

Teoria Geral do Processo
AULA 07 – Ação

Primeira parte: exposição do conteúdo (em sala de aula)

LEGISLAÇÃO: ARTIGOS 17 A 20, NCPC

DOCTRINA: SÉRGIO PINTO MARTINS

1. Conceito:

- Jurisdição, ação e processo (a ação é o direito de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional. Tal prestação se faz por meio de um instrumento adequado, qual seja, o processo. Já se estudou a função jurisdicional do Estado; agora, necessário o estudo do direito da pessoa pedir ao Estado que resolva um seu conflito de interesses. A ação é, portanto, autônoma do direito material, como concluem os processualistas modernos).

2. Teorias da ação:

a) Teoria imanentista (também chamada clássica ou civilista, em se tratando da ação civil. Segundo o jurista romano Celso, a ação é o direito de pedir em juízo o que nos é devido. A ação é o próprio direito material reagindo a uma violação. Não se distingue dele, portanto. Conclusões: não há ação sem direito, não há direito sem ação e a ação segue a natureza do direito. É a teoria adotada por Savigny);

**Imanente significa algo inseparavelmente contido);*

- Crítica (como ficam as ações infundadas e as ações meramente declaratórias? Verifica-se que muitas ações são julgadas improcedentes porque infundada é a pretensão do autor. Mas, apesar da inexistência do direito material, houve manifestação do direito de ação. Também há que se falar em exercício do direito de ação nas ações meramente declaratórias, em que a pretensão do autor é justamente a declaração de inexistência de um direito);

- Polêmica Windscheid-Muther (discussão surgida na Alemanha, entre dois romanistas do século passado, acerca da natureza autônoma do direito de ação. Muther distinguia, perfeitamente, direito lesado de ação, no que acabou sendo seguido por Windscheid. Concluiu-se, portanto, pela autonomia do direito de ação. Restava, apenas, saber se, além de autônomo, o direito de ação é concreto ou abstrato);

b) Ação como direito autônomo e concreto (teoria defendida por Wach, na Alemanha. A ação é direito autônomo do direito material, dirigida contra o Estado e contra o adversário. Ocorre que é um direito concreto, que somente é exercido quando se obtém sentença favorável);

- Crítica (basta que se pense nas ações julgadas improcedentes. Se a ação fosse mesmo concreta, como explicar os atos praticados até a sentença? Forçoso é concluir que há direito de ação exercido, ainda que a sentença seja desfavorável ao autor da pretensão, vez que o direito de ação é abstrato, e não concreto);

c) Ação como direito autônomo e abstrato (também surgiu na Alemanha, com Degenkolb, por volta de 1877. Segundo tal teoria, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado. Não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito material. O autor pode, pela ação, invocar interesse seu protegido em abstrato pelo direito. Essa a teoria aceita atualmente);

“Lembraí-vos de que a educação é questão de coração, do qual somente Deus pode dar-vos as chaves” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero Toledo

- Doutrina de Liebman (Liebman foi processualista italiano que viveu anos no Brasil, tendo se dedicado ao desenvolvimento do Processo Civil em nosso país. Este autor define a ação como direito/poder subjetivo instrumental. Além disso, entende que o juiz somente exerce a função jurisdicional quando prolata sentença de mérito, seja ela favorável ou desfavorável ao autor da demanda. Tal teoria coloca como itens principais da matéria as condições da ação – interesse de agir e legitimidade *ad causam* – verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material);
- Natureza jurídica da ação (a ação é uma situação jurídica – direito/dever – de que desfruta o autor perante o Estado. A ação, além disso, tem inegável natureza constitucional – artigo 5º, XXXV, CF. A garantia da ação tem como objeto aquilo que se entende por devido processo legal. Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, quer seja favorável ou desfavorável, justo ou injusto. É, ainda, direito de natureza abstrata, autônoma e instrumental, vez que está a serviço do direito material embora com ele não se confunda);
- Ação penal (tudo o que se estudou acerca da ação se aplica tanto ao processo civil quanto ao processo penal. Na medida em que o criminoso descumpra o comando contido na norma penal, surge para o Estado o chamado *ius puniendi* em relação ao agente. Tal pretensão punitiva, todavia, só pode ser atendida precedida de regular instrução e com observância do devido processo legal. O processo penal é sempre necessário, ainda que o criminoso concordasse com a punição a ele imposta. No processo penal, então, o Estado exerce o direito de ação, na maioria das vezes, por meio do Ministério Público).

3. Condições da ação:

- Conceito (mesmo sendo genérico e abstrato, pode o direito de ação ser submetido a condições. São elas: interesse de agir e legitimidade *ad causam* – artigo 17, NCPC. São condições para que se possa legitimamente exigir o provimento jurisdicional, que terá sido exercido mesmo que o juiz conclua pela carência da ação, ou falta de uma das condições. Há quem diga que as condições da ação são condições de existência da própria ação; outros sustentam que elas são condições para seu exercício. Estão presentes tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal. Todavia, no Processo Penal são exigidas certas condições específicas como, por exemplo, a representação do ofendido e etc.);
- a) Interesse de agir (tal condição parte da premissa de que não é conveniente acionar o Poder Judiciário se dessa atividade não se possa extrair resultado útil. É preciso, então, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. Necessária significa a impossibilidade de obter a satisfação do direito alegado senão pela via jurisdicional, já que é vedada a autotutela – a parte contrária se nega a satisfazer a pretensão ou a lei não permite que se resolva a questão de outra maneira. Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. Tal provimento deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, naturalmente. Ex: quem alega adultério não pode solicitar anulação do casamento, mas deve pedir o divórcio. No Processo Penal a falta de interesse de agir é entendida como a falta de justa causa, ou seja, falta de aparência do direito alegado, ou *fumus boni iuris*);
- b) Legitimidade *ad causam* (artigo 18, NCPC: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, é titular da ação, a princípio, aquele que se diz titular do direito material invocado, bem como é réu aquele titular da obrigação correspondente – legitimidade passiva. Mas há casos excepcionais – legitimação “**Lembrai-vos de que a educação é questão de coração, do qual somente Deus pode dar-vos as chaves**” (São João Bosco)

extraordinária ou substituição processual – em que o direito permite o pleito em nome próprio na defesa de interesse alheio. Ex: ação popular – o cidadão defende o interesse da Administração Pública, em nome próprio; ação penal privada – o ofendido postula o reconhecimento do direito de punir, que é do Estado. Os casos de substituição processual foram largamente ampliados pela CF/88: legitimidade do MP e de outras entidades para a propositura de ação civil pública. O CDC seguiu a mesma orientação, sempre na tentativa de aumentar a proteção aos direitos difusos e coletivos);

- **Carência da ação** (quando faltar qualquer uma das condições da ação, diz-se que o autor é carecedor desta. O juiz, então, não chegará a apreciar o mérito, ou seja, não chegará a declarar a ação procedente ou improcedente. O conceito de carência da ação se aplica ao Processo Civil, Trabalhista e Penal. O CPC foi claro a respeito, não tendo sido o CPP. É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação, devendo declarar, de ofício, sua ausência o quanto antes, para que se evite que o processo caminhe inutilmente, com dispêndio de tempo e de recursos financeiros).

4. Identificação da ação:

- **Conceito** (cada ação proposta em juízo conta com certos elementos que a identificam, distinguindo-a das demais que já foram propostas ou que ainda virão a ser. Trata-se dos elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido. Tais elementos são tão importantes que sua presença é exigida já na peça inicial: artigo 319, NCPC; artigo 840, § 1º, CLT e artigo 41, CPP – denúncia ou queixa. A falta desses elementos acarretará o indeferimento liminar da petição inicial por inépcia – artigo 330, NCPC);

a) **Partes** (pessoas que participam do contraditório perante o Estado-juiz. A qualidade de parte implica sujeição à autoridade judicial e a titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação processual. No Processo Penal são partes o MP e querelante e o acusado e querelado. A parte, todavia, pode ser legítima ou ilegítima, não se confundindo os conceitos);

b) **Causa de pedir** (são os fatos narrados em juízo, que justificam o pedido do autor. No Processo Civil, fatos constitutivos e no Processo Penal o fato criminoso – artigo 41, CPP. O que constitui a causa de pedir não é sua qualificação jurídica, mas o fato em si. Além dos fundamentos, que não significam a reprodução literal de texto de lei, mas querem dizer as mudanças ocasionadas no mundo jurídico pelos fatos narrados. Tanto é assim que, mesmo que a qualificação esteja errada, o juiz não negará o provimento jurisdicional);

c) **Pedido** (somente se justifica o ingresso de alguém em juízo para pedir uma medida ao órgão jurisdicional. Tal provimento pode ter natureza cognitiva – processo de conhecimento, sentença declaratória, constitutiva ou condenatória – e executiva. Todo provimento se refere a um objeto ou bem da vida. Assim, as ações são diferentes umas das outras não só pela natureza do provimento, mas também pela diferença de objetos em questão. Na ação penal o pedido é sempre genérico, todavia, vez que o que se pede é a imposição de pena. Assim, o pedido não é elemento diferenciador no Processo Penal. A identificação de ações é muito útil no Direito Processual, para delimitar o julgamento a ser proferido, ou para caracterizar a coisa julgada ou a litispendência).

5. Classificação das ações:

- **Provimento** (toda ação implica em um pedido de provimento de dada ordem. Sendo assim, toda ação pode ser classificada de acordo com o provimento que se pede);

“Lembraí-vos de que a educação é questão de coração, do qual somente Deus pode dar-vos as chaves” (São João Bosco)

Professora Luíza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero Toledo

- Classificação da ação civil (de acordo com a natureza do provimento pedido, pode ser classificada em ação de conhecimento – visa ao provimento de mérito e ação executiva – visa ao provimento satisfativo. As ações de conhecimento podem ser, por sua vez, meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Também podem as ações civis ser classificadas conforme a pretensão do autor. Assim, por exemplo, ações patrimoniais, ações imobiliárias, ações mobiliárias, etc.. Tal classificação não pode ser aplicada à matéria penal, vez que, em se tratando de crime, a pretensão é sempre a mesma: a punição do infrator);
- Classificação da ação penal (de acordo com o sujeito que a promove, pode a ação penal ser classificada em pública – incondicionada ou condicionada à representação ou à requisição do Ministro da Justiça – artigo 100, § 1º, CP – ou privada – exclusivamente privada ou subsidiária da pública – artigo 29 do CPP).

6. Defesa do réu:

- Bilateralidade da ação e processo (a demanda inicial é um pedido que uma pessoa faz ao órgão jurisdicional de um provimento destinado a operar na esfera jurídica de outra pessoa. A esse fenômeno se dá o nome de bilateralidade da ação, do qual decorre a bilateralidade do processo. Estabelece-se, pois, contradição recíproca entre autor e réu);
- Exceção (em sentido amplo, exceção é o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida. O autor, através da ação, pede justiça, reclamando algo contra o réu; este, através da exceção, pede justiça, solicitando a rejeição do pedido. Como a ação, a defesa – exceção – é um direito público subjetivo);
- Natureza jurídica (a exceção é um direito análogo e correlato à ação. Todavia, não é correto falar em ação do réu, vez que este só se defende, não ataca. O autor é quem pede; o réu simplesmente impede).

Segunda parte: desenvolver verificação de aprendizagem, exercícios de fixação e avaliação, apontados na aula estruturada (em casa)

“Lembraí-vos de que a educação é questão de coração, do qual somente Deus pode dar-vos as chaves” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero Toledo