

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA -UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

**A LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” NA “AÇÃO POPULAR
CONSTITUCIONAL” (PROCESSO DE CONHECIMENTO)**

DANIEL WESTPHAL TAYLOR
Acadêmico

FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA FILHO
Orientador

Florianópolis (SC), novembro de 1999

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	4
AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
INTRODUÇÃO	7
1 O DIREITO DE AÇÃO	10
1.1 AS VÁRIAS TEORIAS SOBRE A AÇÃO.....	10
1.2 A TEORIA CIVILISTA, CLÁSSICA OU IMANENTISTA DA AÇÃO.....	11
1.3 A POLÊMICA WINSCHIED VERSUS MÜTHER.....	14
1.4 AS TEORIAS DA AÇÃO COMO DIREITO CONCRETO DE AGIR.....	16
1.4.1 A TEORIA DE WACH.....	16
1.4.2 A TEORIA DE CHIOVENDA.....	17
1.5 A TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO ABSTRATO DE AGIR.....	17
1.6 A TEORIA ECLÉTICA.....	18
1.7 CONCEITO DE AÇÃO.....	22
2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO	24
2.1 CONCEITO.....	24
2.1.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O TRINÔMIO PROCESSUAL.....	25
2.1.2 MOMENTO DE ARGÜIÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	28
2.1.3 A PRECLUSÃO DA DECISÃO QUE CONFIRMA A PRESENÇA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	30
2.1.4 A CARÊNCIA E A PROPOSITURA DE UMA NOVA AÇÃO.....	31
2.1.5 MODIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO DECORRER DO PROCESSO.....	32
2.2 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.....	33
2.3 O INTERESSE PROCESSUAL.....	36
3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA “AD CAUSAM”	38
3.1 CONCEITO DE LEGITIMIDADE.....	38
3.2 A LEGITIMIDADE “AD CAUSAM” E OS DIREITOS DIFUSOS.....	42
3.3 A LEGITIMIDADE PARA CONTESTAR.....	44
3.4 DA TRANSMISSÃO DE LEGITIMIDADE NO TRANSCORRER DO PROCESSO.....	45
3.5 LEGITIMIDADE “AD PROCESSUM” E LEGITIMIDADE “AD CAUSAM”.....	45
3.6 LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA.....	47
3.6.1 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.....	51
4 A AÇÃO POPULAR E A LEGITIMIDADE DO AUTOR	54
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A “AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL”.....	54
4.2 A LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” E A CONDIÇÃO DE CIDADÃO.....	58
4.3 DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL NA “AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL”.....	61
4.4 A ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DAS PESSOAS JURÍDICAS.....	62
4.5 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO LEGITIMADO ATIVO.....	63
4.6 A NATUREZA DA LEGITIMIDADE DO AUTOR.....	65

4.6.1 ATUAÇÃO DO AUTOR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL.....	65
4.6.2 ATUAÇÃO DO AUTOR COMO LEGITIMADO ORDINÁRIO.....	66
4.6.3 A IMPORTÂNCIA DA DISCUSSÃO ACERCA DA NATUREZA DA LEGITIMIDADE	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia ao meu irmão André e a todos os meus verdadeiros amigos.

AGRADECIMENTOS

À minha namorada Nadja. Por me escutar, apoiar e compreender em todos os momentos que preciso. Por fazer questão de ser minha companheira e amiga, tanto nas horas boas como nas ruins. Por, além de todo o suporte emocional, ter me dado suporte material para realizar este trabalho, emprestando o computador e o silêncio de seu apartamento.

RESUMO

O objetivo do trabalho, a análise da legitimidade para agir do autor na “ação popular constitucional”, foi instrumento para o estudo de tema mais amplo: o direito de ação e as suas condições, dando atenção especial à condição conhecida como legitimidade “ad causam”. Findo este estudo, realizado em três capítulos, restou o último para discorrer sobre a “ação popular constitucional”, relacionando a legitimidade do autor desta “ação específica” com a teoria geral estudada nos capítulos iniciais.

Como fonte de pesquisa foram utilizados manuais de direito processual civil, livros especializados no tema e diversos artigos coletados em revistas jurídicas.

O método utilizado foi o dedutivo, partindo-se de conceitos gerais para chegar à conceitos particulares.

Dentre as várias conclusões obtidas por meio deste trabalho podem ser destacadas: ação é direito a uma decisão que ponha um fim à lide, desde que cumpridas determinadas condições; a legitimidade “ad causam” é determinada, em regra, pelas afirmações realizadas pelo autor na petição inicial, sendo, excepcionalmente, exigida prova adicional; o cidadão é o legitimado para propor a “ação popular constitucional”, sendo outorgada, excepcionalmente, legitimidade ulterior ao Ministério Público; a legitimidade do ator é extraordinária, na modalidade substituição processual.

INTRODUÇÃO

Há poucos anos atrás, sofriamos com um regime militar que não nos permitia escolher diretamente nossos representantes. Naquela época, éramos apenas sombras de cidadãos. A luta foi árdua, mas a vitória compensadora. Hoje podemos dizer com orgulho: sou cidadão, escolho aquele que vai falar por mim, representar meus interesses e de minha nação.

Nem tudo, entretanto, transcorreu como nos sonhos de cada novo cidadão. Em nossa primeira experiência de âmbito nacional, escolhemos um “caçador de marajás” que não vigiou a si mesmo. Em nossa segunda experiência, escolhemos um Presidente da República sobre o qual pesou forte desconfiança de seu envolvimento na compra de votos para que Deputados votassem a favor de uma emenda à Constituição que lhe garantiria o direito a disputar a reeleição. Nosso terceiro e atual Presidente, acabou sendo aquele mesmo que supostamente teria participado da compra de votos. Como se vê, o mais importante atributo da cidadania, o direito de escolha dos representantes, para ser bem exercido, ainda aguarda um amadurecimento de nosso povo.

Contudo, parece estar havendo uma mudança de mentalidade em nosso país. Não nos limitamos mais a escolher nossos representantes, estamos agindo como fiscais de sua atuação. Ainda de uma maneira muito superficial, mas estamos. Derrubamos um Presidente da República; cassamos alguns Deputados corruptos, prendemos outros; estamos até investigando casos que pareciam enterrados pelo regime militar. A nação anseia por uma Administração proba. O caminho ainda é longo, mas acredito que um dia nosso país chegará a tal estágio. Como disse Martin Luther King: “...Não somos o que deveríamos ser, não somos o que iremos ser. Mas, graças a Deus, não somos o que éramos”.

Quem sabe um dia possamos chegar ao que deveríamos ser, quando então exerceremos a plenitude de nossos direitos políticos através de todos os instrumentos de que dispomos. Em termos de fiscalização, o instrumento mais eficaz que possuímos é a “ação popular constitucional”. É este instrumento de fiscalização dos atos do Poder Público que servirá de base para nosso estudo. Não é objeto deste, contudo, esgotar o tema da “ação popular constitucional”, mas analisar um aspecto muito peculiar dela: sua legitimidade ativa “ad causam”.

Não é segredo que a legitimidade ativa para propor a “ação popular constitucional” é outorgada a qualquer cidadão brasileiro. Todavia, analisaremos a questão com mais profundidade, buscando não só estudar quem pode propor a ação, mas todos os elementos que compõem a legitimidade deste autor.

Para chegarmos a este ponto, é necessário percorrer um longo caminho, no qual serão estudados elementos básicos, porém fundamentais, de direito processual civil, como o conceito de ação judicial e as condições para o seu exercício.

Buscando uma análise completa da legitimidade ativa na “ação popular constitucional”, é que, no primeiro capítulo, trataremos do direito de ação, ou seja, o direito de exigir que o Estado preste tutela jurisdicional, resolvendo os conflitos existentes em nossa sociedade. Para que entendamos o conceito adotado por nosso ordenamento jurídico, será necessário analisar as várias teorias que, no passar dos séculos, foram formuladas a respeito do direito de ação: a civilista, a do direito concreto de agir e a do direito abstrato de agir, chegando a teoria adotada por nosso ordenamento, a eclética.

Como veremos, o exercício do direito de ação, exige o cumprimento de certos requisitos: a legitimidade ativa e passiva “ad causam”, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. É destes requisitos, conhecidos como “condições da ação”, que trataremos no segundo capítulo. Parte do capítulo tratará das condições da ação de uma maneira genérica, analisando seu conceito, o momento adequado para argüir a sua inexistência e o que ocorre quando se verifica a sua modificação no decorrer do processo, entre outros pontos não menos importantes. A outra parte, tratará especificamente de duas condições: o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Estas duas condições, apesar de, do ponto de vista acadêmico, serem tão importantes quanto a legitimidade “ad causam”, serão tratadas superficialmente, pois o tema desta monografia está intimamente ligado a esta última condição.

De modo que não poderia ser outro o tema do terceiro capítulo: A legitimidade “ad causam” tanto do autor como do réu. Analisaremos seu conceito, a diferença entre ela e a legitimidade processual e as suas espécies, tratando, ao final do capítulo, de um tema polêmico: a definição dos casos em que ocorre a substituição processual.

Finalmente, no quarto e último capítulo, discorreremos especificamente sobre o tema proposto: a legitimidade “ad causam” do autor na “ação popular constitucional”. Para isso, inicialmente analisaremos muito superficialmente o artigo 5º, LXXIII, da CF/88 e a Lei nº 4.717/65, que regula esta ação, para que tenhamos uma idéia geral do funcionamento deste instrumento da cidadania. Ultrapassada esta primeira fase, relacionaremos o tema particular e específico da legitimidade para agir do autor na “ação popular constitucional”, ao amplo tema da ação e suas condições, por nós estudado nos capítulos anteriores. Partiremos da determinação de

quem e em que condições poderá propor a “ação popular constitucional”, passando para a posição das pessoas jurídicas e do Ministério Público nesta ação, chegando, finalmente, ao estudo da natureza jurídica da legitimidade do autor, enfrentando, ainda, o desafio de expressarmos nossa opinião em relação a este último tópico.

Como fonte de pesquisa serão utilizados manuais de direito processual civil, livros especializados no tema e artigos coletados em revistas jurídicas.

O método utilizado será o dedutivo, partindo-se de conceitos gerais para chegar a conceitos particulares.

1 O DIREITO DE AÇÃO

1.1 As várias teorias sobre a ação

De acordo com a sistemática do direito civil brasileiro, toda pessoa é capaz de ter direitos e contrair obrigações, ou seja, todas elas têm capacidade de direito. Esta capacidade de direito é outorgada às pessoas físicas, às pessoas jurídicas e a algumas massas patrimoniais, como o espólio e a massa falida. Sempre que uma pessoa tem um direito, a ele corresponde uma obrigação, dando-se a esta relação, entre quem tem o direito e quem tem a obrigação de prestá-lo, o nome de relação jurídica. Ainda, chama-se quem tem o direito, de titular ou sujeito ativo da obrigação, quem tem a obrigação, de obrigado ou sujeito passivo. Tais direitos podem ser classificados em relativos ou absolutos: relativos quando tem um sujeito passivo determinado; absolutos quando o sujeito passivo é indeterminado, ou seja, o dever recai sobre toda coletividade. Exemplo do primeiro caso é o direito que tem o locador de cobrar o aluguel do locatário, do segundo, o direito do proprietário de reivindicar a coisa de quem quer que a tenha injustamente. Na vida em sociedade, a regra é que os direitos sejam respeitados; assim, normalmente o locatário paga para o locador o valor do aluguel e a propriedade do particular é respeitada pela coletividade. O problema surge quando um direito é violado. Neste caso, qual deve ser a atitude do titular do direito? Não admite o Estado moderno, que o indivíduo, sentindo-se lesado, use de sua própria força para satisfazer a sua pretensão, salvo raríssimas exceções expressamente previstas em lei, tal como o desforço imediato (art. 502, CC) e a legítima defesa (art. 160, I, CC). O particular pode tentar a solução do problema pela via da autocomposição ou arbitragem, mas, se estas forem inviáveis, só lhe resta a opção de recorrer ao Estado para que ele resolva o conflito através do exercício da jurisdição. Jurisdição é, portanto:

“uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesse em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha esta função sempre mediante o processo, seja expressando

imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).¹”

Todavia, o Estado não exerce a função jurisdicional sem a provocação dos interessados na resolução do conflito. O Código de Processo Civil dispõe que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais” (art. 2º, CPC). Como então invocar esta função do Estado, fazendo que ele atue no caso concreto? Isto se faz através do exercício de um direito, o direito de ação.

O conceito de ação, contudo, não é de fácil definição, pelo contrário, ao longo da história do direito processual, diversos conceitos foram formulados e, ainda hoje, o assunto causa polêmica. Das várias teorias criadas com o fim de conceituar o direito de ação, trataremos das que tiveram mais destaque: a civilista, a da ação como direito concreto de agir, a da ação como direito abstrato de agir e a eclética, esta última adotada pelo nosso ordenamento jurídico. Examinemo-las uma a uma, bem como a polêmica “Windscheid x Muther” que desempenhou papel importantíssimo na evolução do conceito.

1.2 A teoria civilista, clássica ou imanentista da ação

Esta teoria, que exerceu grande influência sobre a doutrina até a metade do século XIX, baseava-se na definição de ação formulada pelo jurisconsulto romano Celso, e que constava nas Institutas do Imperador Justiniano: “*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debeatur*”, que, traduzindo, significa: “nada mais é a ação do que o direito (de alguém) de perseguir em juízo o que lhe é devido”². Assim, com base na definição de Celso, foi desenvolvida a teoria civilista, clássica ou imanentista da ação, que teve Planiol, Garsonnet e Savigny no exterior e Clóvis Beviláqua e João Monteiro no Brasil, como alguns de seus grandes defensores, dentre outros.

Dentro desta teoria formaram-se duas correntes: alguns teóricos afirmavam que a ação nada mais era do que um elemento, um aspecto, do direito subjetivo material que, quando fosse violado, ia à juízo, reagindo contra a violação para se fazer respeitado, ou seja, a forma como se

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 129.

² SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. *Breviário Teórico e Prático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 81.

manifestava o direito material após sofrer a lesão – Unger comparava a ação ao direito em pé de guerra, no saio marcial, em oposição ao direito em estado de paz, na toga³; outros variavam um pouco a definição de ação, não a encarando como um aspecto do direito subjetivo, mas como um direito novo que surgiria somente quando o direito material fosse violado – Para Savigny, a ação seria a metamorfose do direito, o direito novo, emergindo da violação do direito subjetivo⁴. Daí o nome teoria imanentista da ação, pois a ação era considerada como algo que fazia parte, imanente ao próprio direito material, de onde advém a clássica proposição: “Não há ação sem direito, não há direito sem ação, a ação segue a natureza do direito.”

Apesar de ter vigorado por um longo tempo, inspirando, inclusive, parte da legislação brasileira, a teoria civilista da ação não perdurou, e, a partir da segunda metade do século XIX, após a polêmica “Windscheid x Muther” e do surgimento das teorias concretas e abstratas, enfraqueceu, pois não se sustentava frente a dois questionamentos levantados por aquelas teorias:

- Como explicar que várias ações são propostas, passam por todas as fases processuais e, ao final, têm o pedido do autor julgado improcedente? Se a ação nada mais é do que uma reação do direito material quando violado ou um novo direito que surge quando da violação do direito material, o autor, segundo esta teoria, deveria sempre ter seu pedido julgado sempre procedente;
- Como justificar a existência da ação declaratória negativa, que não tem como fim a reparação de qualquer direito material lesado, mas sim, a declaração de inexistência de uma relação jurídica, o que implica justamente na inexistência de direito material? Se a ação dependesse da existência do direito material, seria inexplicável a natureza desta ação, que procura, justamente, provar a inexistência deste direito.

O Código Civil foi uma das legislações influenciadas pela teoria civilista da ação. Seu artigo 75 é a mais clara expressão disto ao declarar que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Como pôde se inferir da explicação acerca da teoria civilista, antigamente havia uma concepção eminentemente privatística da ação e do processo civil como um todo; o direito processual civil ainda não havia se firmado como disciplina autônoma, e, tanto a ação como o processo, eram entendidos como inerentes ao direito material. Em razão de toda esta ótica civilista do direito processual é que surgiu o referido dispositivo, que, se hoje aparenta ser absurdo e ultrapassado, na época era visto como o pensamento mais adequado.

³ REZENDE FILHO, José Gabriel Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva. 1962. V. 1. p. 144.

⁴ REZENDE FILHO, José Gabriel Rodrigues de. Op. cit., p. 144.

Como não poderia deixar de ser, o dispositivo do artigo 75 do Código Civil é hoje interpretado de uma maneira diferente, despido de toda a concepção imanentista. Esta ação à qual o Código Civil se refere é a hoje chamada pelos doutrinadores de “ação no sentido material”⁵, nada tendo a ver com a ação no sentido processual que estamos estudando. Esta “ação no sentido material” corresponderia à realização do direito subjetivo, pelo seu próprio titular, sem a participação do obrigado. Para entendê-la, é necessário fixar alguns conceitos como o de direito objetivo, direito subjetivo e pretensão. O direito objetivo é a regulamentação do comportamento humano por meio de normas escritas, gerais e abstratas, definindo o que é correto e o que é incorreto, e, por conseqüência, quais as situações juridicamente tuteláveis. O direito subjetivo, em contrapartida, surge quando uma destas situações previstas no direito objetivo acontece de fato, criando um direito particular e concreto à quem se encaixou na regra geral e abstrata determinada pelo direito objetivo. Exemplo: O direito objetivo determina que a nota promissória confere um direito de crédito ao seu portador; o sujeito que recebe como pagamento uma nota promissória, tem direito subjetivo ao crédito que nela consta. No entanto, o fato de o sujeito ter direito subjetivo ao crédito, não significa que ele o exercitará, também, não implica que o crédito possa ser prontamente exigido ou que poderá ser exigido para sempre. Afinal, o titular pode não ter interesse em cobrar a dívida, e aí não exercitará o seu direito. Ou, esta nota promissória pode estar sujeita a uma condição que determine que só poderá ser cobrada no dia em que o devedor estiver empregado, neste caso, o titular terá um direito subjetivo que só poderá ser exigido quando aquela condição for cumprida. Ainda, pela inércia na cobrança, pode ocorrer a prescrição da faculdade de exigir o pagamento, e, então, o crédito não mais poderá ser exigido. Agora, no momento em que o crédito puder ser exigido – o que, no primeiro caso, poderia ser feito a qualquer hora, no segundo, somente quando implementada a condição e, no terceiro, antes da prescrição – aquele direito subjetivo que estava em latência, adquire dinamismo, transformando-se em pretensão. Esta pretensão, não é um novo direito, mas, somente, um novo aspecto daquele mesmo direito subjetivo. Assim, a pretensão pode ser definida como “a faculdade de exigir da pessoa obrigada uma prestação ativa ou uma abstenção”⁶. Contudo, é apenas a faculdade de exigir, não é ainda a exigência, que só ocorre quando o titular exercita a pretensão. Se, mesmo quando ele exercita a pretensão, exigindo a satisfação do direito, não há correspondência do

⁵ SILVA, Ovidio Araújo Batista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 64.

⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 465.

obrigado, o titular do direito está diante de uma ação de direito material. Que, segundo a definição de Pontes de Miranda: “é o agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito realizá-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado”⁷, ou, segundo Ovídio Batista da Silva, “é o agir do sujeito para a realização do próprio direito”⁸. Portanto, este agir independentemente da participação do obrigado corresponde à ação à qual se refere o artigo 75 do Código Civil em sua interpretação atual. Observe-se que este agir pode se dar por qualquer meio lícito como, por exemplo, pela autotutela, quando a lei permitir, ou pela autocomposição; contudo, a ação judicial é o modo mais comum.

1.3 A polêmica Windscheid versus Muther

Na segunda metade do século XIX, novas teorias sobre a natureza jurídica da ação começaram a surgir, superando a antiga idéia de um direito de ação dependente do direito material. Os doutrinadores começaram a acordar para a questão da distinção daqueles direitos, a partir da célebre discussão travada durante os anos de 1856 e 1857 entre dois estudiosos do direito romano, os juristas alemães Bernard Windscheid e Theodor Muther. Tal discussão foi extremamente acirrada, não só pela matéria em discussão, mas, especialmente, por Windscheid ter acusado os romanistas da época de pensarem o direito romano como se estivessem inseridos na realidade do século XIX e, também, por conformarem-se com tudo o que tivera sido produzido por aquele povo, não criando nada novo. Isto despertou a ira de Muther que, por considerar as afirmações de Windscheid uma ofensa aos estudiosos do direito romano, foi extremamente agressivo em sua resposta.

Não discutiam eles especificamente sobre a natureza jurídica da ação judicial, mas, sim, como estudiosos do direito romano que eram, sobre a coincidência ou não, do conceito de ação no direito romano (*actio*) e no moderno direito alemão (*klage*); entretanto, mesmo sem que esta fosse a intenção deles, a partir das idéias expostas na contenda, foi aberta a porta para que o direito de ação fosse considerado algo dissociado do direito material.

Em 1856 Windscheid publicou um estudo intitulado “A Ação no Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual”, cujo objetivo era demonstrar que o conceito de *actio* do direito

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.110.

⁸ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. Op. cit., p. 64.

romano não coincidia com o conceito de ação do direito moderno alemão. Afirmava Windscheid que no sistema do direito romano era mais importante ter o que eles chamavam de *actio* do que ter um direito, pois o magistrado podia negar apoio àquele que era titular do direito material e dar apoio àquele não era, e, se ele poderia fazer isso, a *actio* não estava condicionado à existência do direito material. O que importava era se o magistrado concederia ou não uma *actio* ao requerente. A ação, portanto, tomava o lugar do direito, e todo aquele à quem fosse concedido uma *actio* teria sua pretensão satisfeita. Fábio Gomes sintetiza o pensamento de Windscheid⁹:

“...a *actio* não era um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito. O cidadão romano não era titular de um direito contra alguém, mas sim de uma *actio*, ou seja, do poder de agir contra alguém, poder esse que não lhe advinha de um direito, mas da concessão do Pretor. Assim, vigorava tanto no período das *legis actiones* como no processo formulário. A partir desse último, o Pretor começou a elaborar, ele próprio, as regras através das quais distribuiria a Justiça, não se afastando nem se prendendo de todo ao direito vigente. Do ordenamento jurídico romano não se extrai a afirmação de que alguém possuía um direito ou que cabia uma ação, no mesmo sentido no qual se afirma atualmente.”

Em 1857 veio a resposta de Muther na obra “Sobre a Teoria da Actio Romana, do Moderno Direito de Queixa, da Litiscontestação e da Sucessão Singular das Obrigações”. Contestando os estudos de Windscheid, ele afirmava que *actio* designava o ato de comparecer perante o Pretor para que este, cumpridas as condições exigidas, lhe concedesse uma fórmula. Esta fórmula dava direito ao requerente à ter sua questão julgada por um árbitro que, de acordo com o direito material, poderia julgar pela procedência ou improcedência do pedido. Assim, seguindo o pensamento de Muther, a *actio* não era concedida somente àqueles que teriam o seu pedido atendido, mas, também, àqueles que poderiam ter ser pedido negado, atestando a coincidência entre a *actio* e a ação do moderno direito alemão.

Naquele mesmo ano de 1857, surge a réplica de Winscheid na obra “A “actio”, defesa contra o Dr. Theodore Muther”, onde, apesar de concordar com alguns pontos da teoria de Muther, continuou a sustentar que o conceito de *actio* e *klage* seriam inconfundíveis.

Na verdade, da discussão não surgiu uma nova teoria sobre o conceito de ação, mas seu grande mérito foi despertar a consciência dos juristas para a dissociação entre o direito de ação e

⁹ GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 22.

o direito material, surgindo, a partir daí, várias teorias, todas com o caráter de autonomia entre direito material e direito de ação.

1.4 As teorias da ação como direito concreto de agir

1.4.1 A teoria de Wach

Em 1885, um grande passo é dado no estudo das teorias acerca da natureza da ação. Adolf Wach - instigado pela inclusão, em 1877, no ordenamento jurídico alemão da norma que permitia a proposição de uma ação apenas para declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica - publica uma monografia sobre a ação declaratória em que sustenta a autonomia do direito de ação frente ao direito material, confrontando a teoria civilista. Afinal, defendia ele, se a ação declaratória negativa tinha o fim de declarar a inexistência de uma relação jurídica - o que equivale a declarar que nada é devido ao autor, nem pelo autor - não se poderia conceber que o direito de ação estivesse sempre vinculado a um direito material, pois, neste caso, simplesmente não há direito material de nenhuma das partes. Contudo, apesar de defender a autonomia entre os direitos de ação e material, afirmava que, com exceção da ação declaratória negativa, o primeiro era sempre decorrente do segundo. "Segundo Wach, o direito de ação, embora não nasça junto com o direito subjetivo material, dele haverá de decorrer sempre e necessariamente, à exceção da hipótese de ação declaratória negativa. Assim, distinguem-se dois direitos, mas o segundo nascerá depois do primeiro, seja da violação deste, seja da ameaça ao mesmo."¹⁰

Este direito de ação seria exercido contra o Estado, que tem o dever de prestar a tutela jurídica através de uma sentença favorável, e contra o demandado, que está obrigado a suportar os efeitos da ação. Isto equivalia a dizer que, à exceção da ação declaratória negativa, somente quando a sentença fosse favorável, o direito de ação teria sido exercido, por isso o nome teoria da ação como direito concreto: havendo direito, haveria ação. Ora, ao sustentar isso, Wach praticamente igualou a sua teoria às civilistas, tanto é, que para contestá-la, basta lembrar um dos questionamentos formulados a esta última: como explicar toda a movimentação da máquina estatal nas ações que têm os pedidos julgados improcedentes?

¹⁰ GOMES. Fábio. Op. cit., p. 31.

1.4.2 A teoria de Chiovenda

Em 1903, a teoria da ação como direito concreto de agir ganha a contribuição de um dos maiores seguidores de Wach, o processualista italiano Giuseppe Chiovenda, que caracterizou o direito de ação como um direito potestativo exercido em desfavor do réu - o direito potestivo é um direito que não exige a contraprestação, mas apenas sujeição, como é o caso, por exemplo, do direito do mandante de renunciar o mandato do mandatário: ao direito do mandante encerrar o contrato não corresponde nenhuma obrigação do mandatário, ele apenas deixa de ser seu representante.

Este direito potestativo de ação corresponderia ao “poder jurídico de criar a condição para a atuação da vontade da lei”. Partia ele da idéia de que, sempre que ocorre uma infração ao ordenamento jurídico, surge a vontade concreta da lei, que garante ao lesado a garantia de seu direito. A garantia deste direito poderia se dar pela prestação espontânea do obrigado, ou, caso isto não ocorresse, por meio da atuação do Poder Judiciário. A atuação do Poder Judiciário depende da manifestação do interessado, ao que ele chamou de condição. Assim, o lesado teria o poder jurídico de, através da propositura da ação, criar a condição para atuação da vontade da lei restabelecendo as coisas em seu devido lugar.

Como se vê, Chiovenda incorria no mesmo erro de Wach, pois sua teoria afirmava que só haveria ação quando alguém fosse lesado em seu direito, condicionando, portanto, o direito de ação à existência do direito material. Excepcionava, entretanto, a ação declaratória, pois afirmava que “A autonomia e a independência da ação restam evidentes nas hipóteses nas quais tenham por objeto um bem que não pode ser prestado por nenhum obrigado, como nos casos das ações declaratórias”¹¹.

1.5 A teoria da ação como direito abstrato de agir

A teoria da ação como direito abstrato de agir foi criada quase que concomitantemente pelo jurista húngaro Plóz, no ano de 1876, e pelo alemão Degenkolb, em 1877 - criação cronologicamente anterior às teorias da ação como direito concreto, porém muito mais importante do ponto de vista da evolução do direito processual -, vindo a romper definitivamente com a idéia de que o direito de ação seria dependente do direito material. Segundo Degenkolb “a ação é um direito subjetivo público, correspondente a qualquer que, de boa-fé, creia ter razão a ser

¹¹ *Apud* GOMES, Fábio. Op. cit., p. 32.

ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se”, ou seja, o direito de ação era dirigido contra o Estado e outorgado a qualquer um que invocando a proteção estatal, buscasse a tutela jurídica. Seria o direito ao provimento jurisdicional, ainda que improcedente. Assim, concordava com as teorias concretas no tocante à autonomia do direito de ação em relação ao direito material, mas discordava quando declarava que mesmo os que não tivessem seu direito lesado, teriam direito de ação, por isso, teoria da ação como direito abstrato.

Falhava a teoria, como o próprio Degenkolb mais tarde reconheceu, ao declarar que qualquer um poderia exercer o direito de ação sem o cumprimento de requisitos mínimos, pois “um direito de agir correspondente não a quem tem razão, mas a qualquer que a creia ter, não é um direito subjetivo, mas mera faculdade jurídica”.¹²

Apesar disto, foi a primeira teoria a admitir que o direito de ação nada tinha a ver com o mérito favorável, mas sim, com a efetiva prestação jurisdicional, fosse ela em favor ou contra o autor.

1.6 A teoria eclética

Finalmente chegamos a teoria mais aceita atualmente, e que é adotada pelo nosso Código de Processo Civil. É a teoria eclética, formulada pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman que, fugindo do regime fascista vigente em seu país, viveu no Brasil durante a década de 40, influenciando grande parte da doutrina brasileira. Tentando encontrar um meio termo entre a teoria concreta e a abstrata, ele criou a teoria eclética, cuja idéia central era que o direito de ação seria o direito a uma decisão que resolva o conflito existente, desde que cumpridos certos requisitos denominados condições da ação, quais sejam: a possibilidade jurídica, que seria a permissão legal do pedido formulado pelo autor; o interesse processual, que é a necessidade e a adequação do uso da via judicial para satisfação do direito lesado e a legitimidade das partes para a causa, isto é, as partes devem ser as mesmas da relação de direito material afirmada no processo. Cumpridos estes requisitos, o requerente teria direito de ação, não cumpridos, não teria, ou, na terminologia adotada pelo teórico e por nosso ordenamento jurídico¹³, seria carente de ação. Este direito de ação se materializa em uma sentença que resolve o conflito existente entre as partes, independentemente de ser ela procedente ou improcedente, pois o fim da atividade estatal

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998. p.41.

¹³ Art. 301. X. do Código De Processo Civil.

não é tutelar o interesse de nenhuma das partes, mas encontrar uma solução que importe na realização da ordem jurídica. Liebman conceituava a ação como “o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional¹⁴”.

A teoria de Liebman foi adotada pelo nosso Código de Processo Civil, o que fica evidente por vários de seus dispositivos, em especial o artigo 3º “para propor ou contestar ação é preciso ter interesse e legitimidade” (grifo nosso) e o 267, VI “Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (grifo nosso).

Celso Agrícola Barbi discorda que a teoria de Liebman tenha sido integralmente acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Afirma ele que:

“...Pode parecer que com estes dispositivos, tenha a lei realmente adotado integralmente a teoria da ação do ilustre mestre italiano. Todavia, numerosas disposições do Código contrariam esta conclusão. Realmente se a ação, segundo esta teoria, é um direito contra o Estado, para que este se manifeste sobre o mérito da causa, ela caberá a qualquer pessoa que se pretenda titular de um determinado direito, ainda que este direito não exista na realidade.

No entanto, ao tratar dos procedimentos especiais, o Código é expresso em só conceder ação àqueles que realmente tenham o direito que alegam na inicial. Assim é que o artigo 914 concede ação de prestação de contas “a quem tiver o direito de exigí-las ou a obrigação de prestá-las”; o artigo 926 concede ação de manutenção ou reintegração de posse ao “possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse”; o artigo 934 dá ação de nunciação de obra nova “ao proprietário ou possuidor”, “ao condômino”, etc.

Em todos estes casos, verifica-se que a lei confere ação a quem tem um direito, e não simplesmente a quem se *afirme* titular de um direito”

Além disto, no mesmo citado Livro IV, que contém os Procedimentos Especiais, fala-se em “Ação de Consignação em Pagamento” (art. 890 a 900), “Ação de Depósito” (art 901 a 906), “Ações Possessórias” (art. 920 a 940).¹⁵

Atrevo-me a discordar de Celso Agrícola Barbi. Uma interpretação sistêmica do Código de Processo Civil nos mostra que as incongruências por ele levantadas foram meros deslizes do

¹⁴ Apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*. Revista de Processo, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 41-50, jan./março. 1980. p. 43.

¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1 ao 153*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 22.

legislador. Ainda que o legislador, em certos procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil afirme que só concederá ação àquele que for o legítimo titular do direito, sabe-se que isso não é verdade, tanto é que, só para dar um exemplo, são inúmeras as “ações de reintegração de posse” que são julgadas improcedentes e, nem por isso, pode-se dizer que o direito de ação não foi exercido. Como veremos mais detidamente ao tratarmos da legitimidade “ad causam”, a questão de o autor efetivamente ser, ou não, o titular do direito disputado, não importa quando da propositura da ação, o que importa é a afirmação feita pelo autor no sentido de ser ele o titular do direito disputado, pois as condições da ação não são avaliadas a partir de fatos concretos, mas da situação hipotética relatada pelo autor. Ressalte-se que, em alguns casos, além da afirmação é necessária alguma prova adicional – como na “ação reivindicatória” em que é necessário a prova da propriedade do bem -, mas nem por isso, se ao final for demonstrada a falsidade da prova apresentada, poderá se dizer que não foi exercido o direito de ação, pois este direito será exercido mesmo que a solução final seja contrária ao interesse do autor.

Também a denominação de ações como, por exemplo, a “ação de consignação em pagamento”, foi apenas mais um cochilo do legislador que, quando poderia ter dito “ação a ser processada pelo procedimento especial da consignação em pagamento”, limitou-se a dizer “ação de consignação em pagamento” ou “ação de reintegração de posse”, aliás, denominação utilizada correntemente na prática forense¹⁶. Assim, apesar da confusão feita pelo legislador, é manifesta a opção do Código de Processo Civil pela teoria de Liebman.

Podemos apontar como ponto negativo da teoria de Liebman, ela não ter explicado satisfatoriamente a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário quando, julgadas inexistentes as condições da ação, o processo for extinto sem julgamento do mérito. Segundo o criador da teoria, a atividade aí exercida pelo juiz não seria ainda verdadeira jurisdição, mas sim mera atividade administrativa, uma “filtragem” pela qual o magistrado avaliaria se presentes as condições da ação. O próprio Liebman declarou, referindo-se às condições da ação, que “ausente uma destas condições, verifica-se o que, na exata expressão do tradicional, se qualifica de carência de ação e o juiz deve negar-se prover sobre o mérito da demanda. Neste caso não haverá verdadeiro exercício da jurisdição”¹⁷. A verdade é que, seguindo a teoria de Liebman, também o legislador

¹⁶ Como sabemos que o direito de ação é um só, qual seja, o direito a exigir que o Estado dê solução às lides existentes, todas as vezes que dermos nome a uma ação, este nome estará entre aspas, como é o caso da “ação popular constitucional”.

¹⁷ Apud GOMES, Fábio. Op. cit., p. 18.

brasileiro não considera que nestes casos tenha ocorrido manifestação do direito de ação, haja vista o disposto nos artigos 3º e 267, VI, do CPC.

Face o nosso ordenamento jurídico considerar não haver exercício da jurisdição na atividade realizada pelo juiz até a sentença que extingue o processo pela inexistência das condições da ação, nossos doutrinadores¹⁸ procuram fundamentar a natureza desta atividade no direito de petição previsto pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIV), onde é assegurado a todas as pessoas o direito de peticionar aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder. Com fundamento no direito de petição, qualquer pessoa, por mais absurdo que seja seu requerimento terá direito a formação de um processo, ainda que a atividade do julgador se limite à constatação de sua inviabilidade e posterior extinção. O direito de ação seria, então, espécie da qual o direito de petição é gênero, ou, como leciona Wagner Brússolo Pacheco:

“...São as condições da ação, ou condições de admissibilidade da ação. Presentes estas, o genérico e incondicionado direito constitucional de petição (art. 153, §§ 4º e 30, da CF) se transmuda no específico direito de ação, cujo exercício enseja, a final, o pronunciamento judicial sobre o mérito, favorável ou desfavoravelmente ao autor.”¹⁹

No mesmo sentido Arruda e Teresa Alvim:

“O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, (segundo o qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”) dá o âmbito do direito de ação no nosso ordenamento jurídico, de modo que toda e qualquer pessoa terá direito de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, direito de ação, na sua acepção mais ampla. Desse modo, no plano jurídico-constitucional, onde originária e primariamente se situa a ação, consubstancia-se ela num direito autônomo e absolutamente abstrato consistente no direito que tem o indivíduo de pedir tutela jurisdicional ao Estado, relativamente a uma pretensão, podendo dessa ação, a nível constitucional, nascer a ação do processo civil. Trata-se no caso, do chamado direito de petição, ou direito constitucional de ação, totalmente incondicionado à verificação da existência de qualquer condição. No entanto, não se confunde esse direito de ação constitucional, ou direito de petição, com o direito de

¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. Op. cit., p. 83/85; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979, p. 35-36.

¹⁹ PACHECO, Wagner Brússolo. *Condições da Ação Popular*. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 17, n. 72, p. 113-123, out./dez. 1984, p. 113.

ação concebido como instituto processual. Este, instituto de direito processual, constante, pois, de lei processual, tem seus requisitos de exercício (=condições da ação) também traçados pela lei processual.”²⁰

1.7 Conceito de ação

Tendo em vista a teoria formulada por Liebman e adotada por nosso ordenamento jurídico, qual é então o conceito de ação?

Donaldo Armelin conceitua a ação como “o direito subjetivo público abstrato assegurado ao indivíduo em face do Estado, que lhe garante a atuação da jurisdição para a apreciação do mérito objeto do processo, que é o pedido formulado pelo autor.”²¹

Humberto Theodoro Júnior conceitua como “um direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo a pretensão de quem o exerce”²².

Celso Agrícola Barbi conceitua como “o direito do autor a obter sentença, que julgue o mérito da causa”.²³

Segundo Walter Nunes da Silva Junior “ação é o direito facultado ao indivíduo, envolto em conflito intersubjetivo social, de pleitear que, por intermédio do órgão judicante, o Estado preste a tutela jurisdicional, dirimindo a contenda, julgando procedente, ou não a pretensão do autor”²⁴

Ainda, para Joel Dias Figueira Júnior:

“é o poder jurídico efetivo que visa à obtenção de uma sentença de mérito (exercício de direito subjetivo público). Para tanto, é imprescindível a presença de condições satisfatórias que a tornem capaz de gerar seus efeitos na órbita substantiva. Esses requisitos indispensáveis de sua existência válida são três: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade e o interesse de agir”²⁵

²⁰ Apud MEDINA, José Miguel Garcia. *Possibilidade jurídica do pedido e mérito*. Revista de Processo. São Paulo, v. 24, n. 93, p. 371-383, jan./mar. 1999. p. 375.

²¹ ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p. 34.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V.1. p. 50.

²³ BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 21.

²⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Condições da ação e pressupostos processuais*. Revista de Processo. São Paulo, v. 16, n. 64, p. 70-79, out./dez. 1991. p.72.

²⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – O pensamento do Prof. Alfredo Buzaid*. Revista de Processo. São Paulo, v. 18, n. 72, p. 335-347, out./dez. 1993. p. 339.

Fazendo uma análise das definições dadas, observamos que a ação declaratória não foi incluída nos conceitos, por isso, propomos um novo conceito de ação: Ação seria o exercício do direito extensível a todas as pessoas de, sentindo-se ameaçadas ou lesadas em um direito, desejando atestar a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a falsidade ou veracidade de um documento, exigir que o Estado, exercendo sua função jurisdicional, ponha um fim ao conflito, declare se a relação jurídica existe ou inexistente ou se o documento é falso ou verdadeiro, através da prolação de uma decisão de mérito, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela lei, quais sejam: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse e a legitimidade das partes.

A ação é, portanto: dirigida contra o Estado e não contra o réu, apesar de que este irá sofrer as conseqüências da decisão do juiz; abstrata, pois independe da prestação jurisdicional ser favorável ou desfavorável ao autor, mas não genérica pois só é outorgada àquele que cumprir os requisitos exigidos pela lei; autônoma, pois pode ser exercitada mesmo na ausência de direito subjetivo material; e instrumental pois dará solução a uma questão de direito material.

2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

2.1 Conceito

Já tratamos do conceito de ação, o que facilita o trabalho de definir quais as suas condições. Se a ação é o direito de exigir que o Estado resolva o conflito de interesses existente entre duas pessoas, desde que cumpridas determinadas condições, *a contrario sensu*, estas serão as condições necessárias para que o Estado resolva o conflito de interesses que lhe foi apresentado através do exercício do direito de ação.

Liebman define-as como “...as condições de admissibilidade das providências sobre a demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional referentes aos casos concretos deduzidos em juízo.”²⁶

Grinover, Cintra e Dinamarco afirmam que são as “condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional.”²⁷

Para Arruda Alvim seriam “as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso Direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito.”²⁸

Portanto, o atendimento das condições da ação é essencial para que o juiz possa analisar o mérito da causa. Atendidas, proporcionarão a ele elementos mínimos que possibilitarão a emissão de uma decisão, seja ela favorável, ou não, ao autor. Assim, se a petição inicial contém pedido juridicamente impossível, o processo será extinto, mas não porque o pedido feito pelo autor foi rejeitado após a análise dos seus fatos e fundamentos jurídicos, mas porque o provimento requerido, independentemente da argumentação que se faça em favor dele, é vedado pelo ordenamento jurídico. A mesma situação ocorre se o autor de uma “ação de execução por título extrajudicial” demanda quem, segundo o encartado no título, não é seu devedor. Ora, neste caso o juiz não chega a analisar se existe uma dívida, nem qual é o seu valor, apenas declara que as partes não são legítimas e, por isso, não há elementos para solucionar o conflito, que, aliás, nem existe. José de Albuquerque Rocha clareia a questão:

²⁶ Apud FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 346

²⁷ CINTRA. Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 259.

²⁸ ALVIM. Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V.2. p. 341.

“Em outros termos, antes de pronunciar-se sobre o pedido do autor, o Estado procura verificar se a situação jurídica afirmada no processo reúne aquele mínimo de requisitos que tornem possível o próprio pronunciamento, seja qual for o seu conteúdo. Isto significa que o Estado, antes de dizer se ou autor tem razão ou não, verifica se, em tese, é possível pronunciar-se sobre sua pretensão. É como se o Estado formulasse a si mesmo a pergunta: é possível conhecer do problema que me foi colocado pelo autor independentemente de saber qual seja a sua solução? Ora, se o problema em si mesmo considerado não reúne aquele mínimo de condições que tomam possível sua solução, seja ela qual for, então o Estado não tem nenhum motivo para desenvolver aquela atividade tendente a solucioná-lo, porquanto já resulta do próprio problema a impossibilidade de resolvê-lo num ou noutro sentido. Em suma, antes de o Estado dar qualquer resposta sobre o pedido do autor, cabe indagar preliminarmente se é possível fazê-lo.”²⁹

Por isto é que dissemos que o direito de ação é abstrato, pois estendido a qualquer um que sentir ameaçado ou lesado o seu direito, mas não genérico, porque só é concedido à quem cumprir as condições exigidas pela lei.

Vemos, portanto, que o direito de ação é totalmente desvinculado do sucesso do autor na demanda; afinal, mesmo cumpridas as condições da ação o pedido pode, ao final, ser julgado procedente ou improcedente. Por isso, tecnicamente incorreta a praxe forense de identificar aquele que teve o seu pedido atendido pelo órgão jurisdicional como o “vencedor da ação” ou o que “teve a ação julgada procedente”. Ora, se o direito de ação visa somente que o órgão julgador prolate uma sentença de mérito, sempre que isto ocorrer a ação foi procedente, independentemente do acatamento ou não do pedido.

2.1.1 As condições da ação e o trinômio processual

Vimos que as condições da ação são os requisitos que devem ser cumpridos para que o órgão jurisdicional tenha elementos suficientes para julgar o mérito da causa; entretanto, para que o Estado efetivamente cumpra a sua função jurisdicional, outras matérias devem ser analisadas. É que o processo civil brasileiro tem como base o que a doutrina chama de trinômio processual, que são as matérias essenciais a serem analisadas pelo órgão julgador para que seja prestada a sua tutela. São elas: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito. Os pressupostos

²⁹ ROCHA. José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.. p. 186.

processuais e as condições da ação devem ser analisados primeiramente, pois são considerados requisitos de admissibilidade do mérito, para, somente então, passar-se ao julgamento deste. Entre os pressupostos processuais e as condições da ação, a doutrina recomenda que, em princípio, por uma questão de método, os pressupostos sejam primeiramente analisados, mas nada impede, caso o magistrado conclua primeiro pela falta de condições da ação, que o processo seja extinto por este motivo, ou, verificando a falta de ambos os requisitos, sejam os dois utilizados como causa de sua extinção. Chiovenda já ensinava que:

“De todas as questões num processo, a última e mais importante é aquela referente a existência de uma vontade concreta da lei que garanta um bem à alguém. As outras se apresentam em uma ordem lógica de preliminares, uma em relação a outra e de todas em relação a última, no sentido de que uma deve se conhecer antes da outra, ou que a solução de uma pode resultar inútil de passar para outra.”³⁰

Ensina também Ada Pelegrini Grinover que “Em última análise, quer os pressupostos processuais, quer as condições da ação são requisitos prévios, cuja inobservância impede que o juiz chegue ao conhecimento e julgamento do mérito; mas com o mérito não se confundem: nada tem a ver com a eventual existência do direito subjetivo material afirmado pelo autor.”³¹

Do conceito de condições da ação já tratamos acima, resta agora dar o mesmo tratamento às outras duas matérias que compõem o chamado trinômio processual: os pressupostos processuais e o mérito.

Quando uma ação é proposta, o Estado pratica um conjunto de atos para chegar até a decisão que resolve o conflito, criando uma relação jurídica processual entre o juiz e as partes. Esta relação processual, para ser considerada válida, deve observar certos requisitos concernentes a matéria e a forma, chamados, pelo Código de Processo Civil, de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV) e, pela doutrina, de pressupostos processuais. A presença dos pressupostos de constituição visa o estabelecimento de uma relação processual válida, dos de desenvolvimento, visa que o processo já validamente instaurado, desenvolva-se validamente até o julgamento da causa. São exemplos de pressupostos processuais: a competência do juiz para julgamento da causa, o pagamento de custas processuais, a citação

³⁰ Apud FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 336.

³¹ Apud. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Pressupostos processuais...* Op. cit., p. 46

válida, entre outros exemplos que poderiam ser lembrados, mas que não formam um número determinado, pois o Código não exaure as hipóteses e a doutrina não é unânime, nem em sua classificação, nem em seu número. A falta de qualquer pressuposto processual, persistente mesmo após a oportunidade de emendar ou completar o processo (art. 284, CPC), acarreta a extinção prematura do processo, devendo o juiz prolatar uma sentença extintiva de natureza meramente formal, em que o mérito não chega a ser julgado (art. 267, VI, CPC: “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”).

Tanto os pressupostos processuais como as condições da ação são, portanto, considerados requisitos de admissibilidade do mérito, mas, não têm eles, a mesma natureza. A análise dos pressupostos processuais tem o fim de verificar se, na formação da relação processual, foram observados certos requisitos formais e materiais, exigidos pela lei; a das condições da ação visa determinar se estão presentes os elementos que possibilitam o julgamento do mérito: “O pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual, e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras de direito material.”³²

Tendo o processo se instaurado e desenvolvido regularmente, tendo os requisitos exigidos para que o juiz tenha elementos para decidir o conflito sido cumpridos e, finalmente, tendo as partes apresentado suas teses e respectivas provas, pode o juiz decidir quem tem razão, o que é feito através da prolação de uma decisão de mérito. Mérito aqui tem sinônimo de lide, que é a situação conflituosa relatada na inicial ou, como consta na exposição de motivos do Código de Processo Civil, “a lide é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento deste conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega a outra, constitui uma sentença definitiva de mérito.”³³ Assim, quando satisfeitos os pressupostos processuais e as condições da ação o juiz dá uma solução para a lide através de uma sentença que julga o mérito e declara extinto o processo (art. 269, I, CPC), ao contrário, quando faltarem os pressupostos processuais ou condições da ação, o processo será extinto sem julgamento de mérito (art. 267, IV, VI, CPC). De modo que, como já vimos³⁴, só haverá verdadeiro exercício da jurisdição quando o

³² Apud THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de... Op. cit., p. 58-59.

³³ MUSSI, Breno Moreira. *As condições da ação e a coisa julgada*. Revista de Processo, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 35-53, mar. 1987, p. 38

³⁴ Capítulo I, p. 21.

órgão julgador decidir sobre o mérito da causa, pois “recusar-lhe o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda propriamente julgar; é atividade que por si nada tem de jurisdicional e adquire esse caráter só por ser uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição”³⁵

2.1.2 Momento de argüição da inexistência de uma das condições da ação

Conforme o disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil, a inexistência de qualquer uma das condições da ação deve ser conhecida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto o juiz não proferir a sentença de mérito. Logo, é uma daquelas questões que devem ser conhecidas pelo juiz independentemente de iniciativa da parte, encaixando-se na exceção da regra prevista no artigo 128 daquele mesmo Código (“o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”).

No referido artigo 267, § 3º, vemos que, mais uma vez, o legislador não se esmerou na linguagem. Ao ditar que o conhecimento de ofício somente se dará enquanto não proferida a sentença de mérito (grifo nosso), dá a falsa impressão de que a inexistência das condições só poderia ser conhecida de ofício pelo juiz de primeiro grau, que é quem põe termo ao processo mediante sentença (art. 162, §1º). Ora, a presença das condições da ação é sempre apreciável pelo órgão jurisdicional enquanto ele for competente para conhecer da causa, seja em qualquer tempo ou grau de jurisdição, como deixa claro a redação do artigo até o momento em que se refere à sentença de mérito. De maneira que, em primeiro grau, a existência das condições da ação deverá sempre ser conhecida enquanto não prolatada a sentença de mérito, em segundo grau, enquanto não prolatado o acórdão, podendo o tribunal manifestar-se após este momento, se opostos embargos infringentes. O mesmo raciocínio vale para os graus superiores.

Ressalte-se que, apesar deste dever do magistrado de extinguir o processo quando verificada a ausência das condições da ação, também o réu tem o ônus de alegá-la na primeira oportunidade que lhe caiba falar nos autos, antes mesmo de discutir sobre o mérito, sob pena de responder pelas custas resultantes da continuidade inútil do processo (art. 267, parágrafo 3º c/c 301, X, ambos do CPC).

³⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. op. cit., p. 343.

Não obstante o magistrado dever conhecer da matéria em qualquer tempo e grau de jurisdição, devemos nos perguntar: em que momento do processo ele terá elementos suficientes para constatar a inexistência de uma das condições da ação? Cumpre inicialmente observar que há um limite para esta apreciação, correspondente à prolação de uma decisão de mérito, pois ali acaba o ofício jurisdicional (art. 463, CPC), ao menos para o grau de jurisdição que proferi-la. Além disto, se a razão da análise da presença das condições da ação é justamente verificar se há elementos suficientes para que se julgue mérito, com o seu julgamento, o magistrado está implicitamente aferindo a presença daquelas condições.

Com efeito, a análise da presença das condições deve ser feita desde o momento em que pela primeira vez o juiz analisa a inicial (artigo 295 do CPC: “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. Também o artigo 267 do CPC: “Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: I. quando o juiz indeferir a petição inicial”); durante todo o processo, em especial antes de iniciar a instrução e julgamento da causa (artigo 329 do CPC: O ocorrendo qualquer um das hipótese previstas no artigo 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo) ou, até mesmo, após a instrução e julgamento, quando for necessário uma investigação mais acurada para a certeza quanto a presença das condições da ação. Alfredo Buzaid já esclarecia que:

“...Assim, pois, quis a lei que o Juiz, reconhecendo que a parte é manifestamente ilegítima, assim o declare, quer ao despachar a petição inicial, que ao proferir o despacho saneador. Se algumas vezes encontra o Magistrado dificuldades em resolver a questão, o motivo é que, não havendo no processo elementos assaz suficientes para formar-lhe a convicção, difere o conhecimento da matéria para a sentença definitiva, condicionando-a à produção de provas na audiência de instrução e julgamento. Mas isso, deve dar-se quando à míngua de outros meios, não dispuser o Juiz de recursos hábeis para decidir a questão.”³⁶

É válido também o ensinamento de Donaldo Armelin que, mesmo discorrendo especificamente sobre a legitimidade, transmite um ensinamento válido para qualquer das condições da ação:

³⁶FIGUEIRA JUNIOR. Joel Dias. Op. cit., p. 344-345.

“O exame da legitimidade do autor ocorre *liminarmente e prima facie* nos casos macroscópicos da carência desta condição da ação. Aliás, não se cinge apenas à legitimidade essa possibilidade processual. Reporta-se expressamente ao interesse processual, e, indiretamente, à falta de possibilidade jurídica, esta encartada no rótulo genérico de inépcia da inicial (art. 295, I, parágrafo único, III). Em tais casos, a carência em causa deve estar tão flagrantemente patenteada, seja em função da estrutura lógico-formal da inicial, seja em decorrência dos documentos que esta instruem, que desnecessário se torna o estabelecimento do contraditório a respeito, podendo o juiz convencer-se disso sem auxílio de elementos carreados aos autos pela parte contrária. Portanto, embora excepcional tal hipótese, é plenamente justificada sob o ângulo dos princípios informativos do processo. Não se justifica o prosseguimento de um processo fadado a extinção normal que se revela patente. Em contrapartida, o despacho determinando a citação do réu, exarada na inicial, representa um reconhecimento implícito, embora transitório, da ocorrência, *quantum satis*, das condições da ação, ocorrência esta a ser reexaminada na fase saneadora do processo... Da mesma forma que a apreciação da legitimidade pode ser antecipada em relação ao seu momento normal, encartado na fase de saneamento, deve ser adiada, em certas hipóteses. É o que sucede, v.g., quando a aferição da presença ou ausência dessa condição da ação, por envolver matéria de fato, depende de prova diversa da documental, cuja produção invada a fase instrutória do procedimento. Nesses casos, o exame final da legitimidade será relegado para a fase decisória, após o encerramento da instrutória.”³⁷

Inconformada a parte com a decisão do juiz que proferir decisão a respeito das condições da ação, cabe recurso. Se a decisão for pela sua inexistência, o processo será extinto sem julgamento do mérito, sendo cabível o recurso de apelação (art. 523, CPC). Caso a decisão seja pela presença das condições da ação, dependerá do momento em que foi proferida a decisão, a espécie de recurso: se a decisão tiver sido dada antes da prolação da sentença de mérito, em decisão interlocutória, o recurso cabível será o agravo de instrumento (art. 522, CPC), se, juntamente com a decisão de mérito, implícita ou explicitamente, o recurso cabível será a apelação.

2.1.3 A preclusão da decisão que confirma a presença das condições da ação

Não preclui a decisão que, implícita ou explicitamente, conclui pela presença das condições da ação antes da sentença de mérito. De maneira que, se o juiz de primeiro grau, por

³⁷ ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p. 152-153

meio de decisão interlocutória, decreta estar presente o interesse processual, pode ele mais tarde, se convencido da falta de interesse, extinguir o processo sem julgamento do mérito. Todavia, se aquela decisão interlocutória for agravada e o Tribunal confirmar a decisão, não pode mais o magistrado de primeiro grau modificá-la, pois aí prevalece a decisão do órgão superior. O mesmo raciocínio vale para os graus superiores.

Esta, ao menos, é a opinião de grande parte da doutrina³⁸ e jurisprudência que vêm defendendo a inexistência da preclusão dentro do mesmo grau de jurisdição quando tratar-se de decisão sobre as condições da ação, não se aplicando, nestes casos a súmula 424 do Supremo Tribunal Federal (“Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas explícita ou implicitamente para a sentença”).

2.1.4 A carência e a propositura de uma nova ação

Como vimos³⁹, nosso Código adotou a teoria do trinômio processual, conforme a qual, a análise dos pressupostos processuais e das condições da ação devem sempre preceder a análise do mérito. Constatando a inexistência das condições da ação o órgão julgador prolatará sentença; contudo, esta sentença extingue o processo sem julgamento do mérito e, quando transita em julgado, faz apenas coisa julgada formal, não impedindo que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo.

Em consequência disto, pode o autor reiterar a ação quantas vezes desejar, o que, aliás, é possível em quase todos os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito⁴⁰. Isto em função do artigo 268 do CPC, que impõe nestes casos, como único requisito para a propositura de nova ação o pagamento ou depósito das custas e dos honorários de advogado.

Esta permissão é um estímulo à propositura de processos fadados a extinção sem julgamento do mérito. Melhor seria, como muito bem pondera Donald Armelin⁴¹, que se mantivesse a fórmula do antigo Código de Processo Civil que, nestes casos, decretava a impossibilidade de reiteração da ação, exceto se as condições da ação fossem implementadas através do surgimento de fatos novos, posteriores à sentença.

³⁸ ARMELIN, Donald. Op. cit., p. 347; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, V.2. Op. cit., p. 346)

³⁹ Capítulo II, pág. 25.

⁴⁰ Exceto quando o processo tenha sido extinto em razão de o juiz ter acolhido a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada, ou quando extinto por três vezes face o abandono da causa pelo autor.

⁴¹ ARMELIN, Donald. Op. cit., p. 150.

É importante ressaltar que, não obstante nosso ordenamento jurídico tenha claramente optado pela extinção do processo sem julgamento do mérito quando da inexistência de uma das condições da ação, há muitos doutrinadores que contestam a opção do legislador, defendendo que a constatação de inexistência das condições implica em julgamento do mérito. É o caso de Galeno Lacerda, defensor da teoria que, em caso de extinção do processo por ilegitimidade de uma das partes, a ação é julgada definitivamente em relação a eles, pois à lide foi dada solução nos termos em que foi proposta, decidindo que o autor não tem o direito, ao menos em relação àquele réu. Uma nova demanda, com a mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, segundo ele, deve ser repellido, pois já operou a coisa julgada material.⁴² Calmon de Passos, também contestando a natureza da sentença que decide pela carência de ação, deu exemplo de alguém que, propondo “ação de usucapião”, relata estar na posse do bem há tempo insuficiente para a aquisição da propriedade pelo usucapião, o que, *prima facie*, é percebido pelo juiz, que extingue o processo sem julgamento do mérito pela impossibilidade jurídica do pedido. Todavia, se o mesmo autor tivesse proposto a mesma ação, mas relatasse estar no imóvel a tempo suficiente para a aquisição da propriedade pelo usucapião, não haveria extinção do processo *prima facie*, mas, somente após a instrução, percebendo o juiz que a posse não era suficiente para aquisição da propriedade, o processo seria extinto, agora com julgamento do mérito. Segundo ele, nas duas hipóteses o mérito teria sido julgado, pois, em ambos os casos, teria sido dito a mesma coisa: que o pedido não foi atendido por disposição expressa de lei.

Realmente, pelos argumentos apresentados, é discutível se a sentença que decide pela inexistência das condições da ação decide também o mérito, matéria suficiente para uma monografia específica sobre o tema. A verdade é que, nosso ordenamento, adotando a teoria do trinômio processual, desvincula totalmente o julgamento das condições da ação, do julgamento do mérito, haja vista os artigos 267 e 268 do Código de Processo Civil, por isso, ao menos enquanto nosso ordenamento não for modificado, o julgamento das condições da ação faz apenas coisa julgada formal.

2.1.5 Modificação das condições da ação no decorrer do processo

É possível que, o decorrer do processo, uma condição da ação que previamente existia, passe a não mais existir ou vice-versa. Assim, pode o autor que propôs uma “ação popular

⁴² MUSSI, Breno Morcira. Op. cit., p. 45.

constitucional”, no decorrer do processo perder sua condição de cidadão, perdendo com isso, também, a sua qualidade de legitimado ativo, ou, inversamente, pode no decorrer da ação adquiri-la, passando a ter legitimidade. Ou, pode alguém propor ação requerendo algo que por lei é proibido e no decorrer do processo, que não foi extinto por um lapso do Magistrado, surgir legislação que ampare aquele pedido, tornando-o possível. Como agir nestes casos? Conforme já explicado, não preclui o direito de julgar a inexistência das condições da ação, portanto, verificando o magistrado que uma condição da ação que existia anteriormente passou a inexistir, deve ele extinguir o processo sem julgamento do mérito, com apoio no artigo 267, VI, do CPC. Agora, se uma condição que inexistia quando da propositura da ação for implementada por fato novo – hipótese rara, afinal sua presença deverá ser analisada quando do despacho da inicial –, deve o magistrado ter como satisfeito o requisito das condições da ação por uma questão de lógica, de economia processual e até mesmo, como lembra Donaldo Armelin⁴³, em função do artigo 462 do CPC que determina que “se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

2.2 A possibilidade jurídica do pedido

A primeira condição da ação de que trataremos será a possibilidade jurídica do pedido, requisito exigido pelo artigo 267, VI, do CPC. Tal condição fora prevista na teoria eclética proposta por Liebman; contudo, em 1973, quando do lançamento da 3ª edição de seu Manual de Direito Processual Civil, o doutrinador, sem dar maiores explicações, retirou a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, incluindo-a como elemento do interesse de agir. Não obstante, a possibilidade jurídica do pedido ainda é prevista no nosso ordenamento e por isso devemos considerá-la.

Nosso Código de Processo Civil não dá uma definição do que seja a possibilidade jurídica do pedido, tarefa deixada a cargo da doutrina, que por um longo tempo considerou satisfeito o requisito quando o pedido do autor era daqueles tuteláveis, ainda que abstratamente, pelo ordenamento jurídico. Eram comuns, e em muitos manuais ainda subsistem, definições como “a possibilidade jurídica significa que ninguém pode intentar uma ação, sem que peça uma providência que esteja, em tese (abstratamente), prevista no ordenamento jurídico, seja expressa,

⁴³ ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p. 156.

seja implicitamente"⁴⁴ ou, no mesmo sentido, "a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação"⁴⁵.

Contudo, o conceito de possibilidade jurídica do pedido começou a ser visto de um outro ângulo, a partir do alerta feito por Moniz Aragão⁴⁶ sobre a inexistência de lacunas insuperáveis no ordenamento brasileiro. Com efeito, o artigo 126 do Código de Processo Civil aponta como dever do juiz, no caso de lacuna da lei, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, mesma regra do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Sendo assim, mesmo não estando prevista explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico, a providência pedida pode ser deferida pelo órgão julgador.

Considerando o exposto, Moniz Aragão propôs uma nova definição de possibilidade jurídica do pedido, considerando-a satisfeita não quando houvesse previsão de tutela pelo ordenamento jurídico, mas quando este ordenamento jurídico não contivesse uma proibição ao seu exercício. Nas palavras dele próprio:

“Em face dessas considerações, parece que o verdadeiro conceito de possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente.

Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica... Não havendo veto há possibilidade jurídica; se houver proibição legal não há possibilidade jurídica.”⁴⁷

Dá como exemplos de impossibilidade jurídica do pedido, o caso do marido ou da esposa que, antes da Lei nº 6515/77 (Lei do Divórcio), propusesse ação requerendo a concessão do divórcio, haja vista que havia expressa disposição legal em contrário, também, o indivíduo que propõe ação de cobrança com fundamento em dívida de jogo, que, segundo expressamente declara o artigo 1477 do Código Civil, não obriga o pagamento.

⁴⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, V.2. Op. cit., p. 351.

⁴⁵ Apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Pressupostos Processuais*.... Op. cit., p. 44.

⁴⁶ ARAGÃO, Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 154 a 269*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 392.

⁴⁷ ARAGÃO, Moniz. Op. cit., p. 392.

Nos parece, entretanto, ainda mais acertada a definição de possibilidade jurídica do pedido dada por Eduardo Ribeiro de Oliveira, que complementa a definição dada por Moniz Aragão. Segundo ele, a falta de previsão no ordenamento jurídico pode ter conseqüências iguais à proibição, como quando a lei prevê um determinado número de situações tuteláveis pela lei, estabelecendo-as como *numerus clausus*. Neste caso, as situações da mesma espécie que não forem previstas devem ser consideradas juridicamente impossíveis. Por isso, diz ele:

“O julgador haverá sempre de examinar o ordenamento jurídico em seu conjunto, valendo-se dos processos de integração, para concluir se o provimento pleiteado é ou não admissível. Se este for claramente excluído pelo direito escrito será mais fácil o trabalho do Juiz. Entretanto, seu pronunciamento não terá natureza diversa, se só após reflexões demoradas ou custosas pesquisas, esgotados os recursos às fontes, puder chegar à conclusão de que a providência não se compatibiliza com o direito vigente. Em suma, inadmitindo o ordenamento aquilo que o autor pretende, seja porque expressamente o veda, seja porque não o prevê, a conseqüência é a mesma e a substância da sentença, quanto ao aspecto que se examina, será idêntica.”⁴⁸

Cândido Rangel Dinamarco ⁴⁹, afirma que o conceito de impossibilidade jurídica do pedido é ainda mais amplo do que o ensinado pela doutrina. Alerta que a análise da possibilidade jurídica do pedido não pode ser circunscrita ao pedido em si, mas deve abarcar também a causa de pedir; afinal, muitas vezes o pedido não é vedado pelo ordenamento, mas seus fundamentos são. É o caso do exemplo dado sobre a cobrança de dívida de jogo: o pedido de cobrança de dívida em si é lícito, mas, seu fundamento - a dívida de jogo - não é, em face do disposto no art. 1477 do Código Civil, razão pela qual o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Mesma conseqüência teria o pedido de cobrança se visasse o pagamento por um homicídio encomendado: o pedido de cobrança de dívida em si é lícito, mas o fundamento da cobrança - o crime cometido - é ilícito.

⁴⁸ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Condições da Ação: A possibilidade jurídica do pedido*. Revista de Processo, São Paulo, v.12, n. 46, p. 39-47, abr./jun. 1987, p 41-42.

⁴⁹ ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p. 51.

2.3 O interesse processual

O interesse processual, também chamado de interesse de agir, vem previsto, juntamente com a legitimidade, no artigo 3º do Código de Processo Civil como uma das condições da ação: “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (grifo nosso). O artigo 295, III, do mesmo Código, qualifica-o de interesse processual: “A petição inicial será indeferida quando: o autor carecer de interesse processual”(grifo nosso).

Da mesma maneira que com a possibilidade jurídica do pedido, a doutrina tem se encarregado da tarefa de definir o conceito de interesse processual, fazendo-o a partir de seus dois elementos essenciais: a necessidade de intervenção do Poder Judiciário e a adequação do provimento pedido à situação retratada na inicial.

A necessidade surge quando somente pela via judicial o requerente poderá evitar um prejuízo, ou seja, aquele que afirma estar ameaçado de sofrer, ou efetivamente sofreu, um dano em razão de um fato contrário ao direito, somente poderá evitá-lo ou saná-lo através da intervenção do Poder Judiciário. Não tem necessidade de atuação do Poder Judiciário o credor de dívida já paga, como também não tem aquele que requer a reintegração de posse de terreno do qual o invasor já se retirou.

A adequação surge quando o provimento pleiteado pelo autor é realmente apto a solucionar a lide retratada na inicial; assim, não requer um provimento adequado aquele que propõe “ação de usucapião” visando cobrança de dívida, ou, propõe “ação de prestação de contas” visando reintegração de posse. Alguns doutrinadores dão à adequação o nome de utilidade do provimento, o que é a mesma coisa. O que não pode ocorrer, é confundir utilidade no sentido de adequação, com utilidade no sentido de trazer um benefício para o requerente. É claro que se a utilidade for entendida neste segundo sentido, seu conceito estaria dentro do de necessidade do provimento jurisdicional, pois tudo que é necessário é também útil para quem requer.

José de Albuquerque Rocha é um daqueles que apontam a necessidade e a adequação como elementos do interesse processual:

“O interesse de agir é justamente essa necessidade que tem alguém de recorrer ao Estado e dele obter proteção para o direito que julgue ter sido violado ou ameaçado de violação...É igualmente indispensável que o autor peça o remédio adequado à situação afirmada,

ou seja, peça a prestação jurisdicional adequada à realização da situação jurídica afirmada e, bem assim, escolha o processo e o procedimento idôneos para obter a proteção jurisdicional.”⁵⁰

Wagner Brússolo Pacheco aponta a necessidade e adequação, esta última incluindo a utilidade do provimento e um novo elemento, a justiça de se sujeitar a parte adversária ao processo:

“Conquanto dispersa e isoladamente tratados na doutrina, se tem verificado que o interesse de agir se desdobra em dois elementos: a necessidade do uso das vias jurisdicionais para a satisfação da pretensão e a adequação do provimento e do procedimento desejados, significando o primeiro que só nasce o direito de ação quando as forças do direito objetivo material se mostram incapazes de extinguir a lide, e o segundo, o condicionamento do exercício da atividade jurisdicional à utilidade que o provimento desejado possa oferecer à atuação concreta da lei, e à justiça de se sujeitar a parte adversária ao processo”⁵¹

O Código não fala somente em interesse processual do autor, mas, também, do réu. O interesse deste; todavia, decorre tão somente da sua posição no processo, pois, parece lógico que, qualquer um que seja demandado tem interesse em defender-se de uma condenação. Em razão disto, melhor a utilização do termo “interesse processual” ao invés de “interesse de agir”, que denota um interesse exclusivo do autor.

Convém, por último, esclarecer que o interesse processual exigido pelo Código não se confunde com o interesse substancial que surge quando da violação do direito material, pelo contrário, é oriundo deste, ou como ensina Everardo de Souza “o interesse processual não nasce ao mesmo tempo que o interesse de direito material. Aquele interesse somente surge depois, isto é, no momento em que o direito subjetivo começa a encontrar-se em estado de insatisfação e a exigir a providência jurisdicional para sua tutela.”⁵²

⁵⁰ ROCHA, José da Albuquerque. Op. cit., p. 194-195.

⁵¹ PACHECO, Wagner Brússolo. Op. cit., p. 115.

⁵² SOUSA, Everardo de. *Interesse de agir*. Revista de Processo, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 30-36, jul./set. 1983, p. 33.

3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA “AD CAUSAM”

3.1 Conceito de Legitimidade

A legitimidade ativa e passiva “ad causam”, também denominada de *legitimatío ad causam petendi*, *legitimatío ad agendum* ou legitimidade de parte é a última das três condições da ação que iremos analisar, o que faremos com mais vagar, pois ela está eminentemente relacionada com o tema desta monografia. Ela é prevista, mas não conceituada, pelo Código de Processo Civil no artigo 3º: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (grifo nosso), regra semelhante a do artigo 267, VI, do mesmo Código: “Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (grifo nosso).

Mas o que é esta “legitimidade de parte” exigida pelo Código? Para entendê-la, devemos primeiramente definir o que são as partes de um processo. Partes do processo, nada mais são do que aquele que pede (em seu nome ou em nome alheio) e aquele em face de quem se pede (também em seu nome ou em nome alheio) alguma coisa perante o órgão jurisdicional. Ou seja, a qualidade de parte – tanto ativa como passiva - advém do simples protocolo de petição inicial e apresentação desta para o despacho do juiz, requerendo-se algo em face de alguém, ainda que inexistente ou mesmo absurdo o requerimento. Claro que só tem capacidade para ser parte, aqueles que têm capacidade de contrair direitos e obrigações, o que é outorgado pelo ordenamento brasileiro à qualquer ser humano, independentemente de sua idade, condição mental, nacionalidade, sexo ou estado civil (art. 2º, Código Civil); às pessoas jurídicas (art. 13 a 16, Código Civil) e a certas certas massas patrimoniais como as sociedades irregulares, a herança jacente, a massa falida e o espólio (art. 12, CPC), estas últimas “com atuação limitada às próprias razões que lhe informam a existência como um todo”⁵³.

Definido o conceito de partes do processo, podemos partir para o conceito de “legitimidade de parte”.

Donaldo Armelin conceitua-a como “uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no processo a lide *sub judice* Essa qualidade emerge de uma

⁵³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo. Saraiva: 1994. v. 1. p. 145.

situação jurídica legitimante e dá colorido a uma situação processual oriunda, obviamente, de um processo existente, ou seja, a situação de parte neste processo.”⁵⁴

Wagner Brússolo Pacheco afirma que ela é “um atributo jurídico que se junta à parte, e a torna apta a ver resolvida no mérito a lide que foi posta em juízo.”⁵⁵

José Carlos Barbosa Moreira, em um conceito mais complexo, diz que:

“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. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas “in statu assertionis” - isto é, independentemente de sua efetiva ocorrência, que só no curso do processo se apurará - coincidem com as respectivas situações legitimantes. Outra maneira de expressar o mesmo fato consistiria em dizer que, no processo, o contraditório se instaurou regularmente. Processo de contraditório regularmente instaurado é expressão equivalente a processo cuja as partes são legítimas”⁵⁶

Se a legitimidade é uma qualidade jurídica que se agrega à parte, podemos estabelecer que em todo o processo que se inicia haverá a parte ativa – autor - e a parte passiva – réu -, as quais poderão ser qualificadas pela legitimidade para agir ou não. Portanto, a situação de ser parte em um processo, sempre antecede à qualidade de esta parte ser legítima. Identificando as partes legítimas em um processo, estamos identificando quem está autorizado a promover a ação – legitimado ativo – e, em face de quem, a ação pode ser promovida - legitimado passivo.

Mas quando é que esta qualidade se agrega à parte? A qualidade de legítima que adere à parte, advém, para o autor, de sua afirmação, na petição inicial, de ser ele o titular do direito material discutido em juízo - legitimidade ordinária – ou, de ser autorizado pela lei, a pleitear, em nome próprio, um direito alheio que está sendo discutido em juízo - legitimidade extraordinária. Em contrapartida, tal qualidade advém, para o réu, na legitimidade ordinária, de ter ele sido apontado como o obrigado a prestar o direito pleiteado pelo autor na inicial, ou, na legitimidade extraordinária, de ser ele autorizado pela lei a defender, em nome próprio, direito alheio, que está sendo discutido em juízo. Portanto, a legitimidade ordinária – a mais comum e da qual trataremos

⁵⁴ DONALDO, Armelin. Op. cit., p. 80.

⁵⁵ PACHECO, Wagner Brússolo. Op. cit., p. 116.

⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 404, n. 58, p. 9-18, jun. 1969, p. 10.

primeiramente - é aferida através das afirmações do autor, independentemente de o resultado final do processo lhe ser favorável ou não; assim, apesar de haver íntima relação entre a titularidade do direito material e a legitimidade para agir, ambas não se confundem.

A aquisição da qualidade de legitimado ordinário, tanto do autor, quanto do réu, somente dependerá de outro requisito, além daquela afirmação feita pelo autor na petição inicial, quando a lei expressamente prever que deva ser apresentada prova específica desta qualidade. É o caso da “ação de depósito”, na qual, além da afirmação da existência de um contrato não cumprido, é necessário prova literal do depósito (art 902, CPC), da “ação monitória”, onde, além da afirmação de que o réu é seu devedor, deve o autor apresentar prova escrita sem eficácia de título executivo comprovando a dívida (art 1102^a, CPC) ou da “ação popular constitucional” onde além da lesão ao patrimônio público, ao meio ambiente ou à moralidade administrativa, deve o autor comprovar sua qualidade de cidadão (art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65).

Observe-se, entretanto, que, salvo os casos em que a lei exige prova específica da legitimidade, ela pode ser satisfeita por meras alegações levianas ou mesmo caluniosas: pode, por exemplo, “A” querendo estorvar “B”, propor, em face deste, uma ação de cobrança alegando que ele lhe deve certa quantia, resultado de uma compra e venda realizada verbalmente, requerendo provar o alegado mediante depoimento de testemunhas. Ora, neste caso, a legitimidade ativa e passiva “ad causam” decorrerá exclusivamente da afirmação do autor, pois, só se descobrirá se o autor é o verdadeiro credor, após a instrução do processo. Isto não quer dizer que, ao final, “A” terá a sua pretensão satisfeita, mas sim que uma das condições da ação, no caso, a legitimidade “ad causam” foi cumprida, possibilitando, caso cumpridas as outras duas condições, que o mérito seja julgado. Assim, como afirma Donaldo Armelin:

“a titularidade do direito, supedâneo da legitimidade direta, se processualiza em razão de diversos fatores, de tal sorte que sua mera alegação incontroversa ou comprovada *quantum satis* enseja a discussão da existência ou inexistência de um direito, cuja titularidade, para efeitos processuais, já foi admitida, mesmo que aquele direito seja a final declarado inexistente.”⁵⁷

Não obstante “A” vá responder pela má-fé que provocou o incidente manifestamente infundado (art. 17, VI, CPC: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: provocar incidentes manifestamente infundados”), e ter seu pedido julgado improcedente, a legitimidade estava

⁵⁷ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p. 87.

presente. Por isso, não se pode concordar com parte da doutrina que identifica as partes legítimas com os sujeitos ativo e passivo do direito material discutido em juízo.

É o caso de Celso Agrícola Barbi, por exemplo, que diz que o significado de legitimidade é que “só o titular de um direito pode discuti-lo em juízo e que a outra parte na demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito.”⁵⁸

Também incorre no mesmo erro Walter Nunes da Silva Junior ao dizer que:

“a legitimidade de parte como condição da ação encontra-se satisfeita, quando o autor da ação é o titular do direito que se tem o afã de proteger através da prestação da atividade jurisdicional, e o réu, que integra a outra extremidade da relação processual, é o responsável, direto, ou indireto, pelo fato que lesou, ou mesmo ameaçou de lesão, o direito do autor.”⁵⁹

Como já vimos, as condições da ação, e, entre elas, a legitimidade para agir, têm como objetivo a conjunção de elementos suficientes para que o mérito seja analisado, independentemente de, ao final, os pedidos serem acatados, ou não. Se aceitássemos tais conceituações de legitimidade, não seria necessário a análise do mérito, pois ao analisar as condições da ação, o magistrado já saberia quem deveria ter o pedido julgado procedente - o titular do direito material - e improcedente - o obrigado à sua prestação. Seria um contra-senso, uma regressão no tempo, um retorno ao conceito de ação como direito concreto de agir, tal qual na teoria formulada por Wach em fins do século passado. Como ensina José de Albuquerque Rocha:

“Pretender indentificar as pessoas que podem promover a ação e sofrer-lhe os efeitos com base na titularidade do direito deduzido em juízo exige logicamente que, ao ser promovida a ação, já saibamos de antemão quem é o titular do direito deduzido em juízo e o seu sujeito passivo. Ora, ao ser promovida a ação é humanamente impossível saber quem é o titular do direito deduzido em juízo, justamente porque a ação e o processo que ela desencadeia são os meios criados pelo ordenamento jurídico para permitir ao juiz dizer na sentença quem é ou quem não é titular do direito posto em juízo.”⁶⁰

⁵⁸ BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p.37.

⁵⁹ SILVA JUNIOR, Walter Nunes. Op. cit., p. 77.

⁶⁰ ROCHA, José de Albuquerque. Op. cit., p. 189.

A legitimidade pode ser classificada em simples, quando autor e réu têm legitimidade para atuar isoladamente no processo, e complexa, quando só terão legitimidade se acompanhados de outros co-legitimados. A regra é que possam atuar isoladamente; entretanto, há casos em que a lei exige a formação de litisconsórcio ativo ou passivo – pluralidade de partes no polo ativo e/ou passivo da relação processual - pois a sentença atingirá a esfera jurídica de variadas pessoas. É o caso da “ação popular constitucional” em que somente estará satisfeita a condição da legitimidade passiva quando citada a pessoa pública ou privada que foi prejudicada pelo ato impugnado, a autoridade, funcionário ou administrador que houver autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato, ou que por omissão tiverem dado oportunidade à lesão, e os beneficiários da lesão (art. 6º, Lei nº 4.717/65).

3.2 A legitimidade “ad causam” e os direitos difusos

Tratamos até aqui de uma legitimidade “ad causam” que é outorgada a partir da violação de um direito pertencente a um sujeito ou sujeitos definidos, ou seja, é outorgada a quem tem violado um direito individual. Este, como define Rodolfo de Camargo Mancuso: “é interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disto se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos.”⁶¹

Há direitos, contudo, que ultrapassam a órbita do interesse individualmente considerado para alcançar a órbita do interesse coletivo, são os direitos ou interesses conhecidos como meta ou supra-individuais. Eles se dividem em duas espécies: os interesses coletivos propriamente ditos e os interesses difusos. Os coletivos propriamente ditos se identificam por concernirem a interesses de grupos determinados cujos membros mantenham um vínculo jurídico entre si. Os difusos concernem a um grupo não determinado, podendo abranger até mesmo toda a humanidade.

De fato, interessa-nos tratar dos interesses difusos, pois diretamente relacionados com a temática desta monografia. Eles podem ser identificados pelas seguintes características⁶²: a) indeterminação dos sujeitos: contrapondo-se a norma geral de que determinados direitos são outorgados a determinados titulares, os direitos ou interesses difusos tem como titular um conjunto indeterminado ou dificilmente determinado de sujeitos. Estes sujeitos, não são

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 41.

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses...* Op. cit., p. 73-85.

agregados por um vínculo jurídico, mas ocasionalmente, em virtude de situações concretas, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, ou, no caso da “ação popular constitucional” de serem cidadãos; b) a indivisibilidade do objeto: os interesses não são fracionáveis, ou seja, quando um só do conjunto se beneficia, todos se beneficiam: se um cidadão propõe “ação popular constitucional” que tem os pedidos julgados procedentes, toda a coletividade se beneficia, assim como toda a coletividade será prejudicada se forem julgados improcedentes (salvo se o autor realmente não tinha razão); c) a intensa litigiosidade interna: ao mesmo tempo que o conjunto como um todo será beneficiado quando um interesse difuso for protegido, verifica-se, dentro deste conjunto, uma alta litigiosidade interna. Quer dizer, enquanto parte dos sujeitos individualmente considerados serão favorecidos pela defesa daquele interesse, outra parte poderá reflexamente ser prejudicada: uma “ação popular constitucional” que visar a anulação de um contrato administrativo realizado sem licitação terá como individualmente favorecidos os cidadãos que desejarem contratar com o Poder Público, mas, aqueles que tiveram seu contrato anulado, sentir-se-ão sentir prejudicados; d) transição ou mutação no tempo e espaço: como estes direitos não estão atrelados a um vínculo jurídico básico, mas a situações de fato, eles são tão mutáveis como são estas situações. Assim, se aquele mesmo contrato administrativo realizado com a Administração tivesse sido por ela anulado, o interesse que havia de propor a “ação popular constitucional” desapareceria.

Os interesses difusos podem ser conceituados como:

“interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessária a sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à mutação ou transição no tempo e no espaço.”⁶³

Atente-se, portanto, que, quando estivermos diante de interesses difusos, a legitimidade do autor não pode ser determinada através da aferição, ainda que hipotética, de quem foi diretamente atingido pela ato lesivo, pois os direitos difusos não têm titulares determinados. A

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses...Op. cit.* p. 115.

legitimidade do autor deve ser encontrada a partir do questionamento de quem tem capacidade representar estes interesses adequadamente, ou melhor, à quem a lei outorga legitimidade para representar estes interesses. Como esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso: “A primeira consideração a ser feita diz respeito ao fato de que a legitimação, nos interesses difusos, não pode ser resolvida em termos de perquirição sobre a titularidade da pretensão: isso seria até uma *contradictio in re ipsa*, visto que tais interesses são...difusos., descartando-se a afetação à um titular determinado”⁶⁴

3.3 A legitimidade para contestar

Como anteriormente afirmado, a legitimidade não é qualidade que deve portar somente a parte demandante, mas, também, a parte demandada. Entretanto, não se confunde a legitimidade passiva “ad causam” com a legitimação para contestar, que o demandado adquire pelo simples fato de ser chamado à juízo, dando direito a exercer sua mais ampla defesa, que pode versar, inclusive, sobre a sua ilegitimidade para a causa, conforme expressamente autorizado pelo artigo 301, X, do Código de Processo Civil (“art. 301: Compete-lhe (ao réu), porém, antes de discutir o mérito, alegar: X- carência de ação”). O próprio Liebman já havia distinguido a legitimação para agir da legitimação para contestar:

“Coisa diferente da legitimação passiva é a legitimação para contestar, isto é, para defender-se, a qual cabe ao réu pelo simples fato de ter sido chamado a juízo (e poderá fazer valer eventualmente – se for o caso – também a sua falta de legitimação passiva, isto é, a sua falta de vinculação com a controvérsia que forma o objeto do processo).”⁶⁵

A redação do Código de Processo Civil, quando, no artigo 3º, se refere à legitimidade, só contribui para que se confunda a legitimidade “ad causam” do réu com a sua legitimidade para contestar. É que ele determina que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (grifos nossos), dando a impressão que a legitimidade “ad causam” é requisito para contestar a ação. Teria utilizado redação apropriada se dissesse que “A ação somente será admitida quando as partes forem legítimas e existir interesse”⁶⁶. Contudo, este cochilo do

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses...Op. cit., p. 144.

⁶⁵ Apud BARBI, Celso Agrícola. op. cit., p. 38.

⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p. 147.

legislador não macula toda uma doutrina construída sobre a legitimidade para agir, mesmo porque, em outras passagens do Código, a legitimidade é tratada adequadamente, como no artigo 267, VI em que o legislador não a coloca como pressuposto da contestação, mas, somente, como condição da ação (“Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual” – grifo nosso).

Dentro desta ampla legitimidade para contestar, não se insere a reconvenção, que não é mera defesa das alegações feitas pelo autor, mas nova ação dentro do mesmo processo. Como se trata de outra ação, também, em relação a ela, deverão se analisados os requisitos para a prolação de uma sentença de mérito, entre eles, a legitimidade das partes.

3.4 Da transmissão de legitimidade no transcorrer do processo

A transmissão de legitimidade durante o processo ocorre quando, no seu decorrer, uma das partes perde sua qualidade de legítima transferindo-a para pessoa alheia ao processo, que passará a ter legitimidade em seu lugar. Nosso ordenamento prevê duas hipóteses em que ocorre a denominada sucessão processual.

A primeira hipótese ocorre quando o direito material disputado em juízo for alienado ou cedido por ato entre vivos e houver consentimento da parte contrária na substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário; entretanto, se não houver consentimento, a legitimidade não se altera, podendo, o adquirente ou cessionário atuar como assistente do alienante ou cedente (art. 42 e parágrafos, CPC).

Quando ocorre a morte de qualquer das partes também há transmissão de legitimidade, ingressando como parte legítima o espólio ou os sucessores do falecido. Contudo, quando o direito discutido é intransmissível, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, obedecendo à regra do artigo 267, IX, CPC (“Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal”).

3.5 Legitimidade “ad processum” e legitimidade “ad causam”

Não se confundem a legitimidade “ad causam” e a legitimidade processual ou “ad processum”. A legitimidade para agir ou “ad causam”, assunto já tratado, é a qualidade que adere às partes quando estas correspondem aos sujeitos da relação de direito material afirmada em

juízo, salvo a hipótese de legitimação extraordinária. Enquanto isso, a legitimidade “ad processum” refere-se à capacidade de estar em juízo por si mesmo (art 7º, CPC: “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”).

Para entendermos o que é esta capacidade de estar em juízo por si mesmo, devemos recorrer a doutrina civil, que faz uma distinção entre a capacidade de direito e a capacidade de fato. A capacidade de direito é a aptidão para adquirir direitos e obrigações na órbita civil, outorgada à qualquer ser humano, às pessoas jurídica e, em casos especiais, a algumas massas patrimoniais, como o espólio. A capacidade de fato relaciona-se com a aptidão para exercer estes direitos e obrigações por si mesmo, não a tendo, é necessário a intervenção de um representante ou assistente para poder exercê-los. Este raciocínio se aplica ao processo civil: qualquer pessoa pode ser parte, pois qualquer um tem capacidade de direito, mas a capacidade para estar em juízo só é outorgada à quem se acha no exercício de seus direitos (art. 7º, CPC).

Portanto, têm legitimidade “ad processum” aqueles que têm capacidade para exercer seus direitos por si mesmo. E quem tem capacidade para exercer seus direitos por si mesmo? Mais uma vez, devemos recorrer ao direito civil: o artigo 9º do Código Civil declara habilitado para todos os atos da vida civil o indivíduo que completa 21 anos, cessando a incapacidade antes desta data nos casos de emancipação, casamento, exercício de emprego público efetivo, colação de grau científico em curso de ensino superior e pela formação de estabelecimento civil ou comercial com economia própria. Estes, portanto, tem capacidade para estar em juízo por si mesmo – legitimidade “ad processum”.

Os que não têm capacidade para exercer seus direitos por si mesmo, devem ser representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores (art. 8º, CPC: “Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”) quando estiverem em juízo. Não têm capacidade para exercer seus direitos por si mesmo os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes, devendo os primeiros ser representados e os segundos assistidos. Absolutamente incapazes são os menores de 16 anos; os loucos de todo gênero; os surdos-mudos, que não puderem exprimir sua vontade e os ausentes, declarados tais por atos do juiz (art. 5º, C.C.). São relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 21, os pródigos e os silvícolas (art. 6º, C.C.).

Concluindo, dois exemplos que demonstrarão a distinção entre a legitimidade para agir e a legitimidade processual. Em uma “ação de alimentos” em que o autor é menor de 21 anos,

representado pela mãe: quem tem legitimidade para agir é o menor que é o titular do direito afirmado na inicial (de receber os alimentos), é parte legítima, portanto. Não tem, porém, legitimidade processual, pois não tem capacidade para exercer seus direitos por si mesmo, devendo, por isso, ser representado pela mãe. Em uma “ação de reparação de danos”, onde é pleiteada a indenização por dano causado a um alienado mental: parte legítima é o alienado mental, pois ele é titular do direito afirmado na inicial (de receber a indenização), não tem, entretanto, legitimidade processual por ser incapaz para os atos da vida civil, devendo ser representado por seu curador.

3.6 Legitimidade extraordinária

Tratamos até aqui da legitimidade ordinária, qualidade que adere, à parte autora, quando ela corresponde ao sujeito ativo da relação de direito material afirmada no processo e, à parte ré, quando ela corresponde ao sujeito passivo desta mesma relação. Agem as partes, portanto, em nome próprio, na defesa de direito próprio. Porém, nem sempre ocorre tal correspondência. Há situações excepcionais em que, autor e/ou réu, agem em nome próprio, na defesa de direito alheio. Quando isto ocorre, estamos diante da legitimidade extraordinária, prevista no artigo 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Justamente porque não é uma situação comum, mas que só ocorre quando a lei expressamente autorizar, é que tal legitimidade é chamada de extraordinária. Em suma, quando houver identidade entre as partes do processo e os sujeitos da relação de direito material afirmada no processo estaremos diante da legitimidade ordinária, não havendo, desde que autorizada por lei, estaremos diante da legitimidade extraordinária. Não se confunde com a representação, pois nesta, o representante apenas supre a incapacidade de quem continua sendo parte, enquanto na legitimidade extraordinária, o legitimado age como parte, em nome próprio, na defesa de direito alheio.

Edson Ferreira da Silva afirma ocorrer a legitimação extraordinária quando “há descoincidência, autorizada por lei, das partes do processo com os sujeitos da relação de direito material controvertida.”⁶⁷

⁶⁷ SILVA, Edson Ferreira da. *Da legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988*. Revista de Processo. São Paulo, v. 16, n. 64, p. 80-91, ago. 1991, p. 81.

José Carlos Barbosa Moreira enxerga-a quando “a lei confere legitimação a quem não se afirma titular da relação jurídica deduzida em juízo, exigindo um pronunciamento sobre direito alheio.”⁶⁸

Eduardo Garbagnatti diz consistir a legitimação extraordinária “na possibilidade de um sujeito agir na defesa de direito alheio, não tendo como pressuposto apenas a sua capacidade, mas estando subordinada, ainda, a determinação legal.”⁶⁹

Ephraim de Campos Júnior diz que

“...havendo identidade de sujeitos da relação jurídica material com a processual a legitimação é ordinária. Inexistindo essa coincidência, a legitimação é extraordinária, pois o direito de agir é exercido por quem não é titular do direito deduzido na pretensão, ou é exercido contra, ou em face de quem a ela não resistiu.”⁷⁰

Exemplo de legitimação extraordinária ocorre quando o titular de direito líquido e certo não impetra mandado de segurança, em defesa de seu direito, em prazo razoável: havendo indivíduo com direito em condições idênticas, decorrente daquele, a lei lhe faculta a oportunidade de impetrar o mandado de segurança em favor do direito originário (artigo 3º da Lei nº 1533/51).

Outro caso típico de legitimação extraordinária seria a do Ministério Público para promover a “ação de interdição de incapaz”. Quem, ordinariamente, tem legitimidade para promovê-la é o pai, mãe, tutor, cônjuge ou algum parente próximo do interditando (art. 1.177, CPC). Todavia, se a interdição não for promovida por alguma destas pessoas, o Ministério Público passa a ser o legitimado extraordinário, em virtude de expressa disposição legal (art. 1.178, II, CPC).⁷¹

⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op., cit. p. 11.

⁶⁹ Apud MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Um Estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34-47, abr. 1987, p. 37

⁷⁰ CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 13.

⁷¹ Quando, entretanto, o Ministério Público atua em defesa de direitos difusos ou coletivos - não são subjetivamente determinados - a doutrina se divide, para alguns a legitimação aí seria ordinária, para outros, extraordinária, e há, ainda, os que defendem um terceiro tipo de legitimação, a legitimação anômala.

O conceito de legitimidade extraordinária tornar-se-á mais claro após apresentarmos sua classificação. A grande maioria dos autores rende-se à classificação feita por José Carlos Barbosa Moreira⁷², publicada em 1969, mas que, ainda hoje, conserva a atualidade:

a) Legitimação extraordinária autônoma- o legitimado extraordinário tem absoluta independência para atuar como autor ou réu, independentemente da atuação da pessoa que seria ordinariamente legitimada.

Divide-se em:

a.1) Legitimação extraordinária autônoma e exclusiva- a condição da legitimidade somente estará satisfeita quando o legitimado extraordinário estiver integrando a lide, podendo o legitimado ordinário atuar como interveniente. A presença deste, contudo, é insuficiente e, até mesmo, irrelevante, para a regularidade do processo. Era o exemplo do artigo 289, III, do Código Civil, que estabelecia o marido como único legitimado – extraordinário - para defender os bens dotais da mulher, durante a vigência da sociedade conjugal, não podendo ela, atuando como parte, defendê-los. Todavia, este dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988 que, no artigo 226, §5º, declara que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Outro exemplo, seria o da alienação a título particular por ato entre vivos em que a parte contrária não consente com o ingresso do adquirente em juízo (art. 42, §1º, CPC): neste caso, o alienante, que era legitimado ordinário, torna-se extraordinário, pois não é mais titular do direito discutido em juízo, mesmo assim, sua presença é essencial para a regularidade do processo, enquanto a do adquirente é irrelevante;

a.2) Legitimação extraordinária autônoma e concorrente- a legitimação extraordinária não cancela a ordinária, mas concorre com ela, tomando-se indiferente para a regularidade do processo que estejam presentes no processo o legitimado extraordinário, o ordinário ou ambos.

Esta, por sua vez, divide-se em:

a.2.1) Legitimidade extraordinária autônoma, concorrente e primária- é suficiente para a regularidade do processo a presença do legitimado ordinário ou do extraordinário, os quais podem atuar independentemente do outro, a qualquer momento. É exemplo a ação para declarar a nulidade de casamento contraído perante autoridade incompetente (art. 208, Código Civil): ela pode ser requerida por qualquer dos cônjuges, que são os legitimados ordinários, mas, também, a

⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 11-15.

qualquer tempo, por outros interessados e pelo Ministério Público, que são os legitimados extraordinários:

a.2.2) Legitimidade extraordinária autônoma, concorrente e subsidiária- a legitimidade só passa a ser concorrente, se, depois de certo prazo dado pela lei, não houver atuação do legitimado ordinário. É o caso da ação de responsabilidade civil contra os diretores da sociedade por ações, pelos prejuízos causados à sociedade. A legitimidade é, a princípio, da própria sociedade, mas, se a ação não for proposta no prazo de seis meses, a contar da data da primeira assembléia geral ordinária, será, também, de qualquer acionista.

Em contraposição à legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva temos a:

b) Legitimação extraordinária subordinada- somente o titular do direito material afirmado poderá ajuizar o pedido, ou contra ele poderá ser dirigida a demanda, ou seja, a presença do legitimado ordinário no processo é obrigatória. Contudo, após iniciado o processo, pode, o legitimado extraordinário, dele participar em uma posição acessória, como assistente, aliando-se a uma das partes, em defesa do direito do assistido. Observe-se que Barbosa Moreira considerou o assistente como parte no processo, alternativa bastante discutível.

Há quem queria incluir mais um item nesta classificação, trata-se da legitimação extraordinária autônoma mista, que ocorreria quando existissem vários titulares de um mesmo direito - legitimados ordinários, portanto - cuja a reunião não é exigida pela lei para a regularidade do processo. Neste caso, é atribuído autônomoamente à cada um dos legitimados ordinários o direito de ação, e, cada um que atua, o faz como legitimado ordinário pelo seu direito e como legitimado extraordinário pelo direito dos que não participam do processo. Para muitos, a legitimidade extraordinária mista não passa de uma variante da autônoma concorrente, onde a legitimidade ordinária e extraordinária seriam investidas em um mesmo sujeito. Tem legitimação mista o condômino que reivindica de terceiro a coisa comum: atua como legitimado ordinário, pelo seu direito, e como legitimado extraordinário, pelo direito dos outros condôminos, substituindo-os. É o que explica Álvaro Myrra:

“Esta se dá em virtude da existência de diversas pessoas titulares de um direito, mas que a lei não exige a reunião de todas para reclamá-lo em juízo, cabendo a qualquer uma delas fazê-lo: todas são legitimadas autônomoamente. Se uma delas pleiteia o referido direito, será legitimada ordinária na parte em que defende um direito próprio, e, ao mesmo tempo, legitimada extraordinária na parte em que atua em nome das outras titulares do mesmo direito - daí a legitimação mista. Nela a

titularidade do direito material pertence a todos os co-legitimados para agir, devido a um vínculo jurídico (condomínio, solidariedade), e o sujeito que intentar a ação será legitimado ordinário e, ao mesmo tempo, legitimado extraordinário para defender os demais co-titulares do mesmo direito. Entretanto, se os co-legitimados ingressarem no processo desaparecerá a legitimação extraordinária do sujeito que propusera individualmente a ação.”⁷³

3.6.1 Substituição Processual

É comum serem usados os termos “legitimação extraordinária” e “substituição processual” indistintamente, como que significando a mesma coisa⁷⁴; contudo, a substituição processual é espécie do gênero legitimação extraordinária⁷⁵. Ela se dá quando o titular do direito material afirmado – legitimado ordinário – absolutamente não atua, não participa, na posição de parte principal do processo (nem como autor, nem como réu), atuando, em seu lugar, o legitimado extraordinário..

Até aí, a grande maioria dos autores concorda, o problema surge quando se pretende precisar quais os casos em que ocorre a substituição processual, ou seja, quando é que o legitimado extraordinário efetivamente substitui o ordinário.

Uma parte minoritaria dos doutrinadores⁷⁶, liderados por Barbosa Moreira, afirma que só haverá substituição processual nos casos de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, pois, somente aí, haverá substituição propriamente dita: substituição do legitimado ordinário, que está proibido de atuar como parte, pelo extraordinário. Caso pudesse o legitimado ordinário atuar como parte, de substituição não se trataria⁷⁷, ou seja, a mera possibilidade de litisconsórcio já afastaria a substituição processual.

Por outro lado, a doutrina dominante⁷⁸, com a qual concordamos, liderada por Ephraim de Campos Junior, que tem obra atual e específica sobre o tema⁷⁹, admite que a substituição processual possa ocorrer em dois outros casos, além do apresentado: a) nos casos de legitimidade extraordinária autônoma e concorrente em que o legitimado extraordinário atua, mas o ordinário não; b) nos casos de legitimidade mista (ou espécie de concorrente para outros) onde, apesar de a

⁷³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., p. 39.

⁷⁴ ROCHA, José de Albuquerque. Op. cit., p. 192.

⁷⁵ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit., p. 82; CAMPOS JUNIOR, Ephraim. Op. cit., p. 18.

⁷⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., p. 40.

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 12.

⁷⁸ Apud MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., p. 40.

⁷⁹ CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. Op. cit., p. 80.

lei outorgar legitimidade ordinária para várias pessoas, apenas algumas destas atuam como parte. Neste caso, atuam como legitimados ordinários pelo seu direito e extraordinários pelo dos outros. Como explica Ephraim de Campos Junior:

“Ora, é óbvio que nos casos de legitimidade concorrente, por não impedir esta que o titular da relação litigiosa assumia posição de parte (principal) no processo, não se pode falar em substituição processual, se ambos (o legitimado ordinário e extraordinário) figurarem simultaneamente, em posições equivalentes, no processo. Se ambos conjuntamente (isto é, em litisconsórcio), exercitaram a ação, não se pode falar em substituição processual, o que é evidente. Porém, em casos de legitimação concorrente, nos quais exista uma pluralidade de pessoas legitimadas, com autonomia, à impugnação de um ato único e indivisível (incidibilidade do objeto), se uma (ou algumas) delas não estiver presente no processo, efetivamente ocorrerá uma substituição da atividade dos ausentes no processo”⁸⁰

Assim, pela doutrina dominante:

Se, em determinado processo, “A”, que é o titular do direito afirmado em juízo, está proibido de atuar como parte, atuando, em seu lugar, o legitimado extraordinário “B”, há substituição processual (legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva).

Se, em determinado processo, a lei permite que tanto “F”, que é o titular do direito afirmado, quanto “G”, que é legitimado extraordinário, atuem como parte indistintamente (legitimidade extraordinária autônoma concorrente), haverá substituição processual caso “G” atue e “F” não. Se só “F” atuar, ou se atuarem conjuntamente, substituição não haverá.

Finalmente, se tanto “X” quanto “Y” são legitimados ordinários para um determinado processo, em que somente é exigida a presença de um deles (legitimidade mista), caso somente “X” atue nele, haverá substituição processual. Se somente “Y” atuar, também. Agora, caso ambos atuem, substituição não haverá.

Ocorrendo a substituição processual, o substituto torna-se parte legítima para figurar no processo, devendo, por isso, tanto a capacidade para ser parte, como a capacidade para estar em juízo (legitimação processual) serem aferidas tendo em vista as suas características pessoais e não as do substituído. Responde também o substituto pelas despesas do processo, exceção ao Ministério Público, legalmente isento (art. 27, CPC). Não pode, entretanto, realizar certas atividades que o legitimado ordinário poderia, como por exemplo, a confissão (art. 349, CPC) ou

⁸⁰ CAMPOS JUNIOR. Ephraim de. Op. cit., p. 24.

a renúncia do direito sobre o qual se funda a ação (art. 269,V, CPC), nem qualquer outra atividade que venha a restringir o direito do substituído, pois a função do substituto é justamente proteger seus interesses.

Questão intrigante dentro da legitimidade extraordinária é o alcance da decisão que transita em julgado. O artigo 472 do CPC declara que “a sentença faz coisa julgada entre às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.” Ora, se a sentença que transita em julgado só faz coisa julgada entre as partes, como estender seus efeitos ao substituído, que é terceiro em relação ao processo? A doutrina é unânime no sentido de que a coisa julgada incide sobre o substituído⁸¹, mesmo não sendo ele parte. Ephraim de Campos Junior, tentando explicar por que a coisa julgada se estende a ele, diz que “o substituído não é parte e não há como harmonizar este ser atingido pela sentença com o princípio dos limites subjetivos da coisa julgada; é uma exceção que decorre da atribuição de legitimidade para agir a quem não é titular do direito em litígio.”⁸² Edson Ferreira da Silva, complementa o raciocínio: “se a lide submetida a julgamento é entre A e B, não importa que em lugar de um ou de outro esteja C, como substituto processual, pois a coisa julgada se firmará, com eficácia de imutabilidade, diretamente sobre os sujeitos da lide, sentido que se pode acrescer à expressão partes do artigo 472 do CPC”⁸³.

Em relação ao substituto, no tocante à natureza da imutabilidade dos efeitos da sentença, a doutrina se divide: enquanto parcela dela⁸⁴ posiciona-se no sentido de que a sentença faz coisa julgada material para o substituto pois ele é parte no processo (art. 472, CPC); outra parcela, defende que⁸⁵ o substituto não fica sujeito à coisa julgada, pois apesar de ser parte, não participa da relação jurídica litigiosa, não é sujeito da lide; contudo, está impossibilitado de ajuizar nova ação por ser atingido pela “eficácia natural da sentença como ato de Estado”, ou seja, a decisão sobre a relação jurídica de direito material pertencente ao substituído é que impedirá a propositura de nova ação pelo substituto. Vemos, então, que independentemente da justificativa adotada, há proibição para o substituto propor nova ação contra a mesma parte, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

⁸¹ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit., p. 85.

⁸² CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. Op. cit., p. 78.

⁸³ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit., p. 87.

⁸⁴ ARMELIN, Donald. Op. cit. 134; CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. Op. cit., p. 80.

⁸⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., p. 41.

4 A AÇÃO POPULAR E A LEGITIMIDADE DO AUTOR

4.1 Breves considerações sobre a “ação popular constitucional”

Antes de adentrarmos no tema da legitimidade “ad causam” do autor na “ação popular constitucional”⁸⁶, cabe traçarmos um panorama geral sobre esta espécie de ação.

Primeiramente, devemos esclarecer que “ação popular” é gênero, do qual “ação popular constitucional” é espécie. Isto porque, o termo “ação popular” deve ser usado para qualquer ação que outorgue legitimação ativa aos cidadãos para agir em defesa de interesses da coletividade. Atualmente, o direito brasileiro reconhece duas espécies de ações deste gênero: uma delas, prevista pela Lei nº 818/49, que outorga legitimidade a qualquer cidadão para pleitear a nulidade de ato de naturalização realizado mediante falsidade ideológica ou material; a outra, prevista no artigo 5º, LXXIII, da CF/88 e na Lei nº 4.717/65, outorgando legitimidade a qualquer cidadão para pleitear a invalidade de ato administrativo e o ressarcimento do prejuízo à Administração, quando este ato causar lesão ao patrimônio (entendido aqui como englobando erário, valores artísticos, estéticos, históricos e turísticos) público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente. Esta segunda espécie é conhecida como “ação popular constitucional”, da qual trataremos daqui para a frente.

José Afonso da Silva conceitua-a como

“Instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio-constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos ao patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.”⁸⁷

Hely Lopes Meyrelles, por sua vez, dá a seguinte definição:

“ Ação popular é o meio constitucional posto a disposição de qualquer cidadão para obter a invalidade de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas

⁸⁶ Lembramos aqui que “ação popular constitucional” aparece entre parênteses pois o direito de ação é um só, direito a que o Estado-juiz resolva o conflito de interesses através de uma decisão de mérito.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 441.

jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos. A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, mantendo o conceito da carta anterior, aumentou sua abrangência para que o cidadão possa “anular ato lesivo ao patrimônio ou de entidade de que o Estado participe (ofendendo) a moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural” (art. 5º, LXXIII). Assim, pôs termo à dúvida se abrangeria também os atos praticados por entidades paraestatais (sociedades de economia mista, empresas públicas, serviços sociais autônomos e entes de cooperação), além dos órgãos da administração centralizada.”⁸⁸

Sua primeira aparição no cenário constitucional ocorreu na Constituição de 1934; todavia, visava proteger unicamente o patrimônio (no sentido de erário) da União, Estado ou Município, não abrigando a moralidade, o meio ambiente ou o patrimônio histórico e cultural, nem protegendo outras entidades de que o Estado fizesse parte. Com seu surgimento, o controle da atividade da Administração passou a não mais caber exclusivamente aos órgãos estatais superiores mas, também, a qualquer um do povo que a isto se dispusesse.

Depois de passar por várias Constituições, cada uma lhe dando uma abrangência diferente, a “ação popular constitucional” adquiriu sua forma atual. Prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal (“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”), é regulamentada pela Lei nº 4.717/65, que, entre outras disposições de ordem material e processual, especifica a abrangência do termo patrimônio público: bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65).

O pólo passivo da “ação popular constitucional” geralmente apresenta cúmulo subjetivo, pois deve ser proposta não só em face do causador direto do dano, mas, também, em face de todos aqueles que contribuíram para a lesão por ação ou omissão, bem como os que se beneficiaram diretamente do ato lesivo. A pessoa jurídica de direito público interno ou entidade da Administração que foi lesada também deve ser citada, mas tem três opções: pode contestar a ação; pode não contestar a ação, mas assistir o autor (afinal não é parte legítima para figurar como litisconsorte); ou pode simplesmente omitir-se, não participando do processo. Tendo sido citadas estas pessoas, o requisito da legitimidade passiva “ad causam” terá sido satisfeito.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção. “Habeas Data”*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 87.

Da legitimação ativa trataremos em tópico específico

Como nas demais ações, na “ação popular constitucional”, também devem estar presentes o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido para que seja possível a análise do mérito. O interesse processual se manifestará, quanto a necessidade, quando, na petição inicial, o autor tiver relatado uma situação que se consubstancie numa efetiva lesão ao patrimônio público ou ao patrimônio de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente, pois aí, a intervenção do Poder Judiciário se fará necessária; quanto à adequação, quando o autor objetive com a propositura da ação a anulação do ato e a recomposição do patrimônio ao estado anterior (salvo, é claro, quando a ação vise a prevenir ato lesivo), pois aí haverá a adequação do provimento requerido à providência necessária para a solução da lide. No tocante à possibilidade jurídica do pedido, o tipo de provimento pedido, como sabemos, não é daqueles proibidos pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, é previsto tanto na Constituição Federal quanto em lei ordinária, de maneira que o pedido, em tese, é sempre possível. Todavia, a impossibilidade jurídica do pedido pode se manifestar naquelas hipóteses descritas por Cândido Rangel Dinamarco⁸⁹: a impossibilidade não propriamente do pedido, mas da causa de pedir. Assim, seria juridicamente impossível o pedido de anulação de ato que, segundo a afirmação do autor, não lesou à Administração, mas simplesmente feriu seus interesses particulares. Há, ainda, discussão doutrinária se, na causa de pedir, é suficiente a demonstração da lesividade do ato ou é necessário, também, a demonstração da ilegalidade. A opinião majoritária, contudo, é a que exige a ilegalidade do ato, como a de Rodolfo de Camargo Mancuso, que, discorrendo sobre a lesão à moralidade, dá lição válida para a ação popular em geral

“ A ação visa a anular o ato. O ato só pode ser anulável quando contenha algum defeito jurídico. Não bastaria ao autor popular afirmar que o ato atenta contra a moralidade administrativa; é preciso que se conjugue isso com a indicação de alguma infração a disposição de lei – lei em sentido lato, qualquer norma jurídica; do contrário, cairíamos aqui num subjetivismo total, e isso, evidentemente, não é desejável, porque daria margem a aventuras judiciais.”⁹⁰

⁸⁹ Capítulo II, p. 35.

⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário público: do patrimônio cultural de natural: e do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 76.

A verdade é que, afora aqueles casos de atos discricionários da Administração onde cabe a apreciação de sua conveniência e oportunidade, todos os atos que causarem uma lesão ao patrimônio público pressupõem, também, a ilegalidade, senão em seus aspectos extrínsecos como a forma, ao menos em seus aspectos intrínsecos, como a causa ou a finalidade.

A “ação popular constitucional” tem critério de fixação de competência distinto da regra geral do Código de Processo Civil. A regra é que a ação será proposta, no foro correspondente à localização do ente político - ou da entidade que este ente participe - que foi lesado (art. 5º, Lei nº 4.717/65), considerando-se a origem do ato lesivo; assim, se o ente lesado é a União, deverá ser proposta na seção judiciária competente da Justiça Federal, se o ente lesado for o Estado ou Município, deverá ser proposta na vara da fazenda pública competente da Justiça Estadual. Há deslocamento de competência em favor do ente hierarquicamente superior quando o ato ou omissão resultar em lesão à mais de um ente federativo (art. 5º, §2º, Lei nº 4.171/65). Ressalte-se que a ação popular não é daquelas que estão sobre competência originária do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art 102, I e 105, I, da CF/88), por isso, mesmo que o acusado de praticar o ato lesivo seja uma autoridade como o Presidente da República ou um Governador de Estado, o juízo competente será o de primeiro grau.

O Ministério Público tem múltiplas atividades dentro da “ação popular constitucional”: atua como fiscal da lei (não necessariamente em favor do autor, mas buscando a verdade dos fatos), agilizando a produção de provas e, como veremos mais à frente, pode atuar como sucessor processual do autor.

A ação segue praticamente o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, com algumas pequenas modificações que lhe são peculiares. Apresentadas as teses das partes e ultrapassada a fase probatória, o juiz estará apto a decidir o mérito, a menos que a ação seja daquelas que deva ser extinta sem julgamento do mérito, em razão da falta de pressupostos processuais ou condições da ação. Quanto a decisão de mérito, ela pode ser de dois tipos, ensejando diferentes conseqüências: a) pode ser pela procedência total ou parcial do pedido do autor, e aí terá natureza (des)contitutiva-condenatória: desconstituirá o ato inválido caso se trate de ato comissivo ou o constituirá caso se trate de ato omissivo, condenando os responsáveis ao ressarcimento dos danos à entidade lesada, bem como o pagamento, ao autor, das custas judiciais, despesas e honorários de sucumbência (arts. 11 e 12 da Lei nº 4.717/65). b) pode ser pela improcedência do pedido, e aí terá natureza declaratória negativa: declarará que lesão não

ocorreu, ou, ao menos, que ocorreu, mas não derivou de uma ilegalidade, ou seja, foi uma daquelas hipóteses em que, apesar da lesão, a Administração utilizou legitimamente de seu poder discricionário.

Com exceção dos casos em que a sentença julgar pela improcedência do pedido em razão da insuficiência de provas, ela faz coisa julgada com eficácia *erga omnes* (art. 18 da Lei nº 4.717/65), ou seja, não poderá ser proposta nova “ação popular constitucional” contra o mesmo ente público, com a mesma causa de pedir.

A sentença que concluir pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 19, Lei nº 4.717/65).

No tocante a execução da sentença na ação popular, a parte da sentença que constitui ou desconstitui o ato não necessita de execução forçada, pois automaticamente inova a situação anteriormente existente, ou, como nos ensina Rodolfo de Camargo Mancuso: “...visto ser imanente às sentenças (des)constitutivas o condão de provocarem, automaticamente, a inovação na situação jurídica preexistente, como fica evidente, v. g., na parte da sentença em ação popular que torna nenhuns os efeitos jurídicos do contrato firmado de forma ilegal e lesiva.”⁹¹ Já, quanto a parte condenatória, afora os casos em que os condenados espontaneamente cumprem o comando da sentença, a execução forçada se faz necessária.

4.2 A Legitimidade ativa “ad causam” e a condição de cidadão

Quando discorremos sobre a legitimidade ativa “ad causam”⁹², dissemos que há certas ações em que, além da afirmação acerca da titularidade do direito discutido em juízo, é necessário prova específica da qualidade de legitimado. Tal situação ocorre com a legitimação para agir na “ação popular constitucional”. Contudo, como o direito a ser defendido é do tipo difuso, o autor não é titular exclusivo do direito, mas sim, apenas um dos titulares autorizados pela lei a pleiteá-lo.

Assim, para cumprir a condição da ação conhecida como legitimidade “ad causam”, o autor precisa afirmar na petição inicial a ocorrência de um dano ao patrimônio público *lato sensu*, a moralidade administrativa ou ao meio ambiente, ou seja, que o seu direito, como cidadão, a

⁹¹ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Ação Popular...* Op. cit., p. 205-206.

⁹² Capítulo III, p.40.

uma gestão proba e eficiente da Administração não está sendo respeitado. Só a afirmação da lesão, entretanto, não é suficiente, é necessário que o autor prove a sua qualidade de cidadão.

A exigência desta prova, como vimos⁹³, deve constar expressamente na lei. Assim ocorre com a “ação popular constitucional”. O artigo 5º, LXXIII, da CF/88 exige a condição de cidadão para propor ação popular (“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ...” – grifo nosso) e a lei que a regula, é ainda mais explícita, exigindo que a prova da cidadania seja feita com o título de eleitor ou qualquer documento que a ela corresponda (art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65: “ A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda” - grifos nossos).

Já sabemos como fazer a prova da qualidade de cidadão, não definimos, todavia, como esta qualidade é adquirida. Não se confundem os cidadãos com a população de um Estado, pois esta é formada pelo número de habitantes que vivem em seu território. Também não se confundem com nacionais, apesar de ser correta a afirmação de que se nem todo nacional é cidadão, todo cidadão é também nacional. A nacionalidade tem a ver com o vínculo jurídico entre Estado e indivíduo, determinando quem faz parte da sociedade estatal. É o próprio Estado quem define as regras que outorgam a nacionalidade para alguns indivíduos, denominados nacionais, e não outorga a outros, denominados estrangeiros. O Estado brasileiro utiliza o critério do *jus sanguinis* - é outorgada nacionalidade àquele que for filho de nacional - e do *jus soli* - é outorgada nacionalidade àquele que nasceu no território do Estado -, porém estes critérios não são aplicados de maneira absoluta, mas com abrandamentos (por exemplo: não são nacionais, apesar de terem pais brasileiros, os que nascem no exterior mas não vem morar no Brasil, salvo se seus pais estiverem no exterior a serviço da República Federativa do Brasil (art. 12, I, “c”, CF/88); também não são nacionais, apesar de nascidos em solo brasileiro, os filhos de estrangeiros que aqui estejam a serviço de seu país (art. 12, I, “a” CF/88)). Os nacionais podem ser ainda, natos ou naturalizados. Serão natos quando adquirirem a nacionalidade originariamente, por ocasião do nascimento, naturalizados quando a adquirirem secundariamente, após já terem tido uma anterior ou não terem tido nenhuma (apátridas). Entre os nacionais, há aqueles à quem é conferido o direito de interferir na vida política do Estado, elegendo seus representantes junto ao Poder Público, ou mesmo, sendo eleitos como representantes. Tais direitos são denominados direitos políticos. Aqueles à quem são conferidos estes direitos são chamados de cidadãos, que adquirem

⁹³ Capítulo III. p. 40.

esta qualidade quando, tendo capacidade para o voto, alistam-se junto à Justiça Eleitoral. Como diz Celso Ribeiro Bastos: “Não há sombra de dúvida que é o alistamento o ato pelo qual se dá a aquisição dos direitos políticos. O nacional ganha a qualidade de cidadão.”⁹⁴ No mesmo sentido, José Afonso da Silva diz que: “Os direitos da cidadania adquirem-se mediante alistamento eleitoral na forma da lei. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição da pessoa como eleitor perante a Justiça Eleitoral”.⁹⁵

O alistamento é o ato pelo qual são registrados aqueles que tem condições de ser eleitores, ou seja, capazes de escolher pelo voto os seus representantes. Cabe, portanto, esclarecer quem tem condições de se alistar segundo nosso ordenamento jurídico: não só podem, como devem votar, todos os nacionais que tiverem entre 18 e 70 anos de idade (art. 14, I, da CF/88); têm a faculdade de votar, quer dizer, só votam se quiserem, os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, II, “a”, “b”, “c”, da CF/88); não podem votar os estrangeiros (já dissemos que todo cidadão é também nacional), nem os conscritos, ou seja, os convocados para os serviço militar obrigatório (art. 14, § 2º, da CF/88). O alistamento, portanto, não tem função apenas declaratória da condição de cidadão, mas também constitutiva, pois só a partir deste momento o nacional estará apto a eleger seus representantes, ser eleito (desde que cumpridas as condições de elegibilidade impostas pela lei – art. 14, § 3º, CF/88), bem como, através da “ação popular constitucional”, exercer a fiscalização dos representantes que eleger.

Há aqueles que são contra a outorga de legitimidade para a propositura da ação apenas aos cidadãos brasileiros, defendendo que a legitimidade deveria ser estendida a todos os membros da comunidade, nacionais ou estrangeiros, que tivessem interesse em defender o patrimônio público. Com efeito, nos parece exagerada a exigência da condição de cidadão para a propositura da ação. Apesar de que, em tese, o cidadão, ao votar, escolhe os seus representantes, passando a ter o direito de fiscalizá-los⁹⁶, não há razão para não estender tal direito à qualquer pessoa que tenha conhecimento de lesão ao patrimônio público *lato sensu*, à moralidade ou ao meio ambiente. Neste ponto, bastante esclarecedora a opinião de Gelson Amaro de Souza:

⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 1989. V.2. p. 579.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 331.

⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular...* *Op. cit.*, p. 103.

“Não concordamos muito com esta postura, pois achamos que aqueles que ainda não tenham a cidadania e que não possam votar ou serem votados, deveriam ter a legitimação à propositura da ação popular. Esta visa a defesa do interesse de toda uma comunidade e não de direitos ou interesses individuais. Assim, chegamos ao absurdo de um estrangeiro, um incapaz ou capaz, mas sem direitos políticos, mesmo sabendo da existência de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como contrário à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ver-se obrigado a silenciar, porque não está legitimado para tanto.”⁹⁷

Além disto, é importante lembrar que grande parte das verbas da Administração provém da arrecadação de tributos, para o pagamento dos quais não é exigida a condição de cidadão. Se várias das pessoas que residem no país, mesmo não sendo cidadãos são obrigadas a pagá-los, dever-lhes ser concedido o direito de fiscalizar o emprego destas receitas.

A legitimação na ação popular é, portanto, difusa, ou seja, qualquer cidadão está legitimado originariamente para propor a “ação popular constitucional”, e mesmo os que não propuseram inicialmente a ação podem nela adentrar como litisconsortes depois de iniciada. Neste ponto, peca a lei pela falta de precisão jurídica, pois diz ela ser “facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou como assistente do autor na ação popular” (art. 6, § 5º, Lei nº 4.717/65 – grifo nosso). Ora, se qualquer cidadão poderia originariamente ter proposto a ação, outro cidadão não pode habilitar-se como assistente. É que o assistente não é parte da relação processual, mas sim terceiro que defende direito da parte principal, pois tem interesse que o pedido desta seja julgado procedente (art. 50, CPC). O cidadão que vem a integrar a lide após a proposição da ação forma, na verdade, um litisconsórcio facultativo (pois sua presença não é obrigatória) e unitário (pois a decisão deverá ser uniforme para todos os litisconsortes).

4.3 Da legitimidade processual na “ação popular constitucional”

Tratemos agora de outra legitimidade, a processual, também conhecida como a capacidade para estar em juízo. Ora, sabemos que a regra geral enunciada pelo artigo 7º do Código de Processo Civil é de que toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem legitimidade processual. Porém, analisando a lei da “ação popular” chegamos a conclusão de que há uma derrogação da lei processual no ponto da legitimidade para o processo, permitindo-se que

⁹⁷ SOUZA, Gelson Amaro. *O interesse de agir no direito processual civil*. Revista Jurídica, Porto Alegre, v.44, n. 225, p. 51-52, ago. 1996. p. 52-53.

o autor da “ação popular constitucional” que tenha entre 16 e 21 anos, mesmo não possuindo capacidade de fato, possa propô-la sem a assistência de um responsável, bastando para isso que ele seja eleitor. É que a Lei nº 4.717/65 declara que só se aplicam a esta ação as regras do Código de Processo Civil que não contrariem os dispositivos da lei, nem a sua natureza específica (art. 22, Lei nº 4.717/65). Ora, a natureza específica da ação é de direito político, um direito extensível a qualquer eleitor, sem restrições, concluindo-se que basta a satisfação deste requisito para que se possa ingressar em juízo, sem a necessidade de assistência, caso contrário haveria restrição deste direito. Assim ensina José Afonso da Silva: “Deve-se compreender o texto constitucional como incluindo a legitimidade *ad causam* e a legitimidade *ad processum*. Exigir assistência ou autorização seria uma restrição ao direito constitucional do cidadão, que a própria Constituição, para o caso, não autoriza.”⁹⁸ Ressalte-se que apesar de acompanharmos o entendimento de José Afonso da Silva, há os que são contra a outorga de legitimidade processual para os menores entre 16 e 21 anos, como Luiza Elizabeth Furtado que diz que estes só podem intentar a ação quando devidamente assistidos⁹⁹.

Fique claro, entretanto, que a lei da “ação popular constitucional” não derroga a regra de que para estar em juízo é necessária a representação por advogado (art. 36, CPC), mesmo porque esta norma é, também, de índole constitucional (art. 133, CF/88).

4.4 A ilegitimidade “ad causam” das pessoas jurídicas

Como se denota claramente dos dispositivos que regem a “ação popular constitucional”, somente os cidadãos tem legitimidade ativa para propô-la. No entanto, por muito tempo pessoas jurídicas em geral, em especial partidos políticos, propuseram a ação, as quais eram, na maioria das vezes, extintas sem julgamento do mérito, com fundamento na impossibilidade jurídica do pedido. Tal situação deu azo à súmula 365 do Supremo Tribunal Federal “Pessoa Jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”, ficando, a partir dela, consolidado o entendimento relativo a ilegitimidade de parte das pessoas jurídicas para a proposição da “ação popular constitucional”.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 182.

⁹⁹ FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa Furtado. *Ação Popular: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão*. São Paulo: LTr. 1997. p. 74.

Como bem lembra Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁰, após a previsão do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, “a”, da CF/88), impetrável por partido político quando ocorrer qualquer lesão aos interesses da sociedade e da lei da “ação civil pública” (Lei nº 7.347/85) que prevê legitimidade ativa às associações para a defesa do patrimônio público, meio ambiente e consumidores, a necessidade de extensão da legitimidade da “ação popular” aos partidos políticos ou a outras pessoas jurídicas, não se afigura tão necessária.

Não obstante, ainda há doutrinadores que defendem uma modificação legislativa para que se estenda a legitimidade aos partidos políticos. É o caso de Elival da Silva Ramos, cuja síntese de sua idéia pode ser resumida na seguinte citação: “a causa do partido político é, pois, a causa pública, interessando-lhes, tanto quanto ao cidadão individual, a tutela do patrimônio estatal e das entidades privadas da Administração Indireta. Talvez, até mais nitidamente do que nos cidadãos, haja nos partidos políticos um interesse cívico no tocante à boa gestão da coisa pública.”¹⁰¹

Ressalte-se que a pessoa jurídica de direito público ou privado, cujo ato seja objeto de impugnação, quando citada, pode optar por atuar ao lado do autor como seu assistente, caso esteja convencida da ilegalidade e lesividade do ato. Aliás, entendemos que qualquer pessoa jurídica pode atuar como assistente do autor pois tratando-se de interesse que concerne a toda comunidade, qualquer pessoa jurídica tem, em tese, interesse jurídico que a sentença seja favorável ao autor (art. 50, CPC).

4.5 O Ministério Público como legitimado ativo

O cidadão que propõe a ação não é obrigado a nela continuar, pode desistir ou abandoná-la (a lei se refere a “absolvição de instância”, nomenclatura não mais usada), segundo o artigo 9º, da Lei nº 4.717/65. Nestes casos, fica assegurado a qualquer cidadão, bem como ao Ministério Público, dentro do prazo de noventa dias promover o prosseguimento da ação. Situação semelhante é prevista no artigo 19, § 2º da mesma lei, que legitima o Ministério Público para recorrer da decisão proferida contra o autor da ação.

Nestes casos, ocorre uma verdadeira legitimidade ativa subsidiária ulterior, adotando-se a classificação proposta por José Carlos Barbosa Moreira, já por nós analisada. Ou seja, a

¹⁰⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular...* Op. cit., p. 110-111.

¹⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instituto de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 212-213.

legitimidade para agir passa a ser, também, do Ministério Público se, depois de iniciada a ação (por isso ulterior), o legitimado ordinário desistir, abandonar a ação ou não interpor recurso.

Claro que, nestes casos, não está o Ministério Público obrigado a atuar. Deve ele avaliar se realmente há seriedade nas afirmações do autor, pois como alerta Rodolfo de Camargo Mancuso "... o próprio abandono da causa, em si, já é um forte indicativo de pouca seriedade na sua propositura".¹⁰²

Ada Pellegrini Grinover diz que o Ministério Público teria também legitimidade não subsidiária, mas originária, para propor "ação popular" (no sentido genérico, e não específico de "ação popular constitucional"), só que não com fundamento na Lei nº 4717/65, mas sim na Lei nº 8.625/93 (Lei Nacional do Ministério Público), que institui um tipo especial de ação civil pública "para a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado...". A diferença entre a "ação popular constitucional" e esta espécie de ação civil pública, ao menos no tocante à proteção do patrimônio público e à moralidade administrativa, reside apenas na legitimação do autor: na primeira a legitimidade é do cidadão, na segunda, do Ministério Público. Segundo ela, portanto, a Lei nº 8.625/93 ampliou a legitimação da ação popular para o Ministério Público, o que é perfeitamente legal, pois a própria Constituição admite que se confirmem outras funções a ele, desde que compatíveis com a sua finalidade (art. 129, IX, CF/88). Como o artigo 127 da Constituição Federal afirma que incumbe àquele órgão a "defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais...", a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa estariam dentro de suas atribuições. Tanto teria natureza de ação popular que, se existente uma "ação popular constitucional" que tivesse como autor um cidadão, e uma ação desta espécie que tiver como autor o Ministério Público, com a mesma causa de pedir e objeto, verificaria-se a litispendência. Neste caso, não importaria que os autores não fossem os mesmos, pois seriam todos considerados substitutos processuais da coletividade. A solução para o impasse, seria a extinção da ação que teve a citação válida efetivada posteriormente (art. 219 c/c 267, V, ambos do CPC), com fundamento na litispendência.¹⁰³

¹⁰² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular...* Op. cit., p. 162.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Uma nova modalidade de legitimação à Ação Popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*. Revista dos Tribunais, Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 53-56, abr./jun. 1997.

Pode ainda, o membro do Ministério Público propor a “ação popular constitucional” como cidadão e não como representante daquela instituição, pois é outorgada legitimidade para a propositura da ação a qualquer cidadão, sem restrições.

4.6 A Natureza da legitimidade do autor

Não há unanimidade entre os doutrinadores quanto a natureza jurídica da legitimidade do autor. Parte deles defende que a legitimidade seria extraordinária, na modalidade de substituição processual: alguns sob o argumento que o cidadão que propõe a ação defende em nome próprio, direito de toda a coletividade (direito alheio, portanto) a uma Administração proba, outros, sob o argumento que se há extensão dos efeitos da coisa julgada a todos os cidadãos, mesmo os que não participaram no processo, estes estão sendo substituídos. Outra parte dos estudiosos, defende que a legitimidade seria ordinária, pois o autor que intenta a ação o faz em nome próprio, na defesa do direito próprio de participar da vida política do país. Analisemos cada uma destas teorias.

4.6.1 Atuação do autor como substituto processual

A tese vem sendo defendida por diversos doutrinadores¹⁰⁴ desde a primeira sentença em “ação popular constitucional”, da autoria de José Frederico Marques, na qual afirmou:

“O autor em uma ação popular, funciona como substituto processual, por isso que não defende seu direito em juízo, e sim o da comunidade, de que é parte integrante. Na ação popular, como ensinava Jellineck, “o juiz não deve decidir se foi respeitada uma pretensão jurídica individual do autor, mas se a pretensão da coletividade à observância da ordem jurídica foi respeitada pelo Estado que a deve realizar.”¹⁰⁵

Defendem eles que o direito de propor ação popular não é do cidadão isoladamente, mas de toda a coletividade. Agiria, então, o cidadão que propõe a ação, munido de uma legitimidade extraordinária autônoma concorrente (ou legitimidade mista), atuando como legitimado ordinário e extraordinário ao mesmo tempo, operando-se uma verdadeira substituição processual. Ou seja, todos os cidadãos brasileiros são titulares do direito a uma Administração proba, legitimados ordinários, portanto. Contudo, como não é exigida a presença de todos eles no pólo ativo da

¹⁰⁴ Entre eles: José Frederico Marques, Seabra Fagundes, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, e Waldemar Mariz de Oliveira.

¹⁰⁵ Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo de. *Ação Popular...* Op. cit., p. 104.

“ação popular constitucional” para a regularidade do processo, quem propõe a ação, age como legitimado ordinário pelo seu direito, mas como legitimado extraordinário (substituto processual) pelo direito dos outros cidadãos. De modo que a “ação popular constitucional” seguiria o mesmo modelo da ação em que um dos condôminos reivindica de terceiro a coisa comum ou do credor solidário que cobra sozinho a dívida: age como legitimado ordinário pelo seu direito e como extraordinário pelo direito dos outros condôminos ou credores.

De outra banda, temos Ephraim de Campos Júnior que também defende a substituição processual na ação popular, trazendo além dos argumentos apresentados, um argumento novo. Segundo ele, não poderia ser outra a natureza da legitimidade do autor senão a de substituto processual, face a redação contida no artigo 18 da Lei 4.717/65 determinando que a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível a todos os cidadãos, exceto se a ação tiver sido julgada improcedente por deficiência de prova, quando então, poderá ser proposta nova ação, com idêntico fundamento, desde que apresentadas novas provas. Como a decisão vincula todos os cidadãos como se eles tivessem participado do processo como partes, ele teriam sido substituídos. Por suas próprias palavras “parece-nos manifesto que efetivamente ocorre substituição da atividade dos que não agiram, pela atividade do autor da ação, que os atinge e beneficia: são atingidos pela coisa julgada, embora não tenham estado presentes na ação; e, se são atingidos, é exatamente porque foram substituídos.”¹⁰⁶

4.6.2 Atuação do autor como legitimado ordinário

Com amparo em argumentos diametralmente opostos, há os que defendem que o legitimado ordinário age em nome próprio, na defesa de direito próprio. O grande defensor desta teoria é José Afonso da Silva, que, em seu livro “A ação popular constitucional”¹⁰⁷, tentou demonstrar a insubsistência da teoria da substituição processual na ação popular.

Afirma ele que, na verdadeira substituição processual, o substituído também pode participar do processo, senão como parte, como terceiro interveniente; entretanto, no caso da “ação popular constitucional”, isto seria impossível, pois a sociedade não tem personalidade jurídica, não é sujeito de direito, conseqüentemente, não tem direito de ação e não pode participar do processo. Além do mais, a palavra substituição dá a idéia que alguém será substituído para que

¹⁰⁶ CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. Op. cit., p. 45-46.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular...* Op. cit., p. 190-191.

outro proponha a ação em seu lugar. Como poderia o cidadão propor algo em lugar da sociedade se ela originariamente já não é titular do direito? Ainda, questiona ele, como poderia o autor da ação popular recobrar as despesas gastas com o processo, direito do substituto, se, face a ausência de personalidade da coletividade, não há à quem exigir este pagamento? Finalmente, enquanto pode o cidadão desistir da demanda quando bem entender (art. 9º, Lei nº 4.717/65), o substituto não pode praticar qualquer ato que venha a restringir o direito do substituído.

Qual seria então a natureza da legitimidade do cidadão para agir na “ação popular constitucional”, se não é de substituto processual? Segundo esta teoria, o autor agiria em nome próprio defendendo direito próprio, o direito a participar da vida pública do país, fiscalizando a utilização do patrimônio público, o respeito à moralidade administrativa e ao meio ambiente. Claro que este direito é, também, da comunidade em geral e da pessoa jurídica que está sendo lesada, mas quando o cidadão exerce este direito de participação na vida política do país, exerce um direito próprio, consubstanciado no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (grifo nosso). Nas palavras de José Afonso da Silva:

“...a ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fã-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme como os princípios da legalidade e da moralidade. Diretamente, é certo, o interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e da coletividade, por consequência. Mas é seu também, como membro da coletividade...Concebida a ação popular como instituto de democracia direta, a posição do autor deixa de oferecer dificuldade, visto ser o cidadão o titular do poder democrático que ela consubstancia. Enfim, o autor, que intenta a ação popular, exerce o direito primário decorrente da soberania popular, de que ele é titular, como qualquer outro cidadão.”¹⁰⁸

No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos:

“O referido dispositivo constitucional, ao prever que “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular...”, tornou possível a invocação da atividade jurisdicional do Estado, independentemente de

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular...* Op. cit., p. 195.

o autor ter proveito pessoal na questão. Embora o interesse possa dizer respeito à coletividade como um todo, que é beneficiária da possível anulação do ato, o certo é que o autor popular age em nome próprio e no exercício de um direito seu, assegurado constitucionalmente.”¹⁰⁹

Alvaro Luiz Valery Mirra é mais um dos doutrinadores que aderem à teoria da legitimação ordinária do autor popular. Segundo ele, a legitimidade do autor não é mista (substituição processual), pois nesta, tal qual nos exemplos do condômino que reivindica a coisa comum e do credor solidário, há sempre um vínculo jurídico entre o autor e os demais cotitulares do direito material, o que não ocorre na ação popular, onde não só inexistem vínculo jurídico, como não se pode determinar o número de co-legitimados, concebendo-se como a única possibilidade restante, a da legitimidade ordinária.¹¹⁰

4.6.3 A importância da discussão acerca da natureza da legitimidade

Apesar do esforço de argumentação de doutrinadores do porte de José Afonso da Silva, é difícil conceber a legitimidade do autor na ação popular como ordinária. Vejamos o porquê. O fato de a sociedade não ter personalidade jurídica não chega a constituir óbice à substituição processual; afinal, também não tem personalidade jurídica a massa de credores solidários que podem isoladamente cobrar a dívida de seu devedor, mas admite-se neste caso a ocorrência de substituição. Pode-se dizer ainda que o substituto não substitui a sociedade como ente complexo, mas sim, cada cidadão isoladamente, os quais sempre podem, independentemente da participação do substituto, propor a ação. Quanto as despesas, custas e ônus da sucumbência relativos ao processo, só admite-se a repetição quando o substituto age de boa-fé, e, no caso específico da “ação popular constitucional”, o autor, quando age com esta índole, já é automaticamente isento de tal encargo (art. 5º, LXXIII, CF/88). Finalmente, apesar de o autor popular poder desistir da ação, o que normalmente é vedado em casos de substituição processual, a lei que regula a “ação popular constitucional” dá especial atenção ao problema, determinando que sejam expedidos editais, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao Ministério Público, dentro do prazo de 90 dias, o direito de promover o prosseguimento da ação (art. 9º da Lei, 4.717/65). Ademais, se este último procedimento não é normal nos casos de substituição processual, muito menos

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 369.

¹¹⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., p. 45.

seria se considerassemos a legitimidade como ordinária, seguindo-se a tese defendida por José Afonso da Silva.

Quanto a opinião de Álvaro Mirra, que sustenta a legitimidade ordinária do autor face a inexistência de vínculo jurídico entre ele e todos os outros cidadãos, acreditamos que, apesar ser uma situação incomum, não é óbice à ocorrência da substituição processual, pois o que caracteriza esta espécie de legitimidade é a troca/substituição de um legitimado ordinário por um extraordinário, que atua em seu lugar, independentemente do vínculo existente entre eles.

A verdade é que classificar-se a legitimação na ação popular como ordinária ou extraordinária do tipo substituição processual é tarefa que somente poderia ser feita sem falibilidade, quando a doutrina chegasse a uma definição das situações em que efetivamente ocorre a substituição processual, o quê, como vimos¹¹¹, parece longe de ocorrer. Quanto a nós, conforme já dissemos¹¹², adotamos a teoria que considera haver substituição tanto na legitimidade autônoma e exclusiva; como na legitimidade autônoma e concorrente em que o legitimado extraordinário atua, mas o ordinário não e, também, nos casos de legitimidade mista.

De fato, é a legitimação mista (logo, substituição processual), acreditamos, que ocorre no pólo ativo da “ação popular constitucional”: todos os cidadãos são legitimados ordinários para propor a ação popular; entretanto, só um ou alguns deles participam do processo, atuando como legitimados ordinários pelo seu direito e como substitutos processuais pelo direito de todos os outros cidadãos que, do processo, não participam.

A discussão sobre a natureza da legitimidade do autor popular já se prolonga há bastante tempo (ao menos desde que José Afonso da Silva passou a defender que a legitimidade é ordinária em 1968). Não obstante o valor acadêmico da discussão, cabe questionarmos do ponto de vista prático, qual a relevância da discussão. A lei é clara: não importa a natureza da legitimidade do autor, a coisa julgada terá seus efeitos estendidos a toda a comunidade, exceto no caso de o pedido ser julgado improcedente por deficiência de prova (art. 18 da Lei 4.717/65); em caso de desistência, é permitido a qualquer cidadão dar prosseguimento à ação (art. 9º da Lei 4.717/65); e, salvo comprovada má-fé, o autor está isento de custas e do ônus da sucumbência. De modo que, pode se afirmar, sem medo de errar, que, considerar o autor da “ação popular

¹¹¹ Cap III, p. 51.

¹¹² Cap III, p. 51.

constitucional” como legitimado ordinário ou substituto processual, em nada vai alterar o procedimento ou o resultado da ação popular, razão pela qual, ao menos do ponto de vista prático, não há grande relevância na discussão sobre a natureza da legitimidade do autor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste estudo, adquirimos uma visão ampla e clara do direito de ação e das condições para o seu exercício, especificamente da legitimidade para agir do autor na “ação popular constitucional”, objeto final de nossa monografia, permitindo-nos tecer as seguintes considerações:

1 Apesar de o direito de ação estar intimamente relacionado com o direito material, com ele não se confunde. O direito de ação é o direito que tem todo o indivíduo envolvido em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, de exigir que o Estado-Juiz prolate uma decisão que resolva o conflito, denominada decisão de mérito. Para isso, o indivíduo deve cumprir três condições: a legitimidade ativa e passiva “ad causam”, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. A presença destas condições será avaliada com base nas afirmações feitas pelo autor, ou seja, independentemente de sua efetiva ocorrência.

2 A decisão de mérito à qual tem direito o indivíduo que cumpriu as condições da ação não é sempre favorável ao autor, pode ser, também, desfavorável, ou seja, ele tem direito à resolução do conflito, mas não à resolução do conflito em seu favor. A ação é, portanto, dirigida contra o Estado e não contra o réu (melhor é dizer: “em face do réu”); é abstrata, pois independe da decisão ser favorável ao autor; não é genérica pois só tem direito à decisão de mérito quem cumpriu as condições exigidas pela lei; autônoma pois independe da existência de direito material; e instrumental, pois é meio para se chegar a uma decisão a respeito da titularidade de um direito material.

3 Para que o Estado efetivamente cumpra sua função jurisdicional não é suficiente a análise das condições da ação, pois o processo civil brasileiro é arquitetado sobre o que chamam os doutrinadores de trinômio processual, que são as matérias que devem ser analisadas para o efetivo cumprimento daquela função: são as condições da ação, os pressupostos processuais e o mérito. Na análise das condições da ação, verificar-se-á se as partes trouxeram elementos suficientes para que o mérito seja julgado e na dos pressupostos processuais será avaliado se estão presentes os requisitos essenciais para que se estabeleça uma relação processual válida. No mérito, serão analisadas as teses defendidas pelas partes e as provas produzidas, para que se chegue a uma decisão sobre o conflito apresentado. Antes da análise do mérito, devem sempre ser

analisados os pressupostos processuais e as condições da ação, pois estes são pré-requisitos para a prolação de uma decisão sobre aquele.

4 A condição da ação conhecida como possibilidade jurídica do pedido foi adotada por nosso Código de Processo Civil, não obstante Liebman, criador da teoria que serviu de base para o Código, tenha, anos mais tarde, incluído esta condição como fazendo parte do interesse processual. Há possibilidade jurídica do pedido quando, nem o pedido, nem a causa de pedir, são proibidos, explícita ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico.

5 Haverá interesse processual quando o pedido for: necessário, ou seja, quando aquele que está sob a ameaça de sofrer um dano ou efetivamente o sofreu, necessita da intervenção do Poder Judiciário para ele cesse; e adequado, ou seja, o provimento requerido pelo autor deve ser suficiente para solucionar o conflito relatado.

6 A legitimidade das partes para figurar como autor ou réu não será avaliada pela efetiva existência do direito material, mas pela mera afirmação do autor no sentido de ser ele o titular do direito material disputado em juízo e de ser o réu o sujeito passivo deste mesmo direito. Esta é a regra; contudo, em certas ocasiões, a lei exige mais do que a afirmação do autor, exige prova de que autor e/ou réu são partes legítimas. Assim ocorre na “ação popular constitucional”, não basta a afirmação a respeito da titularidade do direito dos cidadãos a uma Administração proba, o autor deve provar sua condição de cidadão, o que será feito mediante a apresentação do título de eleitor.

7 A legitimidade da partes pode ser de duas espécies: ordinária ou extraordinária. Ordinária quando o autor da ação age em nome próprio em defesa de direito próprio, extraordinária quando age em nome próprio em defesa de direito alheio. A legitimação extraordinária admite ainda uma subespécie: a substituição processual. Esta ocorre quando o legitimado ordinário não atua no processo, atuando em seu lugar o legitimado extraordinário.

8 Não obstante os doutrinadores concordem na definição do que seja a substituição processual, há discordância quanto aos casos em que ela ocorre. A doutrina majoritária, contudo, defende sua ocorrência nos casos de legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva (o legitimado ordinário não pode participar do processo como parte principal), na legitimidade autônoma e concorrente (podem participar do processo tanto o legitimado ordinário quanto o extraordinário) em que o legitimado extraordinário atua, mas o ordinário não e na legitimação mista (vários são os legitimados ordinários, mas somente alguns deles atuam).

9 A “ação popular constitucional” é o instrumento hábil para obter a invalidade de atos administrativos *lato sensu* quando estes forem lesivos ao patrimônio (aqui entendido como englobando erário, valores artísticos, estéticos, históricos e turísticos) público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente.

10 A legitimidade ativa “ad causam” desta ação é outorgada a qualquer cidadão que afirmar a existência algum ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente. Cidadãos são aqueles à quem são outorgados direitos políticos, entre eles os de eleger seus representantes, de ser eleito como representante e de fiscalizar a atuação destes representantes. Adquire-se esta qualidade através do alistamento eleitoral.

11 Pessoas Jurídicas não podem atuar na posição de autoras da “ação popular constitucional”, e o Ministério Público somente atuará nesta posição, caso o autor cidadão abandonar a ação, desistir dela ou não interpor recurso.

12 Há controvérsia na doutrina a respeito da natureza da legitimidade do autor na “ação popular constitucional”. Parte dela defende que a legitimidade do autor é ordinária. Outra parte defende que a legitimidade é extraordinária, na modalidade de substituição processual. Os que defendem que a legitimidade é ordinária afirmam que o autor defende direito próprio de participar da vida política do país, com fundamento no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Os partidários da tese da substituição processual defendem que o autor age em nome próprio – ordinariamente, portanto - pelo seu direito a uma Administração proba e, em nome de todos os outros cidadãos - logo, extraordinariamente - pelo mesmo direito a eles outorgado. Levam em consideração, também, que não poderia ser outra, a espécie de legitimidade, face a coisa julgada ser estendida a todos os cidadãos, inclusive os que não participaram do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. A Ação Popular e a Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 729, p. 75-79, jul. 1996.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V.1.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V.2.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. V. 1.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ARAGÃO, Moniz. *Comentários ao código de processo civil: artigos 154 a 269*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil: artigos 1 ao 153*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V.3.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. V.2.
- BRASIL. *Código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: J. Kofino, 1951.

- DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. *Revista de Processo*, v. 12, n. 47, p. 7-16, jul./set. 1987.
- DIAS, Francisco de Barros. Substituição Processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 17-28, jul./set. 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. V.1.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – O pensamento do Prof. Alfredo Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 335-347, out./dez. 1993.
- FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa Furtado. *Ação Popular: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão*. São Paulo: LTr, 1997.
- GESSINGER, Ruy Armando. *Da Ação Popular Constitucional*. Porto Alegre: Metrópole, 1985.
- GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à Ação Popular: possibilidade de conexão, continência e litispendência. *Revista dos Tribunais*, Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 53-56, abr./jun. 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário público; do patrimônio cultural e natural; e do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. V. 1.
- MARQUES, Luiz Guilherme. Pressupostos processuais e condições da ação no processo civil. *Revista Forense*, São Paulo, v. 84, n. 301, p. 317-319, jan./mar. 1988.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 93, p. 371-383, jan./mar. 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Condições da ação e pressupostos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 70-79, out./dez. 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- SILVA, Édson Ferreira da. Da legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 80-91, ago. 1991.
- SOUSA, Everardo de. Interesse de agir. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 30-36, jul./set. 1983.
- SOUZA, Gelson Amaro. O interesse de agir no direito processual civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.44, n. 225, p. 51-52, ago. 1996.
- TAVARES, André Ramos; DA SILVA, Guilherme Amorim Campos. Requisitos no exercício da Ação Popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 224-235, jul./set. 1996.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V.1.
- _____. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 41-50, jan./março. 1980.
- WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 197-206, abr./jun. 1984.