode prejudicar a coisa julgada formada, também significa que o aplicador da lei não pode desrespeitá-la, pois não faria sentido obrigar um ao respeito ao instituto e deixar o outro livre para decidir conforme lhe aprouvesse¹⁵⁹. Portanto, evidente que a Constituição Federal consagra a coisa julgada como garantia constitucional, mesmo que o dispositivo que a mencione não o faça de modo literal.

Resta-nos agora determinar o que é uma garantia constitucional, e se a coisa julgada de fato pode ser classificada como tal.

Segundo Paulo Bonavides, as garantias constitucionais tiveram nascedouro liberalista, como verdadeiro meio de proteção da liberdade perante o Estado. Por tal motivo, tiveram desenvolvimento em nosso ordenamento eminentemente voltado para os direitos individuais.¹⁶⁰

¹⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 50-53.

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 51.

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 51.

¹⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 529-531.

O maior responsável pelo desenvolvimento do conceito das garantias constitucionais e por sua diferenciação dos direitos fundamentais no Brasil foi Rui Barbosa. Afirma o jurista em importante passagem de sua vasta obra:

Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução 'garantias constitucionais'. Mas a aceção é óbvia, desde que separemos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.¹⁶¹

As citadas palavras de Rui Barbosa resumem não só no que consiste a garantia constitucional, e na sua diferenciação dos direitos fundamentais, mas também enunciam a falta de clareza com que as normas constitucionais ordinariamente os apresentam. Decerto reside nesse ponto boa parte da dificuldade dos juristas na percepção e fixação do direito e correspondente garantia constitucional, com mais razão ainda se levamos em conta que um único dispositivo constitucional pode enunciar vários direitos e/ou garantias.

De modo geral, portanto, podemos dizer que as garantias constitucionais são meios ou instrumentos que objetivam assegurar o exercício de um direito.

Ainda segundo Paulo Bonavides, as garantias constitucionais podem ser: *garantias da Constituição*, que têm como função assegurar a permanência da ordem constitucional e o direito objetivo em geral contra fatores desestabilizantes, *v.g.* o estado de sítio; e *garantias dos direitos subjetivos*, que protegem os direitos fundamentais, através, não somente, de uma cláusula assecuratória, mas também de remédios jurisdicionais próprios que objetivam proteger o direito violado.¹⁶²

No século XX, a teoria das garantias constitucionais avançou, e, conforme restou substituído o Estado Liberal pelo Estado Social, foram reconhecidas as *garantias*

¹⁶¹ BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d. p.194.

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 532-533.

institucionais, criadas pelo doutrinador alemão Carl Schmitt. Elas consistem na proteção conferida às instituições e a direitos fundamentais que contam com um componente institucional de fundamental importância para a sociedade.¹⁶³

Por tal motivo, para Paulo Bonavides o conceito liberalista de garantia constitucional, anteriormente citado, deve ser reformulado para agregar a idéia de garantia institucional. Desse modo,

[...] a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.¹⁶⁴

Segundo Bonavides, ainda, a Constituição Federal de 1988 busca uma compatibilidade do Estado Social com o Estado de Direito, razão pela qual procurou inovar, introduzindo garantias que nunca estiveram em nosso sistema jurídico, como o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo.¹⁶⁵

Importante destacar a opinião de Eduardo Talamini, para quem

[...] a coisa julgada tem também o caráter de garantia institucional, objetiva: prestigia a eficiência e a racionalidade da atuação estatal, que desaconselham, em regra, a repetição de atividade sobre um mesmo objeto.¹⁶⁶

Pelo que foi analisado, podemos concluir que a coisa julgada é uma garantia constitucional. Ela não tem um fim em si mesma, muito obstatente tenha como objetivo claro imunizar um ato jurisdicional. Antes de tudo, serve para garantir estabilidade nas relações jurídicas, certeza ao titular de um direito ameaçado ou lesado. Ou seja, a coisa julgada nada mais é do que um meio de se garantir a segurança jurídica. Portanto, não há que se negar a sua condição de garantia constitucional.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 537.

¹⁶⁴ *Ibid.* p. 537.

¹⁶⁵ *Ibid.* pp. 549-550.

¹⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

Necessário analisar, por fim, a concepção de José Afonso da Silva, para quem a garantia da coisa julgada prevista no texto constitucional somente abrange a coisa julgada material, excluindo-se a coisa julgada formal. Senão vejamos.

Dizemos que o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, em oposição à opinião de Pontes de Miranda, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal. Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio.¹⁶⁷

Devemos discordar do constitucionalista. A garantia constitucional da coisa julgada é composta por ambas as modalidades de coisa julgada, precipuamente porque a coisa julgada constitui um único instituto, e não dois institutos diferentes. Referidos conceitos (coisa julgada formal e material) funcionam como as duas faces de uma mesma moeda, não se podendo, então, negar que a composição da previsão do inc. XXXVI do art. 5º da CF/88 se dá tanto pela coisa julgada formal, quanto pela coisa julgada material.

No que tange aos conceitos de coisa julgada formal e material, e à unidade do instituto que formam, realizaremos estudo mais pormenorizado adiante (4.3).

4.2 CONCEITO DE COISA JULGADA

A coisa julgada pode ser definida, em linhas gerais, como a qualidade especial que reveste a sentença transitada em julgado e que consiste na imutabilidade da própria sentença, enquanto ato jurídico processual, bem como do comando que compõe seu conteúdo, e de seus efeitos.

Esse conceito deriva em parte da concepção de Enrico Tullio Liebman acerca do instituto da coisa julgada, concepção essa que goza, nas palavras de Ada Pellegrini

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 436.

Grinover, em nota aos escritos do doutrinador italiano, de um “consenso generalizado” no meio doutrinário brasileiro.¹⁶⁸

O Mestre italiano, em brilhante escrito¹⁶⁹, criou teoria inovadora em que superou a noção tradicional romanística, que sustentava que a coisa julgada era um efeito da sentença, bem como a concepção equivalente da doutrina alemã¹⁷⁰, a qual prevalece naquele país até os dias atuais, em que se afirma que há identidade entre a coisa julgada e o efeito declaratório da sentença.

É imperioso destacar que, anteriormente ao surgimento das idéias tão largamente difundidas de Liebman, já havia sido feito progresso em terras italianas no que tange ao desenvolvimento da teoria da coisa julgada por dois outros grandes mestres italianos.

As mencionadas concepções, segundo Liebman, trazem em seu interior um erro de lógica, pois acabam por resultar em conclusões que impliquem na negação do caráter jurisdicional a parte da sentença, ou à sua contraposição com os possíveis efeitos da mesma.¹⁷¹

De fato, coube a Carnelutti fazer a distinção entre imperatividade e imutabilidade da sentença.¹⁷² Segundo o mestre, a sentença já tem força e está apta a produzir efeitos antes mesmo da incidência da coisa julgada.

Ademais, Chiovenda, dentre outras contribuições, ensaiou conceber um afastamento ou mesmo uma distinção entre a imutabilidade da sentença e os seus efeitos.¹⁷³ Todavia, o ilustre doutrinador acabou por não romper com a concepção italiana

¹⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 65.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. pp. 443 e ss.

¹⁷¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *op.cit.* p. 31

¹⁷² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I. pp 412 e ss.

¹⁷³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v. I. pp. 383, 414, 417.

dominante, cuja principal característica residia na identificação da coisa julgada com um efeito da sentença ou mesmo com a certeza produzida pela mesma.¹⁷⁴

Portanto, coube a Liebman a formulação de teoria que apresentasse a devida diferenciação entre a coisa julgada e os efeitos da sentença.

Conforme expõe em seu clássico ensaio sobre o tema, o mestre italiano considera que a coisa julgada, ou autoridade da coisa julgada, como a denomina, não é um efeito da sentença, mas sim um modo especial de se produzir os efeitos da sentença.

Para formar a sua teoria, Liebman delinea dois conceitos basilares, quais sejam, o de eficácia natural da sentença – comando eficaz genericamente e que emana naturalmente da sentença enquanto ato estatal – e autoridade da coisa julgada – a própria imutabilidade do comando emergente da sentença.

Desse modo, coube ao Mestre romper definitivamente com a antiga tradição, que afirmava que os efeitos da sentença somente iniciavam-se a ser produzidos após ou concomitantemente com a incidência da coisa julgada. Na realidade, a sentença, uma vez prolatada pelo magistrado, produz efeitos desde logo, independentemente de estar acobertada ou não pela autoridade da coisa julgada. Isso decorre diretamente de sua condição de ato estatal, e, portanto, da imperatividade proveniente dessa condição.

Independentemente da produção desses efeitos pela sentença, ela está sujeita, posteriormente, quando não mais passível de recursos por força da preclusão, à

¹⁷⁴ Afirma Liebman, acerca de seu mestre, que sua contribuição à doutrina da coisa julgada “consistiu principalmente em depurar o conceito e o fenômeno da coisa julgada e de conceitos e fenômenos afins, isto é, em separar o seu conteúdo propriamente jurídico de suas justificações político-sociais; em distinguir, daí, a autoridade da coisa julgada da simples preclusão, que é a impossibilidade de se tornar a discutir no decurso do processo uma questão já decidida; em distinguir, conseqüentemente, a autoridade da coisa julgada (substancial) do fato processual da irrecorribilidade de uma sentença ou de um despacho interlocutório (coisa julgada formal); em limitar, por isso, a autoridade da coisa julgada à decisão que decide o *mérito* da ação, para declará-la procedente ou improcedente; em subtrair, por fim, toda a atividade puramente lógica desenvolvida pelo juiz no processo, do campo de ação da coisa julgada, religando esta última ao ato de vontade ditado na sentença pelo órgão judiciário e acentuando energicamente a sua finalidade prática e o seu caráter publicístico. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Aditamentos ao § 1º, a, p. 6).

aquisição de qualidade que torna imutável o ato da sentença, e seus efeitos, a autoridade da coisa julgada.

Sobre o conceito de autoridade da coisa julgada, são as palavras do autor italiano:

Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.¹⁷⁵

Resta exatamente nessa definição da autoridade da coisa julgada, ao distinguir de forma direta e indiscutível a mesma dos efeitos da sentença, o brilhantismo até hoje reverenciado de seu trabalho. Após negar sua condição de efeito da sentença, ele termina por identificar a autoridade da coisa julgada com uma qualidade conferida à sentença e seus efeitos, consistente na sua imutabilidade.¹⁷⁶

Portanto, Liebman elevou a um novo patamar a separação entre imperatividade e imutabilidade da sentença feita por Carnelutti, e criou a clássica definição de coisa julgada, decretando a distinção entre os efeitos da sentença, e a autoridade da coisa julgada, especial qualidade consistente na imutabilidade da sentença e de seus efeitos, distinção essa que Chiovenda havia ensaiado fazer, mas não chegou a completar.

Pela exposição de tamanhos avanços na conceituação da coisa julgada, a tese de Enrico Tullio Liebman foi, como é, largamente aceita na doutrina brasileira.

¹⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 51.

¹⁷⁶ No aditamento ao § 3º, alínea “b”, Liebman explicita de forma clara e simplificada as bases de sua teoria, acabando por expor que a sentença tem forças vinculantes diversas, conforme o estado do processo em que está considerada. “Dei o nome de eficácia natural à da sentença ainda não passada em julgado [...] Ora, a sentença simplesmente eficaz, a já passada em julgado (não recorrível) e a nem mais sujeita à ação rescisória (art. 798 do Cód. de Proc. Civil brasileiro) apresentam graus diversos e crescentes de força vinculante. Todavia, o caráter excepcional da ação rescisória justifica sua natureza de ação autônoma e permite qualificar-se como passada em julgado (imutável) a sentença já não sujeita aos recursos. Eis por que a coisa julgada se apresenta como qualidade que a lei confere à sentença e à sua eficácia, a fim de conseguir mais plenamente o resultado em vista. Eis por que, também, na definição de GUILHERME ESTELITA, da finalidade do processo, se pode e se deve distinguir o efeito da sentença (fixação da relação jurídica litigiosa) da imutabilidade que, em determinado momento, a lei lhe confere (coisa julgada).” (*Ibid.* p. 59).

Entretanto, não obstante a menção de Ada Pellegrini ao chamado “consenso generalizado”, a doutrina de Liebman, tal qual ocorreu na Itália, não saiu incólume de crítica entre nós.

De fato, no trabalho de exposição de suas análises sobre as idéias do jurista italiano, José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio A. Baptista da Silva, além de tecer suas críticas às mesmas, acabaram por travar, entre si, através de uma série de ensaios publicados¹⁷⁷, um dos mais importantes embates doutrinários na formação do conceito de coisa julgada no Brasil.

José Carlos Barbosa Moreira corrobora a noção de que a coisa julgada não é um efeito da sentença, autônomo em relação aos demais que dela emanam. No entanto, não concorda com a concepção da autoridade da coisa julgada como especial qualidade que reveste os efeitos da sentença e consiste na imutabilidade dos mesmos e da própria sentença.

Para o jurista carioca, faltou à teoria de Liebman direcionar a característica da imutabilidade não para os efeitos da sentença, mas para o conteúdo do comando da sentença. “Ora, a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se essa verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao sêlo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença.”¹⁷⁸ Isso porque os efeitos da sentença poderão ser modificados ou extintos a qualquer momento, pela própria vontade das partes (sendo os direitos disponíveis), ou mesmo pela sua normal atuação (no caso da execução das sentenças condenatórias). Já um novo comando não poderá ser obtido, via sentença jurisdicional, por estar acobertado pela proteção da coisa julgada.

Desse modo, no pensamento de Barbosa Moreira, temos três conceitos distintos, quais sejam, trânsito em julgado, *res judicata* e *auctoritas rei iudicatae*. O trânsito em julgado consiste na passagem da sentença de mutável para imutável, pela sua

¹⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 416, 1984; *Idem*, Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 34, 1984; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, vol. 33, 1985; *Idem*, **Eficácias da sentença e coisa julgada**. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

¹⁷⁸ *Idem*. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 416, 1984. p. 12.

irrecorribilidade. A *res judicata* é a situação jurídica que se forma no momento em que se converte a sentença de mutável para imutável. Já a *auctoritas rei iudicatae*, por sua vez, é essa característica, a imutabilidade, que passa a revestir essa situação jurídica nova, inaugurada pelo trânsito em julgado.¹⁷⁹

De fato, a construção de Barbosa Moreira, ao distinguir claramente os três conceitos que, juntos, formam a teoria da coisa julgada, bem como sua definitiva desvinculação dos efeitos da sentença, representam, mais do que uma crítica, um passo adiante na evolução da doutrina iniciada por Liebman¹⁸⁰, que, em algumas passagens de sua obra clássica, ensaiou fazer essa desvinculação.¹⁸¹

Ovídio A. Baptista da Silva, por sua vez, acabou por construir sua teoria a partir das diversas críticas que teceu às construções de Liebman e, principalmente, de Barbosa Moreira.

Em suma, para Ovídio Baptista, a coisa julgada consistiria na imutabilidade tão e somente do elemento declaratório da sentença. Para ele, o “efeito ‘certificativo’, contido na declaração sentencial, indiscutivelmente perdura, como núcleo e essência da coisa julgada material”¹⁸².

Muito embora não confunda o efeito declaratório com a coisa julgada, a teoria do doutrinador gaúcho não deixa de representar um retorno às antigas convenções há muito criticadas e superadas por Liebman, razão pela qual não goza de maior aceitação.

¹⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 416, 1984. pp. 16 e 17.

¹⁸⁰ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 65, nota de rodapé n. 4 das Notas ao § 3º, de Ada Pellegrini Grinover e p. 36.

¹⁸¹ “Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade da comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op.cit.* p. 51). Nessa passagem Liebman se aproxima em muito do que diz Barbosa Moreira, para, somente ao final, falar sobre os efeitos da sentença mais uma vez: “Eis por que a coisa julgada se apresenta como qualidade que a lei confere à sentença e à sua eficácia, a fim de conseguir mais plenamente o resultado em vista.” (*Ibid.* Pág. 59). Liebman, então, prefere, corretamente, o vocábulo eficácia, ao contrário de efeitos.

¹⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, vol. 33, 1985. Pág. 60.

Uma vez expostos os pensamentos dos principais doutrinadores que tratam do tema, torna-se necessário abordar o tratamento legal conferido à coisa julgada. Isso porque, apesar de a coisa julgada ter sua previsão e delineamento na Constituição Federal de 1988 (em especial na regra do art. 5º, XXXVI da CF), o ordenamento jurídico infraconstitucional fez algumas tentativas de definir o instituto.

Segundo o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”. Essa disposição foi largamente criticada, pois confunde coisa julgada com sentença transitada em julgado.

O Código de Processo Civil, por sua vez, ao expor sua definição de coisa julgada, tentou ser fiel à doutrina de Liebman, conforme era a vontade do mentor de seu anteprojeto, Alfredo Buzaid.¹⁸³

Realmente, o art. 507 do anteprojeto do CPC expunha o seguinte: “Art. 507. Chama-se coisa julgada material a qualidade que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Entretanto, no procedimento de aprovação do Código, o mencionado dispositivo teve seu texto alterado, tendo sido transformado no atual art. 467 do citado diploma legal. Afirma o mesmo: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Assim, é possível constatar que houve não um repúdio, mas um desvio na acolhida da teoria de Liebman, qualificada por Ada Pellegrini Grinover como “algum recuo e certa imprecisão”¹⁸⁴.

¹⁸³ Na *Exposição de Motivos Do Código de Processo Civil*, afirma Buzaid que: “O projeto tentou solucionar esses problemas, perfilhando o conceito de coisa julgada elaborado por Liebman e seguido por vários autores nacionais.”

¹⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Págs. 9-10.

De toda forma, é possível afirmar que o sistema composto pelos demais dispositivos que regulam a coisa julgada no Código de Processo Civil reafirma as idéias de Liebman e a intenção de Buzaid. “Vale dizer, a literalidade do art. 467 é desautorizada por outras normas contidas no próprio Código.”¹⁸⁵.

4.3 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

Em vista do anteriormente exposto, resta certo e evidente que a coisa julgada consiste na imutabilidade da sentença. No entanto, é indispensável determinar em que termos se impede a rediscussão daquilo que foi decidido. Assim, teremos a distinção da coisa julgada em formal e material.

Destaca-se, oportunamente, que a distinção entre coisa julgada formal e material não apresenta verdadeira divisão da coisa julgada em dois institutos distintos, mas sim duas faces da mesma figura, que mantêm a unicidade de seu conceito e representam manifestações distintas do mesmo fenômeno.¹⁸⁶

Por coisa julgada formal entende-se a imutabilidade da sentença (ou acórdão) como ato jurídico processual¹⁸⁷. Ou seja, no interior do mesmo processo em que foi proferida, a sentença transitada em julgado não pode ser atacada por novos recursos, e, portanto, sofrer novo julgamento.

Uma vez que o advento da coisa julgada formal está subordinado, ainda que temporalmente, ao trânsito em julgado, e que este tem seu surgimento a partir de um fator preclusivo das vias recursais, tornou-se comum associar a coisa julgada formal a uma modalidade de preclusão.¹⁸⁸

¹⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

¹⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 49 e 55.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 55.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional do processo através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001. p. 608.

Ainda, como a coisa julgada formal traz em si a idéia de fim do processo e estabilidade, tem sido comumente denominada *preclusão máxima*. Nas palavras de Dinamarco:

A coisa julgada formal é ao mesmo tempo *resultado* da inadmissibilidade de qualquer recurso e *fator impeditivo* da substituição da sentença por outra. Diz-se que esta *passa em julgado*, no momento em que, por tornar-se irrecorrível, ingressa no mundo dos atos processuais intocáveis e já não pode ser substituída por eventual acórdão (art. 467). O fenômeno processual da irrecorribilidade, ou seja, da exclusão de todo e qualquer poder de provocar ou emitir nova decisão no processo, é a *preclusão* [...]. E, como essa preclusão tem sobre o processo como um todo o efeito mortal de consumir sua extinção, tradicionalmente a doutrina diz *praeclusio maxima* para designar a coisa julgada formal.¹⁸⁹

Entretanto, não se pode confundir coisa julgada formal e preclusão.

A preclusão é a perda da faculdade de se praticar um ato processual, seja por já tê-lo praticado (preclusão consumativa), seja pelo decurso do prazo concedido pela lei sem que o mesmo seja praticado (preclusão temporal), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretendia praticar (preclusão lógica).

A coisa julgada formal, por sua vez, é a qualidade especial que reveste a sentença transitada em julgado, e que consiste na imutabilidade da própria sentença, enquanto ato jurisdicional.

Portanto, não há que se confundir dois institutos que em muito divergem entre si, mas estão ligados por uma relação lógica de antecedente e conseqüente, como bem explicitado por Ada Pellegrini Grinover: indispensável a preclusão de todas as vias recursais para que se dê o trânsito em julgado. E, uma vez passada em julgado a sentença, forma-se a coisa julgada formal, tornando-a imune a outros julgamentos dentro do mesmo processo em que foi proferida.¹⁹⁰

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III. p. 298.

¹⁹⁰ Esse é o pensamento exposto nas Notas ao § 3º, alínea 6, in LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 68.

Coisa julgada material, por sua vez, é a coisa julgada por excelência. Dela emana a própria autoridade da coisa julgada, que consiste na imutabilidade do conteúdo e dos efeitos da sentença. De praxe, quando se trata da coisa julgada material isoladamente, comumente se utiliza somente o termo coisa julgada, como faremos no presente trabalho.

Assim, não se trata mais de indiscutibilidade da decisão na mesma relação jurídica processual em que foi proferida, mas na sua indiscutibilidade em relação a outros processos.

Ademais, trata-se, *in casu*, de imunização tanto do comando que consta da sentença, quanto de seus efeitos substanciais, isto é, da tutela jurisdicional concedida, ou do resultado prático atingido.

É indispensável salientar, mais uma vez, que não há verdadeira cisão no instituto da coisa julgada, e que os aspectos formal e material são apenas diferentes faces em que ele se manifesta.

Sobre a questão se manifesta Liebman em sua obra prima sobre a coisa julgada:

A unicidade do conceito impede, sem mais, que os seus dois aspectos se possam cindir e manter-se separados conforme o objeto da sentença. [...]. Verdade é que no primeiro caso [coisa julgada formal] tem a sentença efeito meramente interno no processo no qual foi prolatada, e perderá toda a importância com o término do mesmo processo; no segundo [coisa julgada material], porém, a sentença, decidindo sobre a relação deduzida em juízo, destina-se a projetar sua eficácia também e sobretudo fora do processo e sobreviver a este. Mas a diferença está toda no *comando* contido na sentença e nos seus efeitos, não na coisa julgada, que permanece a mesma.¹⁹¹

Desse modo, não há que se falar em relação de antecedente-conseqüente na formação da coisa julgada formal e material. Sua formação é concomitante, pois trata-se do mesmo fenômeno, e ocorre em conseqüência, aí sim, do trânsito em julgado da decisão.

¹⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 55-56.

Portanto, uma vez transitada em julgado a sentença, forma-se a coisa julgada e imuniza-se a sentença, que não poderá mais ser discutida no mesmo processo em que foi proferida, nem em outros processos.

4.4 PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS QUE PRODUZEM COISA JULGADA

Uma vez determinado em que consiste a coisa julgada, resta necessário expor em que âmbito ela incide. Iniciaremos, dessa forma, pelos atos que são ou podem ser acobertados pela coisa julgada.

Primeiramente, é possível extrair do exposto até o momento que a coisa julgada é fenômeno exclusivo dos atos jurisdicionais decisórios, mais especificamente, das sentenças.¹⁹²

No entanto, conforme explicitado, a coisa julgada se forma após o trânsito em julgado da sentença. Assim, não é qualquer sentença que está apta a fazer coisa julgada, mas tão e somente aquela sentença passada em julgado.

No que tange à questão de que espécies de sentenças estão aptas a produzir coisa julgada, é que reside a real importância na distinção da coisa julgada em suas duas facetas: coisa julgada formal e coisa julgada material. Isso porque, conforme seja a sentença definitiva ou terminativa, de forma diversa recairá a coisa julgada sobre a mesma.

Acerca da diferenciação entre coisa julgada formal e coisa julgada material, afirma Eduardo Talamini:

A diversidade reside no teor do comando: a coisa julgada formal consiste na imutabilidade de um comando que se limita a pôr fim ao processo; a coisa julgada material consiste na imutabilidade do

¹⁹² Destaca-se que o vocábulo sentença, *in casu*, é tomado em sentido amplo, abrangendo também os acórdãos proferidos por órgãos colegiados que possam, inclusive, vir a substituí-las.

comando que confere tutela a alguma das partes, isso é, que dispõe substancialmente sobre algo que vai além da relação processual.¹⁹³

Assim, percebe-se que a coisa julgada formal somente recai sobre o efeito (ou comando) da sentença de extinguir o processo. A coisa julgada material, por sua vez, imuniza os efeitos substanciais da sentença, que nada mais são que a tutela jurisdicional concedida.

Uma vez que o efeito extintivo do processo é inerente a todas as sentenças, é certo afirmar que *todas* as sentenças produzem coisa julgada formal.

Toda e qualquer sentença é apta a receber a coisa julgada formal, porque todas elas têm o efeito programado de extinguir o processo e, quando nenhum recurso tem cabimento ou o cabível não é interposto, o processo se extingue por força dela e nenhuma outra se proferirá naquele processo. O efeito processual extintivo é comum às sentenças terminativas e às de mérito, por expressa disposição legal e porque é essa uma função universalmente reconhecida às sentenças em geral (CPC, arts. 162, § 1º, 267 e 269).¹⁹⁴

No que tange à coisa julgada material, entretanto, não é possível afirmar que recaia sobre todos os tipos de sentenças. Para que sua imutabilidade alcance a decisão, deve a mesma contar com um grau de cognição suficiente a por fim na demanda deduzida em juízo.¹⁹⁵

Portanto, estão aptas a produzir coisa julgada material somente as sentenças definitivas (de mérito), ficando excluídas desse especial aspecto da imutabilidade as sentenças terminativas, que apenas põem termo ao processo, sem julgamento do mérito.

Não obstante haja disciplina legal (arts. 267 e 269 do CPC) no sentido de atribuir a imunidade da coisa julgada material apenas às sentenças definitivas, a regra é extraída da própria essência do instituto.

¹⁹³ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 132.

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III. p. 297.

¹⁹⁵ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A Defesa no Processo Civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 421.

Se a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, e somente as sentenças definitivas resolvem a lide, pacificando o conflito e produzindo efeitos extraprocessuais, decerto que somente essa espécie de sentenças poderá estar apta à imunização desses efeitos.

“Uma *sentença terminativa*, por não passar de decisão *sobre o processo*, exaure neste a sua eficácia e os efeitos que tem são com este sepultados, sem deixar marcas na vida das pessoas.”¹⁹⁶ Por essa razão, não há necessidade de que seja imunizada fora dos limites do mesmo processo em que foi produzida.

Em função de também não resolverem a lide, atuando exclusivamente no universo processual, do mesmo modo as sentenças cautelares não fazem coisa julgada material. Têm elas o caráter acessório de outra relação processual, tutelando uma situação em caráter provisório e viabilizando a eficácia da decisão que será provocada em outro processo, esse sim destinado a resolver um conflito de interesses.

Destaca-se que, por não haver lide a ser resolvida¹⁹⁷, também as sentenças proferidas nos casos de jurisdição voluntária não são acobertadas pela coisa julgada.

Quanto às sentenças definitivas proferidas no caso de relações continuativas, não é correto afirmar que ensejam menor rigidez da coisa julgada. No caso, a coisa julgada protege a decisão judicial enquanto e se as circunstâncias fáticas e jurídicas da causa permanecerem inalteradas. Modificada a situação fática, outra é a causa de pedir e, como decorrência lógica, outro é o pedido, e isso, então, autoriza nova decisão sobre o assunto, sem ofensa à coisa julgada.¹⁹⁸

¹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III. p. 306.

¹⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 153-154.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* pp. 311-312.

4.5 A COISA JULGADA MATERIAL EM SENTIDO POSITIVO E NEGATIVO

Outrossim, ressaltando mais uma vez a unidade do instituto da coisa julgada, cumpre destacar a manifestação da coisa julgada material em suas funções positiva e negativa.

A *coisa julgada em sentido negativo* nada mais é do que a proibição da repositura de demanda anteriormente deduzida em juízo e já solucionada por sentença definitiva acobertada pela coisa julgada material. Em outras palavras, é a vedação de qualquer órgão jurisdicional de reapreciar o mérito de objeto processual imunizado por coisa julgada material.

A *coisa julgada em sentido positivo*, por sua vez, seria a obrigatoriedade ou vinculação ao conteúdo da decisão sobre a qual recai a coisa julgada material imposta a qualquer órgão jurisdicional no julgamento de novo processo entre as partes, cujo resultado dependa da decisão proferida no processo anterior, e já imutável.

Esse conceito se assemelha ao conceito de eficácia natural da sentença de Liebman.¹⁹⁹ Entretanto, entre eles se pode extrair diferenças.

Em brilhante passagem, Talamini afirma que esse efeito de obrigatoriedade não emana exclusivamente da coisa julgada, mas também é expressão dos efeitos da sentença, que, enquanto ato jurisdicional, deve ser acatada. Contudo, decorre exatamente da coisa julgada essa vinculação a que está obrigado o magistrado no momento de proferir sua decisão. Sem a especial característica da coisa julgada, estaria o juiz livre para decidir como bem lhe aprouvesse.

Com efeito, daí se pode extrair que a chamada “eficácia positiva da coisa julgada” não é expressão exclusiva do fenômeno da coisa julgada. Expressa *também os efeitos* (declaratórios, constitutivos) da sentença. Mas certamente, sem a coisa julgada, a “eficácia positiva” não se poria como tal: o juiz do segundo processo não ficaria

¹⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 58-60.

vinculado à solução já dada pelo *decisum* da sentença anterior à questão que ora funciona como prejudicial. Enfim, ***é sempre a autoridade da coisa julgada que faz o juiz ficar vinculado ao conteúdo do comando anterior seja para negar novo julgamento, seja para decidir tomando aquele comando como premissa necessária. O mesmo e único fenômeno – a coisa julgada – apresenta esses dois aspectos, expressa-se dessas duas maneiras.***²⁰⁰ [grifo nosso]

Ademais, cumpre destacar que a coisa julgada material, além dos “efeitos” negativo e positivo, ora descritos, também gera “efeitos” como a possibilidade de utilização da ação rescisória, etc.

4.6 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Uma vez verificado sobre quais pronunciamentos pode recair a coisa julgada, e de que modo ela se manifesta, é necessário delinear, ainda, o objeto sobre o qual irá atuar a qualidade de imutabilidade que lhe é inerente.

A sentença é a resposta a uma pretensão que tenha sido levada à apreciação jurisdicional, que emite um comando, regulando a relação jurídica posta. Entretanto, o pronunciamento judicial propriamente dito (dispositivo) tem como premissa necessária um resumo do conteúdo do processo e suas ocorrências (relatório), bem como a demonstração das razões do convencimento do juiz (motivação). A sentença, portanto, pode ser decomposta em três partes principais.

A coisa julgada não atinge todas as partes componentes da sentença, ficando restrita somente a um de seus elementos, qual seja, o dispositivo. Essa é a dicção negativa do art. 469 e incisos do CPC.

No entanto, a regra pode ser deduzida do próprio conceito de coisa julgada. Isso porque é no dispositivo da sentença que o órgão jurisdicional pacifica a lide, se pronunciando definitivamente sobre o objeto do processo. Desse modo, é o comando emergente da sentença, contido na parte decisória, que deve ser

²⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 130-131.

imunizado, sob pena de insegurança da relação jurídica que carecia da proteção jurisdicional.

Portanto, a limitação objetiva da incidência da imutabilidade característica da coisa julgada ao dispositivo da sentença, não tem o caráter de fazê-lo apenas formalmente, i.é., somente será imunizado aquilo que está escrito no *decisum*. Antes de tudo, a imutabilidade atinge o comando constante do dispositivo, com o intuito último de imunizar os efeitos substanciais da sentença.

Importante salientar que, como afirma Bedaque, “são fenômenos diversos a autoridade da coisa julgada, restrita ao dispositivo, e sua aptidão para impedir novo julgamento sobre o mesmo objeto.”²⁰¹ Isso porque a impossibilidade de repositura da demanda somente se aplica em face das mesmas partes e com o mesmo fundamento. Assim, caso algum dos elementos da demanda seja alterado, a imunização não será óbice a que o pedido seja veiculado em outro processo.

Por fim, é necessário mencionar a eficácia preclusiva da coisa julgada (arts. 471, *caput*, e 474, CPC), pela qual são consideradas deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, ainda quando fossem capazes de, se deduzidas, levar o processo a desfecho diverso.

Como a própria expressão dá a entender, a lei tende a visualizar a coisa julgada como um fato preclusivo de faculdades processuais, quais sejam, renovações de questões que possam alterar ou neutralizar os efeitos da sentença por ela imunizada. Até mesmo as questões que poderiam ter sido conhecidas de ofício pelo magistrado, como a prescrição, ficam afastadas após o implemento da coisa julgada.

O efeito descrito somente se aplica nos estritos limites do processo em que se formou a coisa julgada. Caso a questão a ser alegada diga respeito a causa de pedir ou pedido diverso, não há óbice para que seja levantada *em outro processo*. De outro modo, teríamos violação ao direito de acesso à justiça previsto pelo art. 5º, XXXV, da CF/88, que será objeto de estudo posterior (Cap. 4).

²⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 245.

4.7 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Por fim, resta a delimitação de quais sujeitos a extensão da coisa julgada alcança, ou seja, se atinge somente as partes que participaram do processo, ou também terceiros alheios ao mesmo.

Nosso Código de Processo Civil adotou de maneira expressa (art. 472) a consagrada regra proveniente do direito romano de que somente aos participantes da relação jurídica processual haverá incidência da coisa julgada. Ficam os terceiros, portanto, excluídos do seu âmbito de incidência.

Essa regra do antigo direito romano ainda hoje é adotada, pois se encontra atual como muito bem expõe José Rogério Cruz e Tucci²⁰². Ora, as mesmas questões outrora enfrentadas ainda se põem em estudo, nos dias presentes. “[...] a harmonia das decisões judiciais e a posição dos terceiros em relação a uma sentença, proferida *inter alios*, constituem problemas que sempre foram objeto de grande preocupação na história da coisa julgada civil.”²⁰³

De todo modo, é possível encontrar fundamento para a regra da limitação da coisa julgada *inter alios* no ordenamento jurídico brasileiro atual. Essa regra fundamental encontra respaldo na mais singela idéia de justiça, porquanto não se afigura coerente que aquele que não tenha tido oportunidade de desenvolver qualquer atividade no processo possa ser atingido pela coisa julgada decorrente de decisão nele proferida. Entendimento contrário consistiria em evidente violação da garantia constitucional do devido processo legal.

Por outro lado, não podemos ignorar que, em relação a determinada coisa julgada, a grande maioria dos terceiros jamais serão afetados em sua esfera de direitos e obrigações. Serão eles terceiros absolutamente indiferentes, e compõem um número

²⁰² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 43 e ss.

²⁰³ *Ibid.* pp. 43-44.

infinito de pessoas, que nunca poderão se insurgir sobre a decisão imunizada, por lhes faltar interesse processual.²⁰⁴

No entanto, não obstante a regra legal expressa, em certos casos a sentença acaba por projetar efeitos sobre a esfera jurídica de terceiros²⁰⁵. Esses seriam terceiros juridicamente interessados²⁰⁶, que Liebman (por meio da análise da doutrina de Betti) distingue entre: a) sujeitos à exceção de coisa julgada, que devem obedecer-lha como se partes fossem, pois tiveram participação na relação decidida, seja mediata ou imediata; e b) não sujeitos à exceção de coisa julgada, os quais, enquanto titulares de relação incompatível com a decisão, podem desconhecer a coisa julgada formada entre as partes atuantes no processo²⁰⁷.

Estabelecido que, na prática, os terceiros são atingidos por efeitos da sentença, o preceito da coisa julgada proferida *inter alios* vale somente como regra geral, cabendo à doutrina delimitar em que condições esses efeitos se produzem nas esferas jurídicas dos terceiros. Em outras palavras, até que ponto os terceiros ficam obrigados a observar sentença proferida em processo de que não participaram.

Mais uma vez, a doutrina pátria recorreu à adoção da teoria de Liebman sobre a coisa julgada. O Mestre italiano expõe convicção expressa de que deve vigorar o princípio, segundo o qual a autoridade da coisa julgada vale somente para as partes, em especial no direito brasileiro, que considera carente de meios para defesa dos

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III. p. 318. Nessa questão, tomamos vênias para discordar do ilustre doutrinador, para quem falta ao terceiro absolutamente indiferente legitimidade *ad causam*. Considerando-se que a legitimidade *ad causam* é a pertinência subjetiva da ação, ou seja, é a correspondência entre a posição das partes na relação jurídica de direito processual e na relação jurídica de direito substancial deduzida em juízo, não se vê no caso uma pretensa ausência dessa legitimidade. O que há, uma vez que o terceiro não teve sua esfera jurídica atingida pela decisão acobertada pela coisa julgada, é a ausência de conflito de interesses, que caracteriza a lide. Dessa feita, se mostra ausente o interesse processual, na modalidade necessidade. O terceiro é carecedor de ação, mas não por ilegitimidade, mas sim por ausência de interesse processual.

²⁰⁵ “Daí por que Betti observa que, na seara do processo, idêntico fenômeno também é passível de ocorrer, ou seja, a sentença proferida em demanda *inter alios* poderá ter, para o terceiro estranho ao processo, uma relevância de natureza prejudicial pertinente à relação jurídica da qual seja ele titular.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 48)

²⁰⁶ A denominação “terceiro juridicamente interessado” foi adotada pelo Código de Processo Civil, em seu art. 487, II.

²⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Pág. 91.

interesses do terceiro (principalmente pela ausência de figura semelhante à oposição de terceiro existente no direito italiano)²⁰⁸.

Todavia, está na exposição acerca da extensão subjetiva da eficácia natural da sentença o ponto de maior importância para a questão ora em análise.

Afirma Liebman que a sentença, como ato do Estado, emite sua vontade, pelo que possui uma eficácia que impõe seja respeitada por todos, partes ou terceiros. Assim, a sentença produz efeitos também para os terceiros, mas somente se mostra imutável para as partes.²⁰⁹

Pela adoção que referida teoria teve na jurisprudência pátria, causando verdadeiro impacto sobre os terceiros, José Maria Tesheiner teceu importantes críticas ao seu alcance.

Afirma o jurista, em linhas gerais, que, em virtude do terceiro estar vinculado à sentença pela eficácia natural da mesma, ocorre verdadeira inversão do ônus da prova no caso de lesão a direito seu. Como exemplo utiliza reclamação trabalhista movida em conluio por A contra B a fim de obter sentença que, declarando a condição de empregado de B há 20 anos, o faz segurado do INSS, com os direitos correspondentes. Caso não houvesse aplicação da teoria liebmaniana, a sentença obtida não poderia ser oposta a terceiro, e B deveria propor demanda em face do INSS tendo o ônus de provar a condição de efetivo empregado de A pelo tempo declarado. No entanto, pela eficácia natural da sentença, o INSS deve respeitar a sentença proferida na reclamação trabalhista, cabendo-lhe o ônus de provar o conluio.²¹⁰

²⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 110-111, p. 117, notas de Ada Pellegrini Grinover ao § 5º.

²⁰⁹ “Consiste, pois, a conclusão deste trabalho na demonstração de que a sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estes, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença. Usando, de passagem, da terminologia do Código, poderá dizer-se que tem a sentença para as partes eficácia de presunção *iures et de iure*; para os terceiros, pelo contrário, de presunção *iuris tantum*.” (*Ibid.* p. 144) v. também pp. 130 e ss.

²¹⁰ TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 774, 2000. pp. 66-67.

Outrossim, afirma o doutrinador gaúcho que a teoria de Liebman extrapola o tom ideal quando estende o efeito da sentença a todos sem distinção, e considera medida suficiente para o equilíbrio da justiça das decisões a concessão da possibilidade de impugnar a sentença que afetou sua esfera jurídica.

A nosso ver, porém, Liebman vai além do desejado e do desejável, ao afirmar que a sentença tem uma eficácia, dita natural, que a todos atinge, ainda que com a ressalva de poderem, alguns, demonstrar a injustiça da decisão. Vai-se, por exemplo, além de um resultado socialmente desejável, quando desnecessariamente se estende os efeitos da sentença a terceiro, atribuindo-lhe o ônus de demonstrar a injustiça de sentença proferida em processo de que não participou.²¹¹

Parece-nos acertada a crítica analisada. O que é encarado por Liebman como proteção ao terceiro – pela não submissão à autoridade da coisa julgada – na garantia de impugnação da sentença e demonstração da injustiça sofrida, na verdade se mostra como um fardo: está se atribuindo ao terceiro o ônus de demonstrar a injustiça sofrida em processo de que não participou. Nesse ínterim, nenhuma providência cabe às partes do processo que originou a sentença em questão, que ocupam posição realmente privilegiada em relação ao terceiro caso venham a litigar em face do mesmo no que tange à injustiça da sentença.

Em muitos casos, tão difícil é, ao terceiro, demonstrar a injustiça da sentença alheia que, na prática, o que a ele se pretende estender não é a eficácia da sentença, mas a própria coisa julgada. Ora, como disse o próprio Liebman, “não pode certamente um fenômeno reconhecido como contrário à lei tornar-se legítimo por se lhe atribuir nome diverso, embora conduza aos mesmos resultados práticos”.²¹²

No entanto, não concordamos com a radicalidade de Tesheiner, para quem não há uma eficácia natural da sentença.²¹³ A teoria de Liebman tem bases concretas em que se fundar, especialmente no que tange às sentenças declaratórias. Assim, o casal que busca judicialmente o divórcio, tem a dissolução do casamento perante todos, e não *inter partes*. Se a força da sentença não se desse *erga omnes*, não

²¹¹ TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 774, 2000. p. 69.

²¹² *Ibid.* p. 93.

²¹³ *Ibid.* p. 92.

haveria razão de ser o processo. Da mesma forma, a declaração de nulidade, ou mesmo de existência ou inexistência de um ato, vigora perante terceiros.²¹⁴

Por tal motivo, a crítica de Tesheiner, feita em termos extremados, é por nós acatada em termos: não obstante a eficácia natural da sentença atribua ao terceiro um fardo, consubstanciado na impugnação da sentença proferida em processo do qual não participou, com o qual não concordamos, deve ter sua existência reconhecida, vez que possui bases concretas em que se fundar.

²¹⁴ Exemplo retirado de TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 97.

5 A IMUTABILIDADE DAS SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA

5.1 A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança sempre foi considerada pelo homem como algo valioso, podendo mesmo ser considerada, juntamente com a ordem, a previsibilidade e a certeza que a compõem, parte integrante da natureza humana.²¹⁵ Por tal motivo, a segurança jurídica também encontra raízes antigas na História, como na Roma antiga de Cícero, que associava direito e certeza, ou mesmo no pensamento medieval de São Tomás de Aquino, para quem o direito positivo deve ser estável, compreensível, e eficaz²¹⁶.

Na formação do moderno Estado de Direito, individualista e liberal, a segurança jurídica assume o papel de um valor formador do direito e da estruturação social. Isso porque, carece de sentido a formação de um Estado voltado para a criação e positivação de um determinado número de direitos individuais, se os cidadãos não gozam da devida segurança para fruir adequadamente esses direitos. Assim, a segurança jurídica emerge como o verdadeiro elemento constitutivo do Estado de Direito, conforme afirma José Joaquim Gomes Canotilho²¹⁷.

Nessa vertente, verifica-se que a segurança jurídica é um valor adjetivo à justiça, ou seja, não cabe se falar em justiça sem segurança. Do mesmo modo, a segurança torna-se um valor vazio se não houver justiça a ser garantida. Essas idéias são, portanto, indissociáveis, devendo atuar sempre em conjunto e de modo complementar para o perfeito funcionamento da sociedade e do Estado de Direito.

²¹⁵ “[...] a segurança é uma aspiração comum aos homens. O homem sempre viveu em busca da certeza das coisas e de garantia de proteção.” (GARCIA FILHO, Altamiro. Segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Goiânia, n. 2, 2001. p. 26.)

²¹⁶ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: RT, 2005. p. 266.

²¹⁷ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

Acerca da relação entre segurança jurídica e justiça, interessante destacar a posição defendida por Almiro do Couto e Silva, para quem o conflito entre os mencionados valores jurídicos somente existe se tomarmos a justiça como valor absoluto. Afirma o jurista:

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência história também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. **Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.** Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos.²¹⁸ [grifo nosso]

Desse modo, pela idéia exposta, os embates detectados entre os valores da segurança jurídica e da justiça seriam, na realidade, inexistentes, vez que a justiça estaria contida na segurança jurídica que preponderou na solução dada ao caso. Essa posição, entretanto, não leva em conta que os valores em questão somente vão preponderar um sobre o outro, dependendo do caso concreto em questão; nunca um vai conter o outro, como afirma o texto citado.

Com o objetivo de demonstrar o alcance da segurança jurídica, Souto Maior Borges afirma que a mesma pode ser analisada sob dois aspectos: numa visão ampla, enquanto valor maior, inspirador do ordenamento jurídico, e numa visão estrita, como valor constitutivo do ordenamento jurídico²¹⁹. Dessa forma, a segurança jurídica

[...] pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes, inspira as normas que, no âmbito do direito positivo, lhe atribuem efetividade.²²⁰

²¹⁸ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 84, out.-dez./1987. p. 47.

²¹⁹ BORGES, Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em www.direitopublico.com.br (Acesso em jan. 2007). p. 1.

²²⁰ Ibid. p. 1.

Portanto, não obstante a existência indispensável da segurança jurídica como um valor superior ao ordenamento jurídico, também é possível verificar sua manifestação como valor a ser extraído da própria ordem jurídica. Muito obstante sejam diversas as manifestações doutrinárias no sentido de considerar a segurança jurídica um valor, não parece haver consenso quanto ao que consistiria esse valor, bem como se seria o mesmo inspirador ou imanente do ordenamento jurídico.

Carlos Blanco de Moraes define a segurança jurídica como “*um valor-pressuposto e imanente* do conceito de direito.”²²¹[grifo nosso] Portanto, o jurista não faz menção de excluir uma das duas acepções da segurança jurídica mencionadas.

Cristina Wójcik Radkowska, por sua vez, defende ser a segurança jurídica um valor, mas de conteúdo variável. Nesse sentido, para a boa atuação da segurança jurídica, o legislador deve levar em conta as possibilidades de interpretação da regulação estabelecida, e é imprescindível que o aplicador tenha uma esfera de liberdade para sua decisão.²²²

Exprimem, ainda, opinião acerca da segurança jurídica se consubstanciar num valor Ricardo García Manrique²²³, que defende a idéia de que há uma crença no valor moral da segurança jurídica, e na técnica normativa que a assegura, v.g., clareza e irretroatividade das leis, certeza do direito, etc.; Rafael Ortiz-Ortiz²²⁴, que afirma derivar a segurança jurídica da necessidade da coexistência, e aparece na medida em que a coexistência nos protege; e Juan Vallet de Goytisoló²²⁵, que apresenta interessantes referências à seguranças na Escola da Exegese.

²²¹ MORAIS, Carlos Blanco de. Segurança jurídica e justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Coimbra, v. XLI, n. 2, 2000. p. 621.

²²² RADKOWSKA, Cristina Wójcik. Entre seguridad jurídica y justicia: los conceptos de contenido variable. **Estudios de Deusto – Revista de la Universidad de Deusto**. Bilbao, v. 49/2, jul.-dez./2001.

²²³ MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. **Cuadernos de Filosofía de Derecho**. Barcelona, v. 26, 2003.

²²⁴ ORTIZ-ORTIZ, Rafael. Introducción a una teoría de los valores jurídicos. **Revista de la Facultad de Ciências Jurídicas y Políticas**. Caracas, n. 101, 1996.

²²⁵ GOYTISOLO, Juan Vallet de. La seguridad de la norma jurídica. **Estudios de Deusto – Revista de la Universidad de Deusto**. Bilbao, v. 34/2, jul.-dez./1986.

Na doutrina pátria, Geraldo Ataliba defende que o “direito é por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança”.²²⁶

No entanto, há quem defenda que, para que haja a efetiva realização da segurança jurídica, é preciso objetivá-la²²⁷. Essa objetivação, todavia, não pode se dar de forma a tornar as providências objetivas instrumentais estáticas. Afirma Miguel Reale sobre o tema:

[...] a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.²²⁸

Assim, para Miguel Reale, a impossibilidade de inovação é fator gerador de insegurança.

A esse valor positivado (e ressaltamos que a positivação muitas vezes não é expressa) denominaremos “princípio da segurança jurídica”, tal qual o faz Canotilho (cf. próximo parágrafo), ainda que, conforme veremos adiante, ele tome, por vezes, posição de direito fundamental.

Todavia, desde já destacamos que a segurança jurídica é, antes de tudo, um valor, e, mesmo que se procure positivá-la (na realidade a positivação é de instrumentos assecuratórios de sua realização), ela não perde nunca a qualidade de valor, pois transcende o ordenamento jurídico. Quando se conclui que a segurança jurídica é imanente do direito, se está na verdade constatando que a mesma foi responsável pela formação do mesmo, e sua influência se encontra arraigada em todas as suas vertentes.

²²⁶ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985. pp 156-157.

²²⁷ CAMPOS, Hélio Silva Ourem. Segurança jurídica: valores e expressões objetivas. **Revista da ESMape**. Recife, v. 9, n. 20, tomo I, jul.-dez./2004.

²²⁸ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito** – situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio geral da segurança jurídica é composto por duas dimensões específicas: a segurança jurídica e a proteção da confiança. Segundo esse autor, a segurança jurídica está relacionada com os elementos objetivos da ordem jurídica, incluindo a garantia de estabilidade jurídica e a segurança de realização do direito. A proteção da confiança, por sua vez, tem relação com elementos subjetivos da ordem jurídica, em especial a previsibilidade dos indivíduos quanto aos efeitos jurídicos aplicáveis em sua esfera de direitos²²⁹.

É possível vislumbrar que a segurança jurídica está presente no ordenamento constitucional brasileiro sob tríplice manifestação: como valor, como princípio e como direito fundamental.

Em primeiro lugar, a segurança jurídica está presente como valor inspirador das regras formadoras do ordenamento jurídico, sendo transcendente ao mesmo. Essa acepção da segurança já foi abordada anteriormente.

Ademais, a segurança jurídica tem a função de princípio norteador do Estado democrático de direito brasileiro. Nesse âmbito ela tem previsão expressa no texto do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que afirma:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado **a assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. [grifo nosso]

Por fim, temos a segurança jurídica como direito fundamental prevista expressamente no caput do art. 5º da CF/88. Vejamos.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²²⁹ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

Desse modo, podemos dizer que a segurança jurídica é um princípio multifacetado, com atuação e influência em todo o direito.

A esse propósito, afirma José Joaquim Gomes Canotilho que as mais importantes manifestações do princípio da segurança jurídica são:

(1) relativamente a actos normativos - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos judiciais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.²³⁰

É importante ressaltar que, no presente trabalho, discorreremos acerca do alcance da segurança jurídica no que tange às decisões judiciais. Ora, é de extrema importância que a segurança se manifeste em toda a atividade jurisdicional. Entretanto, a maior atuação da segurança nesse âmbito se dá por meio da garantia constitucional da coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/88: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Verifica-se, assim, que a ordem constitucional propôs-se a tutelar a prestação jurisdicional definitivamente entregue, garantindo a estabilidade dos julgados, conferindo certeza ao titular do direito reconhecido pelo provimento jurisdicional.

Sendo assim, não só a coisa julgada se apresenta em nosso ordenamento jurídico como uma garantia individual, mas também representa um dos pilares de sustentação da segurança jurídica, além de constituir-se como um personagem indispensável ao desenvolvimento da Jurisdição.

Portanto, passaremos a analisar a relação da segurança jurídica e da coisa julgada, bem como da incidência da coisa julgada material nas sentenças de carência de ação como fator gerador de segurança jurídica.

²³⁰ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 257.

5.2 SEGURANÇA JURÍDICA, COISA JULGADA E REALIDADE SOCIAL

A sociedade é uma instituição complexa, permeada por uma diversidade de relações entre indivíduos que devem, de alguma forma, ser reguladas para que se evite a desordem total.

O direito tem a função precípua e indispensável de regular os diferentes interesses que os homens manifestam na vida comunitária, não sendo possível se negar a existência de uma íntima correlação entre a sociedade e o direito. Por essa razão, o direito pode ser considerado como uma forma de controle social.

Contudo, é necessário se admitir que, isoladamente, as normas reguladoras não resolvem os conflitos sociais, uma vez que, muitas vezes, os comandos normativos não são cumpridos voluntariamente. Além disso, acrescenta-se a esse fato que a indefinição de situações jurídicas entre pessoas é sempre motivo de insatisfação e acaba por gerar a instabilidade social²³¹, demonstrando a necessidade do direito objetivo encontrar uma forma efetiva de pacificação dos litígios que surgem entre os indivíduos.

No direito primitivo, concebia-se a justiça privada como forma de compelir o indivíduo à observância das normas jurídicas, e nesse contexto a execução dos direitos era efetivada pelo próprio interessado. Esse exercício do direito levava, naturalmente, a uma série de conseqüências indesejáveis, pois os conflitos eram resolvidos, não raras vezes, com parcialidade e excessos. Essa era a chamada autotutela, onde cada um defendia os seus interesses como pretendesse.

Com a evolução social, o homem buscou outras soluções como a autocomposição e juízo arbitral. A primeira fundava-se em concessões recíprocas entre as partes em litígio, as quais abriam mão de suas pretensões, ou de parte delas. Os juízos arbitrais podiam ser facultativos ou obrigatórios. Nos facultativos, as partes tinham autonomia para a escolha de um árbitro, que, então, teria competência para o

²³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 19-23.

juízo. ²³²

Posteriormente, os juízos arbitrais passaram a ser obrigatórios, aumentando a intervenção do Estado na pacificação dos conflitos, até que finalmente instalou-se a tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos. ²³³

Assim, o Estado passou a assumir a responsabilidade pela aplicação do direito e a manutenção da ordem social. A partir daí, surge o conceito da jurisdição e a possibilidade do indivíduo buscar a tutela jurisdicional sempre que se entendesse lesado em algum direito seu.

A jurisdição é o poder-dever que tem o Estado de prestar a tutela jurisdicional, em substituição às partes, fazendo atuar a vontade da lei.

O conceito clássico de jurisdição foi formulado por Giuseppe Chiovenda:

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de uma substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva. ²³⁴

Atualmente, a idéia de exclusividade absoluta do Estado na solução dos conflitos tem sido um pouco contestada pelo aparecimento de meios alternativos de pacificação social, como a utilização da arbitragem ou mesmo a conciliação extraprocessual. Essa observação deve ser feita, porém, como exceção à regra, que continua sendo o monopólio do controle jurisdicional pelo Estado.

²³² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1. p. 100.

²³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 24.

²³⁴ “[...] Dissemos, antes de tudo, que a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado. A soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a *legislativa*, a *governamental (ou administrativa)* e a *jurisdicional*. Todas três irradiam do Estado; em especial, emana exclusivamente do Estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para atuação da lei, como acontecia noutras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também.” (CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v.II. pp. 8-9.).

Assim, sempre que houver resistência de outrem a uma legítima pretensão, é viável buscar a proteção do Estado. E é a ação o meio através do qual se exercita o direito de pedir a tutela jurisdicional.

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe, pois, solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Mas a jurisdição é inerte e não pode ativar-se sem provocação, é de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante do caso concreto. Assim fazendo, o sujeito do interesse estará exercendo um direito (ou, segundo parte da doutrina, um poder), que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional. Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir este direito).²³⁵

A tutela jurisdicional é provocada pelo particular através do exercício do direito de ação e pode ser prestada através do provimento de conhecimento, cautelar e execução. Dessa forma, o Estado tomou para si a função de pacificar os conflitos surgidos no meio social.

Ademais, sabemos que o primeiro objetivo do Estado é a promoção do bem comum, que é um conceito indissociável da certeza nas relações jurídicas.²³⁶ Por isso, a coletividade precisa também daquilo que se convencionou chamar segurança jurídica.

No que toca aos provimentos jurisdicionais, é necessário que a certeza assegurada nos mesmos transpareça como algo garantido e intangível. Caso contrário, permitir-se-ia que os conflitos intersubjetivos fossem eternamente discutidos, com a possibilidade de uma lide perpétua e impeditiva de uma pacificação social por meio do Estado.

²³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 247.

²³⁶ "Intimamente vinculada à noção de bem comum, que é o principal objetivo do Estado Moderno, está aquela certeza nas relações jurídicas. Sendo o direito administrado pelo Estado, como meio de obter a paz social, e sabendo-se que a razão teleológica do Estado é a consecução do bem comum, tem-se que este só será obtido no momento em que as relações de direito entre os indivíduos estejam impregnadas de certeza, palavra aqui entendida em sentido filosófico, ou seja, a segurança de um conhecimento e, complementarmente, a garantia que um conhecimento oferece a verdade." (SOUSA, João Bosco Medeiros. Coisa julgada e certeza nas relações jurídicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 289, p. 441-443, jan./ar. 1985. p. 442.)

Consubstanciou-se, então, a necessidade de relações sociais estáveis, fundamentadas em decisões judiciais definitivas. Somente assim a sociedade teria a dita segurança jurídica, ou seja, a certeza de que os provimentos jurisdicionais são vinculantes e imutáveis pelo tempo, constituindo uma verdadeira garantia àqueles que tenham tido o direito subjetivo tutelado pelo Judiciário.

O instrumento processual utilizado para fins de garantir a segurança jurídica é a preclusão e, em seu grau máximo, a coisa julgada. É a *res judicata* o instituto que garante a imutabilidade das decisões judiciais, tornando os seus efeitos (declaratório, constitutivo, condenatório e mandamental) imunes a futuras alterações, de forma que não possam mais ser questionados ou discutidos no âmbito da mesma ou de outras relações processuais.²³⁷

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento.

[...]

Ou seja, de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente.²³⁸

A coisa julgada tem respaldo na sua função jurídica e política. Politicamente, a coisa julgada justifica-se enquanto mecanismo destinado a dar segurança às relações atingidas pela sentença e tornar seguros e eficazes os pronunciamentos jurisdicionais, de maneira a que se dê solução definitiva aos conflitos, restabelecendo assim a paz social. A imutabilidade das decisões judiciais tem por escopo reforçar a confiança pública nos julgamentos.

²³⁷ “A segurança jurídica que dela [da coisa julgada] se irradia garante ordem à organização e ao funcionamento do sistema jurídico; assegura, também, uma situação de clara e precisa cognoscibilidade aos direitos das partes e confere, ainda, estabilidade e previsibilidade ao direito invocado; em suma, traduz a meta final e definitiva da reivindicação dos cidadãos perante o poder jurisdicional do Estado, na defesa da processualidade e da decibilidade dos seus direitos subjetivos e objetivos.

[...]

Certamente, o princípio da segurança jurídica da coisa julgada qualifica a entrega dos serviços da prestação jurisdicional uma vez que torna possíveis e estáveis os valores jurídicos da coexistência social.” (PILATI, Adriana Fasolo. Segurança jurídica: significado constitucional da coisa julgada. **Justiça do direito**. Passo Fundo, v. 15, n. 15, 2001. p. 104.)

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais** (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). Revista Jurídica, São Paulo, nº. 317, Ano 52, mar. de 2004. pp. 16-17.

Em seu aspecto jurídico, é técnica que possibilita o fim do processo e impede a rediscussão sobre a matéria. Isso porque o Estado, para dizer em definitivo o direito, contenta-se, ao menos no que tange ao processo civil, com verdade formal. O julgador decide o litígio com base nos dados e elementos que se encontram nos autos, de modo que a sentença expressa uma verdade relativa.

Na realidade, a coisa julgada não é uma "ficção da verdade". Antes disso, simboliza a afirmação, pelo Estado, da vontade da lei no caso concreto, e é com a tutela jurisdicional definitiva que se determina esta vontade, ainda que não reflita a verdade real, legitima-se por representar a autoridade do Estado, que é exigida pela ordem pública.²³⁹

Essa é a lição de Chiovenda sobre a justificação da coisa julgada:

Os romanos a justificavam com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo. [...] Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminante na emancipação de um ato de vontade (a pronuntiatio iudicis) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só se pode divisar na exigência social da segurança no gozo dos bens.²⁴⁰

Outrossim, a coisa julgada tem *status* de garantia constitucional. Desse modo, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem, acima de tudo, o significado político institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles.

²³⁹ [...] Nestas condições, mesmo quando a sentença não seja a expressão da verdade objetiva, constitui de qualquer modo a expressão da verdade subjetiva, com a qual se contenta o Estado. Transitada em julgado, não há possibilidade de erro do ponto de vista jurídico: a coisa julgada é sempre conforme o direito, é sempre a expressão da autoridade do Estado." (REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1960, v. III. p. 51.).

²⁴⁰ CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v. I. p. 447.

Dito isso sobre o papel da coisa julgada na conjuntura jurídica e social, é admissível se afirmar que a *res judicata* ainda é a solução mais eficiente que já foi encontrada pelo direito para garantir a segurança jurídica, tanto é que a própria ordem constitucional conferiu-lhe legitimidade, elevando-a a garantia imodificável.²⁴¹

No entanto, é necessário salientar que a coisa julgada, muito embora não seja esse o propósito do presente trabalho, pode comportar abrandamento no seu caráter absoluto.

Isso porque uma sentença pode não necessariamente refletir a realidade fática. As decisões judiciais são proferidas com base nos elementos constantes dos autos e no exercício racional do julgador, donde se passou a afirmar que os julgamentos correspondem à afirmação do Estado por meio da vontade da lei. Assim por exemplo, a deficiente produção de provas, o erro lógico do juiz ou mesmo as limitações do processo podem levar a julgamentos equivocados.

O mestre italiano Piero Calamandrei já vislumbrava a contradição do sistema da preclusão:

Também aqui se encontram em jogo duas exigências opostas: de uma parte, está o interesse em alcançar a verdade, que aconselha a deixar, até o momento da decisão definitiva, a porta aberta a todas as deduções mesmo tardias, porque estas podem proporcionar ao juiz novos elementos de convicção, que favoreçam aos fins da justiça; de outra parte, está o interesse na rapidez e na boa fé processual, que exige que as partes não prolonguem o processo com um gotejar bem dosado de deduções guardadas em reserva, e quer que as mesmas, desde o início, esvaziem o saco de suas razões, sem preparar os expedientes para surpresas de última hora. Num sistema processual que satisfaça plenamente a primeira exigência, corre-se o risco, por amor à verdade, de deixar livre o campo à tática dilatória. Enquanto que se satisfaz plenamente à segunda exigência, corre-se o risco, por amor à rapidez, de sacrificar a justiça.²⁴²

A coisa julgada torna os efeitos da sentença definitivos e inquestionáveis, que devem, em tese, ser mantidos a despeito da correção do julgado e de sua

²⁴¹ “A maior garantia do Estado democrático de direito reside no instituto da coisa julgada, que se reserva, tão-somente, ao Judiciário, para segurança jurídica de todos, no exercício da cidadania.” (PRUDENTE, Antônio Souza. Poder Judiciário e segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.29, n.115, jul.-set./1992. p. 579.)

²⁴² CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. I. p. 309.

repercussão social, tudo em prol do valor da segurança jurídica.²⁴³

Mas isso pode gerar na realidade social uma série de problemas. Exemplos emblemáticos vêm ocorrendo em relação às ações de investigação de paternidade com trânsito em julgado, depois da descoberta e utilização do exame de DNA. Temos nesses casos uma situação em que se confrontam de um lado a definitividade coisa julgada, e de outro, a certeza da injustiça do provimento jurisdicional.

Do mesmo modo, é sempre possível se questionar a rigidez da coisa julgada em face de julgamentos que se confrontam com os princípios da razoabilidade e até mesmo da moralidade pública.

Inclusive, é necessário que isso aconteça, porque a segurança jurídica não é o único valor que a coletividade impõe. Existem outros, como por exemplo a moralidade, a justiça e a confiança na inteireza das decisões judiciais que também funcionam como diretrizes consideradas obrigatórias pela sociedade e pela norma constitucional.

Até mesmo a celeridade, que é o outro valor que se visa a garantir, juntamente com a imutabilidade das decisões, deve ser tomada com reservas. A rapidez na prestação jurisdicional encontra o seu contraponto na produção de resultados pela atuação do Estado com a devida ponderação.

Sob o prisma sociológico, a obediência a uma norma jurídica depende do quanto seja ela adequada à realidade social e aos seus valores positivos: será eficaz a norma que corresponder ao querer coletivo da sociedade que visa regular. Sem isso,

²⁴³ "O raciocínio sobre os fatos é obra da inteligência do juiz, necessária como meio de preparar a formulação da vontade da lei. Por vezes, como verificamos (nas provas legais), o juiz não pode sequer raciocinar sobre os fatos. O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingindo o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base da sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei." (CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v.I. p. 449).

a norma reveste-se meramente de eficácia jurídica, mas não social, porquanto inadequada à realidade fática.

É inquestionável que a previsão da coisa julgada, na qualidade de norma jurídica, possui eficácia. Não se pretende, com as colocações supramencionadas, dizer que o preceito legal que a estabelece não é observado ou que não deve sê-lo. Contrariamente, pode-se com segurança afirmá-la como norma jurídica dotada de aplicabilidade e eficácia.

O preceito da coisa julgada terá eficácia conquanto seja coincidente com os demais princípios adotados pela carta constitucional. No momento em que a eles se contraponha, resta a dúvida sobre o quão rigidamente deve ser aplicado pelos órgãos jurisdicionais.

A idéia não é desdizer a Constituição Federal e sobrepujar a coisa julgada. É antes encontrar a proporção certa de sua aplicação para que seja plenamente eficaz.

Feitas as necessárias considerações acerca da questão posta, indispensável investigar se a incidência da coisa julgada material nas sentenças de carência de ação é fator gerador de segurança jurídica.

5.4 A IMUTABILIDADE DAS SENTENÇAS DE CARÊNCIA DE AÇÃO COMO FATOR GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme tivemos oportunidade de expor, a coisa julgada material imuniza os efeitos substanciais da sentença, impedindo a repositura da demanda, e viabilizando a revisão do julgado por meio de ação rescisória (quando cabível).

As sentenças declaratórias de carência, como vastamente analisado no presente trabalho, têm eficácia material extraprocessual. As sentenças de carência por ilegitimidade de parte, e por ausência de interesse processual apresentam solução

parcial da lide, enquanto a impossibilidade jurídica da demanda implica na definição completa do litígio no início do processo.

Portanto, evidente é a produção de efeitos materiais pela decisão de carência, que não pode ser ignorada. Ainda que a solução da lide não seja total, vez que a procedência do pedido não foi objeto de análise, não se pode negar que a demanda efetivamente deduzida em juízo (e não a chamada lide possível) teve um resultado que deve tornar-se definitivo. Se a solução da lide é total, no caso de impossibilidade jurídica, a sua imutabilidade é inquestionável.

Não há, dessa forma, dúvidas acerca da incidência da autoridade da coisa julgada material sobre a sentença de carência de ação. Isso implica na vedação à repositura da demanda já definitivamente decidida, que somente poderá ser atacada pela via da ação rescisória.

Lembramos que a imutabilidade da sentença de carência de ação implica numa interpretação restritiva do art. 268 do CPC. Isso porque esse dispositivo legal prevê a possibilidade de repositura da demanda sem restrições. Uma vez que o artigo de lei é aplicável a todas as hipóteses de extinção previstas no art. 273 do CPC, não levando em conta as particularidades de cada caso previsto, entendemos que o legislador deixou aberto caminho para a aplicação da técnica hermenêutica mais adequada para cada situação.

No caso das sentenças de carência, a repositura somente poderá ser permitida caso sejam alterados, ou corrigidos, os aspectos já definitivamente julgados. Essa interpretação não vai de encontro à imutabilidade provocada pela coisa julgada material, uma vez que, realizadas as alterações, se estará na realidade propondo uma nova demanda.

Destacamos, mais uma vez, que, se o objetivo da técnica das condições da ação é a economia processual, evitando o prolongamento e a proliferação de demandas inúteis, a repositura através da repetição do processo já julgado é medida totalmente contrária ao fim do instituto.

Ademais, impende salientar que a sentença de carência contém juízo de valor sobre a relação material deduzida em juízo, que somente não se aprofundou, pois não houve necessidade para a solução do processo. Em outras palavras, a cognição realizada, embora superficial, foi suficiente para revelar que a tutela jurisdicional pedida não poderia ser entregue pelo Estado-juiz.

Por tais motivos, a imutabilidade do julgado se faz medida indispensável para a restauração do equilíbrio nas relações jurídicas na sociedade. Caso não houvesse a incidência da coisa julgada, a situação substancial já decidida poderia ser reproposta infinitas vezes pela parte que não foi contemplada com a tutela que almejada, perturbando seu oponente processual e a paz social, e correndo o risco de encontrar um magistrado que não perceba o não cabimento de plano de sua pretensão e acabe por lhe conferir a tutela jurisdicional.

Portanto, a imutabilidade das sentenças de carência é fator que assegura a certeza, a estabilidade e a previsibilidade dessas decisões e do direito nelas veiculado, e, desse modo, garante a segurança jurídica.

Não há que se duvidar, assim, que a incidência de coisa julgada material é fator garantidor de segurança jurídica.

5.5 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO TEMA

A posição externada no presente trabalho, acerca da incidência da coisa julgada material nas sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito por carência de ação, vem sendo adotada, ainda que não de forma majoritária, no Superior Tribunal de Justiça.

As principais manifestações da imutabilidade das sentenças de carência de ação encontradas nos julgados do STJ acerca do tema são a vedação à repositura automática da causa, e a permissão à utilização da ação rescisória para desconstituição do julgado.

Em virtude da importância com que se coloca o tema, passaremos a analisar alguns dos principais julgados que trataram do assunto.

No REsp nº 45.935-4/SP, relatado pelo Ministro Nilson Naves, julgado em 04.10.1994, ficou decidido que não é lícito que o autor intente de novo a ação, quando houve ausência de interesse processual. Em voto sucinto, afirmou o Excelentíssimo Min. Relator, ainda, que a extinção da ação por ser idêntica àquela em que ficou declarada a carência não ofende o art. 268 do CPC. A tese do Relator foi acatada por unanimidade.

Entendemos que, na decisão em análise, houve verdadeira incidência da coisa julgada material sobre a decisão de carência, não obstante o acórdão não se utilize do termo. Ademais, a interpretação realizada do art. 268 do CPC foi restritiva, pois não foi admitida a repositura pura e simples da demanda, i.é, sua mera repetição.

O REsp nº 103.584- SP, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e julgado em 05.06.2001, por sua vez, traz em sua ementa menção expressa à coisa julgada, afirmando que, se o autor se limita a re-propor ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada. Se apóia no art. 471 do CPC, segundo o qual nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas.

A vedação da repositura da demanda também foi veiculada no **REsp 191934/SP**, relatado pelo Ministro Barros Monteiro e julgado em 21.09.2000. A ementa desse julgado, cuja íntegra do acórdão, infelizmente, não está disponível no *site* do STJ, afirma que é inadmissível a repositura automática da ação, com reprodução integral da demanda anterior, ainda que esse último processo tenha sido declarado extinto sem julgamento do mérito, por ausência de interesse processual.

É possível verificar, desse modo, que o Superior Tribunal de Justiça vem considerando sistematicamente as sentenças de carência de ação imutáveis, uma vez que veda sua repositura automática. Lembramos, oportunamente, que o ajuizamento da demanda com a reparação do vício apontado na decisão imutável implica na propositura de nova demanda, pois terá, então, ocorrido alteração de algum dos elementos da demanda (partes, causa de pedir ou pedido).

No REsp nº 216.478/SP, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha e julgado em 19.04.2005, Se o órgão julgador, ao examinar as condições da ação, aprofundasse na análise do direito material, incursiona no mérito da questão, possibilitando, assim, o reexame do respectivo julgado em sede de ação rescisória.

Afirma o Excelentíssimo Min. Relator em seu voto:

Diante disso, não resta dúvida de que foram tratados temas ínsitos ao mérito da controvérsia, ainda que a conclusão do julgado tenha sido pela ausência de legitimidade do autor para a propositura da ação repetitória, o que, a meu ver, legitima a prolação da sentença de improcedência. Com efeito, entendo que o acórdão impugnado, ao concluir que, na sentença prolatada, não houve julgamento de mérito e, por isso, não é ela passível de revisão em sede ação rescisória, conferiu interpretação equivocada ao preceito inscrito no art. 267, VI, do CPC ("*Art. 267 - Extingue-se o processo sem julgamento de mérito; VI - quando não ocorrer qualquer das condições da ação como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse recursal.*"). No caso, como já dito, a motivação consignada na sentença adentrou na análise do direito material aplicável, incursionando, por conseguinte, no exame do mérito do litígio. Cabível, portanto, o reexame do julgado na via da ação rescisória.

Muito embora entenda o acórdão que a tênue linha que separa as condições da ação do mérito foi ultrapassada, pois teria havido cognição profunda no caso analisado, não deixa a decisão de conferir coisa julgada material à sentença de carência, permitindo que sua imutabilidade fosse atacada tão e somente por ação rescisória.

Pelo exposto, é possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando posicionamento que se coaduna com as idéias defendidas no presente trabalho.

Passaremos, portanto, às proposições conclusivas acerca dos temas que foram discutidos ao longo da narrativa.

6 CONCLUSÃO

A ação é plena e suficientemente prevista na Constituição Federal, e seu conteúdo consiste no direito a um processo justo, ou seja, conduzido de acordo com o devido processo constitucional.

Não subsiste a diferença entre um direito de ação constitucional, e um direito de ação processual. Qualquer previsão infraconstitucional acerca do instituto deve estar de acordo com a configuração que lhe deu a CF/88, sendo que as regras acerca do tema inseridas no Código de Processo Civil devem ser entendidas como mera técnica processual, destinadas a dar melhor alcance ao direito de ação.

A análise das condições da ação deve se dar *in statu assertionis*, na petição inicial. Ultrapassado esse momento processual, teremos análise do mérito.

Sentença de mérito é aquela que acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor.

As condições da ação não são categoria estranha ao mérito. Por outro lado, também não é possível afirmar que elas integram o mérito, generalizadamente. A análise de cada uma das condições da ação se relaciona com a relação jurídica de direito material de uma forma particularizada, o que pode sim gerar uma decisão total de mérito, ou uma decisão que o resolva apenas parcialmente.

A impossibilidade jurídica do pedido é uma improcedência *prima facie*. Não há diferença ontológica entre a sentença que declara sua carência e a sentença de mérito (improcedência).

Na declaração de carência por ilegitimidade não ocorre exame integral do litígio, pois não há necessidade do mesmo para que se verifique que o autor não é titular do direito que procurava ver tutelado. Entretanto, apesar de não haver uma resposta de mérito (ao pedido formulado), há uma conclusão acerca daquela demanda deduzida em juízo.

A análise do interesse processual sob o ângulo da adequação é desvinculada de elementos da relação de direito substancial. Ele deve ser desconsiderado caso não seja identificado oportunamente e se o julgamento de mérito se mostre possível.

Sob o ângulo da necessidade, o interesse deverá ser analisado conforme o tipo de tutela jurisdicional requerido. Nas demandas condenatórias e constitutivas, ele nada mais é do que um aspecto do direito material deduzido em juízo.

Nas demandas declaratórias, entretanto, o interesse de agir é constituído por fatos estranhos à relação material que se almeja seja objeto de declaração. Seu exame pode depender de atividade instrutória. Caso essa atividade demonstre a existência (ou inexistência) do direito, deve ser superada a carência e proferida sentença de mérito, acolhendo o pedido de tutela declaratória.

Devemos encarar as condições da ação como mera técnica processual, como um filtro no limiar do processo para que demandas inúteis não prolonguem o curso procedimental.

Sendo a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, não obstante o que a lei processual civil preceitua, a sentença declaratória de carência de ação é apta a produzi-la.

É necessário fazer uma interpretação restritiva do art. 268 do CPC. Assim, no caso das sentenças de carência, a repositura somente poderá ser permitida caso sejam alterados, ou corrigidos, os aspectos já definitivamente julgados. Realizadas as alterações, se estará na realidade propondo uma nova demanda.

A coisa julgada se consubstancia numa garantia constitucional, e não num instituto processual.

A *res judicata* ainda é a solução mais eficiente que já foi encontrada pelo direito para garantir a segurança jurídica.

A segurança jurídica é um valor transcendente ao ordenamento jurídico. Quando se conclui que a segurança jurídica é imanente do direito, se está na verdade constatando que a mesma foi responsável pela formação do mesmo, e sua influência se encontra arraigada em todas as suas vertentes.

A segurança jurídica está presente no ordenamento constitucional brasileiro sob tríplice manifestação: como valor, como princípio e como direito fundamental.

A imutabilidade das sentenças de carência é fator que assegura a certeza, a estabilidade e a previsibilidade dessas decisões e do direito nelas veiculado, e, desse modo, garante a segurança jurídica.

O posicionamento que garante a incidência de coisa julgada material nas sentenças de carência de ação vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, o que corrobora a robustez das idéias defendidas no trabalho.

7 REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Tratado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 1990. v. 1.

ASSIS, Arakén de. Sobre o Método em Processo Civil. In: **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Substituição Processual. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 9, dez./2003.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação declaratória e interesse. **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 416, 1984.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 34, 1984.

_____. Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. **Direito Aplicado II** (Pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação. **Justitia**, São Paulo, v. 53 (156), out./dez., 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição**. Garantia Constitucional. São Paulo: Método, 2004.

BORGES, Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em www.direitopublico.com.br (Acesso em jan. 2007).

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. I.

CAMPOS, Hélio Silva Ourem. Segurança jurídica: valores e expressões objetivas. **Revista da ESMape**. Recife, v. 9, n. 20, tomo I, jul.-dez./2004.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação no sistema dos direitos**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v.I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v.II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Note Riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della Domanda Giudiziale. **Rivista di Diritto Processuale**, Anno XLVIII [seconda serie],n. 2. Milão: CEDAM, 1993.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Causa Petendi no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Limites Subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

_____. Um réquiem às condições da ação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 65/82, jul./set., 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, abr./jun. de 1984.

_____. **Execução Civil**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Formação do moderno processo civil brasileiro. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 1986.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. II.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. III.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, abr.-jun./1990.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 1999.

GARCIA FILHO, Altamiro. Segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Goiânia, n. 2, 2001.

GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Condições da ação penal** – uma tentativa de revisão. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 451, mai. de 1973.

KLIPPEL, Rodrigo. **As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção**. São Paulo: Scortecci, 2005.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giufrè, 1955, v I.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. I.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Estudos sobre o Processual Civil Brasileiro**, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LIMA, Alcides de Mendonça. O processo como garantia das instituições sociais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 898-900, p. 15-21, abr./jun. 1978.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 3. ed. São Paulo: RT, 1991.

MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. **Cuadernos de Filosofía de Derecho**. Barcelona, v. 26, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento através do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). **Revista Jurídica**, São Paulo, nº. 317, Ano 52, mar. de 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MORAIS, Carlos Blanco de. Segurança jurídica e justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Coimbra, v. XLI, n. 2, 2000.

MORELLO, Augusto M. **El proceso justo**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, v.64, 1991.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

ORTIZ-ORTIZ, Rafael. Introducción a uma teoria de los valores jurídicos. **Revista de la Facultad de Ciências Jurídicas y Políticas**. Caracas, n. 101, 1996.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Bahia: Imprensa Oficial, 1960.

PÉREZ LUÑO, Gregorio. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1996.

PILATI, Adriana Fasolo. Segurança jurídica: significado constitucional da coisa julgada. **Justiça do direito**. Passo Fundo, v. 15, n. 15, 2001.

PRUDENTE, Antônio Souza. Poder Judiciário e segurança jurídica. **Revista de Informacao Legislativa**. Brasília, v.29, n.115, jul.-set./1992.

RADKOWSKA, Cristina Wójcik. Entre seguridad jurídica y justicia: los conceptos de contenido variable. **Estudios de Deusto – Revista de la Universidad de Deusto**. Bilbao, v. 49/2, jul.-dez./2001.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito** – situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1954, v.I.

_____. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Edição Saraiva, 1960, v. III.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Condições da ação no processo de conhecimento. **Revista Jurídica**, Espírito Santo, nº 02, ano II, out. 2000.

_____. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Justiça: Promessa e Realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.

SCHWAB, Karl Heinz. **El Objeto Litigioso en el Proceso Civil**. Trad. de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Porua, 1973.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 84, out.-dez./1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, vol. 33, 1985.

_____. **Eficácias da sentença e coisa julgada**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A Defesa no Processo Civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SOUSA, João Bosco Medeiros. Coisa julgada e certeza nas relações jurídicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 289, p. 441-443, jan./fev. 1985.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 774, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação civil pública – Operação bancária de caderneta de poupança – Inaplicabilidade de ação civil pública – Inocorrência de relação de consumo – Direitos individuais homogêneos – Carência de ação e coisa julgada. **Revista Forense**, São Paulo, v. 339, jul.-ago.-set./1997.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: RT, 2005.

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Buenos Aires: EJE, 1977.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.