

TEORIA GERAL DO PROCESSO

1º DIREITO DE AÇÃO :

I- CONCEITO :

“ É o poder jurídico que tem todo sujeito de direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais para reclamar a satisfação de uma pretensão” (Eduardo Couture)

“ (...) a ação se distingue da pretensão, porque enquanto a ação é um direito a pretensão é um ato. A demanda, por sua vez, é um meio de promover um processo.” (Victor Fairén Gullén)

“ (...) o direito de ação se identifica como o direito de acesso à justiça e, mais do que isso, o direito de ser ouvido perante um tribunal independente e num prazo razoável.” (Francisco Wildo Lacerda Dantas)

“ (...) o direito das partes de pedir a atividade jurisdicional do Estado e de participar necessariamente de seu desenvolvimento processual, tendo em vista a obtenção de proteção relativamente aos direitos, violados ou ameaçados de violação , afirmados no processo, é o que denominamos de direito fundamental à prestação jurisdicional ou direito de ação, denominações que deverão ser usadas como sinônimos (...) .” (José de Albuquerque Rocha).

II- NATUREZA JURÍDICA (TEORIAS EXPLICATIVAS):

- a) **TEORIA CIVILISTA UNITÁRIA** - Tendo por fundamentos concepções fornecidas pelo Direito Romano, foi aplicada com exclusividade até meados do século passado. E definia *a ação como sendo o direito de perseguir-se em juízo aquilo que lhe é devido*. Um de seus maiores expoentes foi Savigny, que por sua vez ensinava ser a ação o próprio direito subjetivo. Logo, não haveria ação sem direito e nem direito sem ação. Seus seguidores eram chamados de Imanentistas.
- b) **TEORIA DUALISTA** – Em 1856, com a obra *“Ação no direito civil romano sob o ponto de vista do direito atual”*, o escritor WINDSCHIED, travou célebre discussão com o jurista MUTHER, o que deu início a um movimento que questionava aos pilares da Teoria Unitária. O primeiro concebia a ação como pretensão (direito do ofendido à tutela jurídica do Estado), enquanto o segundo enxergava um direito subjetivo público (direito do estado de eliminar a lesão). Ao final, a importância residiu na abertura das discussões, pois não havia incompatibilidade entre as afirmações.
- c) **TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AGIR** – Em 1885, ADOLF WACH, afirmou que o direito de ação era, em verdade, um direito autônomo, substancialmente diverso do direito subjetivo material que se visava proteger, devendo ser dirigido contra o adversário, do qual exige sujeição e contra o Estado, pois a esse compete exigir proteção jurídica. Entretanto, para assim agir era condicionado ao autor preencher as condições da ação (requisitos do direito

material) e os pressupostos processuais (requisitos do direito formal). Os seguidores das correntes contrárias a clássica eram chamados de autonomistas, entre eles **Büllo, Hellwing, Schmidt e Chiovenda**. Esse último, evoluiu no entendimento até então formulado para afirmar que o direito de ação é diverso do direito material que se pretende fazer valer em juízo, não traduzindo um direito subjetivo público, imposto ao Estado, mas sim *“o poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade concreta da lei”*.

- d) **TEORIA DI DIREITO ABSTRATO DE AGIR** – Em 1877, DEGENKOLB concluiu que a ação não dependia, para sua existência, de que o autor tivesse ou não razão. O direito de ação era, pois, abstrato, no sentido de que inteiramente desconectado, isso é, independente da existência do direito material e exercido pelo Estado.
- e) **TEORIA ECLÉTICA** – Criada por **ENRICO TULLIO LIEBMAN**, a presente corrente foi inspiradora do Prof. **ALFRED BUZAI**D, autor do anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro, ainda em vigor. Liebman, buscou evitar os extremos das teorias em voga, à época, afirmando que o direito de ação pode existir mesmo quando o autor não tiver o direito que pleiteia, mas somente existirá se o autor preencher determinadas condições que autorizem o juiz a julgar o mérito.

III – CONDIÇÕES DA AÇÃO

O estatuto processual brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, sendo esse o *“direito a um julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação material deduzida em juízo”*.

- a) **POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO** - É preciso que a pretensão se encontre prevista, em tese no ordenamento jurídico. Em outras palavras, é preciso que ela seja juridicamente possível. Ex. Cobrar dinheiro de jogo de bicho ou pela venda de uns cigarros de maconha. Ex: Punição a mulher adúltera.
- b) **LEGITIMAÇÃO PARA AGIR** (*legitimatio ad causam*) – Refere-se a titularidade (ativa ou passiva) da ação. A toda pessoa é permitida propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Mas somente, podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo.

Obs. Nesse sentido compete esclarecer que o **termo demanda** traduz-se como sinônimo de ação concretamente exercida.

Obs. O art.6º do CPC (*“ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”*) enuncia a existência de duas formas de legitimação: **a ordinária** (quando se exige a demonstração prévia de que é o titular do direito material que propõe a ação, em seu nome e por seu interesse, por ser ele sujeito da própria relação de direito material) e **a extraordinária** (quando a lei autoriza o ingresso em juízo em nome próprio, - e não como representante, pois esse age em nome do representado - pleiteando sobre direito alheio. É a hipótese de substituição processual. Ex: O Ministério Público, o sindicatos).

- c) **INTERESSE DE AGIR** – Parte-se do pressuposto de que o Estado não pode ser movimentado, apenas para se movimentar. É preciso portanto que a atuação estatal (dita prestação jurisdicional) pleiteada seja **útil** e **necessária**.

Obs. Haverá **utilidade** comprovada quando a atividade jurisdicional, puder ser um meio eficaz para se propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido.

Obs. Haverá **necessidade** comprovada quando a atividade jurisdicional se apresentar como sendo a última forma para se solucionar o litígio.

Obs. A **adequação**, isto é a demonstração de consonância entre o ato processual e a exigência normativa, refere-se a procedimento e portanto, passivo de validade ou nulidade, não se tratando de elemento pertencente ao exercício do direito de ação.

IV- CARÊNCIA DE AÇÃO

- Segundo o ordenamento processual brasileiro somente se reconhece o exercício do direito de ação para aquele que demonstrar o preenchimento das condições.
- Quando não satisfeito as referidas condições , se diz que o autor é carecedor de ação, em outras palavras o autor não direito de ação, o que por via de consequência autoriza o encerramento do processo sem julgamento de mérito.

V – ELEMENTOS DA AÇÃO

- a) **AS PARTES** – São o autor e o réu, o sujeito ativo e o sujeito passivo da ação. O primeiro pede e se caracteriza pelo fato de ser aquele que instaura o processo através de sua manifestação de vontade, enquanto o réu seria aquele contra quem, ou em face de quem se pede a prestação.
- b) **O PEDIDO** – Pode ser mediato e imediato. O primeiro trata-se do bem da vida ou utilidade em concreto pleiteado, através do provimento jurisdicional.Exemplos podem ser de bens materiais (pagamento em soma de dinheiro, a entrega de uma coisa , a realização de um serviço) ou imateriais (declaração de existência e inexistência de determinada relação jurídica, a honra, liberdade). Já o imediato consiste no pedido de provimento jurisdicional feito ao Estado.Que pode ser uma sentença declaratória, condenatória ou constitutiva , cautelar ou executiva.
- c) **A CAUSA DE PEDIR** – São os fatos em que se deduz as razões para se alegar o direito. Para o âmbito civil, são os fatos constitutivos do art. 282, inciso III do CPC e para âmbito penal é o fato criminoso mencionado no art. 41 do CPP. Trata-se portanto dos fatos, com base nos quais o autor considera ter direito a determinado bem da vida, e por isso, de poder obtê-lo através da prestação jurisdicional.

Obs. Duas teorias tentam definir o presente elemento: A Teoria da Substanciação (a causa de pedir consiste nos fatos fundamentos da situação jurídica afirmada no processo pelo autor.E outras palavras, a causa de pedir seria constituída pelos fatos

ou fato da vida que , previstos na hipótese de incidência de uma ou mais normas jurídicas, são susceptíveis de produzir o efeito jurídico previsto na consequência dessas normas e pretendido pelo autor) e a Teoria da Individualização (a causa de pedir é constituída pela individualização da relação jurídica substancial, ou seja , daquela relação jurídica com base na qual o autor entende ter o direito que pleiteia. Nessa hipótese a causa de pedir configura-se não pelos fatos , mas pelas razões jurídicas do pedido, isto é a relação jurídica estabelecida).

Obs. Uma ação se diz idêntica a outra apenas na hipótese em que ambas possuem o mesmo pedido, causa de pedir e partes, tal como esboça o art. 301 § 2º do CPC.

Obs. O instituto da conexão também considera para sua aplicação a semelhança entre os elementos das ações, consoante art. 103 do CPC. Já no âmbito penal haverá conexidade, quando as infrações objeto da ação, estiverem ligadas ao mesmo fato (art.76, inciso I do CPP) e por não outra razão o pedido aqui será sempre genérico, cabendo ao magistrado individualizar a pena, e portanto não servindo como diferenciador.

VI – CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO

- Critério utilizado no moderno direito processual – Provimento Jurisdicional requerido pelo autor ao Juiz . Nesse sentido, a ação pode ser:
 - a) **DE CONHECIMENTO** – são as que tendem a provocar um juízo, no sentido preciso do termo, ou seja, um julgamento sobre a situação jurídica afirmada pelo autor. Em outras palavras, o órgão jurisdicional é chamado a conhecer os fatos e os argumentos alegados pelas partes para, em consequência julgar por sentença quem tem razão.

Obs. Tendo em vista a diversidade de provimentos requeridos e a variedade das espécies de sentença aguardadas pelo autor, a ação de conhecimento poderá ser *constitutiva, condenatória ou meramente declaratória*.

Obs. *Ação meramente declaratória*, ou simplesmente declaratória é aquela que tende a obter uma sentença sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica incerta e controvertida, ou sobre uma fato juridicamente relevante. Poderá ser positiva ou negativa , conforme declare a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Existem tanto no âmbito civil , quanto penal (Ex. Pedido de Habeas Corpus).

Obs. *Ação condenatória*, é aquela em que o autor pede uma declaração no processo sobre dada situação jurídica e no mesmo ato requer a imposição de um comando restritivo ao réu para que cumpra a obrigação a qual foi reconhecida. Ou seja, a sentença que será proferida em sede da presente ação, além de possuir uma natureza declaratória também possui eficácia executiva, por isso afirmar ser um título executivo.

Obs. *Ação Constitutiva*, é a espécie que propõe por meio de sua sentença constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Percebamos que a declaração é o

elemento comum a todas as ações de conhecimento., contudo na presente modalidade, a finalidade será alcançada pelo simples fato de criar, alterar ou extinguir uma relação jurídica. Não se opera, pois no mundo dos fatos, senão no mundo do direito.

Obs. As ações penais serão sempre declaratórias. A função é indicar se o sujeito é culpado ou não. Não visam a satisfazer nenhum direito, mas resultam do dever de investigar os fatos delituosos, que incumbe ao Estado. Portanto, tecnicamente, o pedido do MP não é de condenação do réu, mas de investigação e declaração da verdade. Pois se não for comprovado a culpabilidade do réu, o *parquet* deverá pedir a absolvição, o que não ocorre no âmbito civil.

b) **DE EXECUÇÃO** – Hipótese de ação aplicada quando o réu não cumpri voluntariamente o comando definido pela sentença da ação condenatória, sendo necessário a utilização de meios coativos.

c) **DE CAUTELAR** – É destinada a garantir, assegurar o objeto da ação de conhecimento ou execução. Portanto, visa evitar que o direito posto em juízo e, para o qual se pede a medida cautelar, seja, de qualquer modo prejudicado. As cautelares são ditas autônomas, pois são propostas em autos próprios, entretanto sua existência é de natureza acessória, logo se não houver a propositura do principal, não perdurar. No mesmo sentido, compete afirmar que possui um caráter de provisoriedade já que sua existência não se justificará com a decisão definitiva.

- **Critério utilizado apenas no âmbito civil** – segundo a natureza do direito alegado pelo autor, poderá ser :

a) **REAL** – quando tende a obter a prestação jurisdicional para um direito real .
Exemplo : ação de reintegração de posse.

b) **PESSOAL** – quando tem por objetivo obter o reconhecimento de um direito pessoal. Exemplo : ação de cobrança, de retificação de nome.

- **Critério utilizado apenas no âmbito civil** – segundo o objeto do direito alegado pelo autor, poderá ser :

a) **MOBILIÁRIA** : quando a ação tem direito real ou pessoal, versando sobre um bem móvel .

b) **IMOBILIÁRIO** : quando a ação tem direito real ou pessoal, versando sobre um bem imóvel .

- **Critério utilizado apenas no âmbito penal** – e que se funda na natureza pública ou privada do sujeito que a promove, sendo:

a) **PÚBLICA INCONDICIONADA** – É a regra, salvo quando a lei expressamente declarar de forma diversa. Deverá ser promovida pelo Ministério Público incondicionadamente.

- b) **PÚBLICA CONDICIONADA** – É aquela promovida pelo Ministério Público (a quem pertence a titularidade), mas dependente da manifestação de vontade do particular, que será indicado pela lei.
- c) **EXCLUSIVAMENTE PRIVADA** - É aquela proposta exclusivamente pelo ofendido ou por seu sucessor, quando autorizada pela lei. Para essa espécie, entende-se que a publicidade do delito afeta tão profundamente a esfera íntima e secreta do indivíduo, que é o interesse punitivo do Estado torna-se secundário.
- d) **SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA** – Ocorre quando o Ministério Público, retoma o transcurso da ação penal, em caso de negligência do querelante.
- **Critério utilizado apenas no âmbito trabalhista** – levando-se em conta a titularidade da ação, sendo assim :
 - a) **INDIVIDUAIS** – são as ações titularizadas por pessoa ou pessoas certas e determinadas.
 - b) **COLETIVAS OU DISSÍDIOS COLETIVOS** – são titularizadas por categorias profissionais de empregados ou empregadores representados no processo pelos respectivos sindicatos.