

3.3.4 O juiz pode valorar provas para aferir a existência das condições da ação?

Samuel Alvarenga Gonçalves

Bacharel em Direito

Oficial do Ministério Público

Para a doutrina majoritária, as condições da ação compõem o objeto da cognição judicial horizontal, ao lado dos pressupostos processuais e do mérito.

Kazuo Watanabe, em excelente monografia sobre o tema, esclarece-nos:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência consistente em considerar e valorar as alegações e as provas trazidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo¹.

Há, entretanto, dois fortes debates na doutrina envolvendo as condições da ação: o primeiro deles consistente em saber se elas fariam, ou não, parte do mérito da demanda; e o segundo, no que diz respeito propriamente ao tema do presente texto, consistiria em saber se o juiz pode valorar provas para aferir as condições da ação.

Vejamos.

Em relação ao primeiro debate, o Código de Processo Civil brasileiro parece ter adotado a orientação de que as condições da ação seriam categoria autônoma no âmbito de apreciação da cognição, tanto que a sua ausência acarreta na **extinção do processo sem julgamento de mérito** (CPC, art. 267, IV) e, portanto, ausentes estariam deste último. É o que se extrai das lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

[...] **Condições da ação.** Para que o juiz possa aferir a quem cabe razão no processo, deve examinar questões

preliminares que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal: o mérito, isto é, o pedido. Esta é a última questão que, de ordinário, o juiz deve examinar no processo. Essas questões preliminares dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais). As condições da ação possibilitam ou impedem o exame da questão seguinte (mérito)².

Essa questão tem fundamental importância, pois, a depender do entendimento que se adote, a verificação da existência das condições da ação tomará rumos e feições distintos.

No que concerne ao segundo debate, duas são as teorias que procuram orientar acerca da verificação das condições da ação. Para a primeira delas, chamada de *teoria da apresentação*, as condições da ação devem ser demonstradas pelas partes, **cabendo inclusive produzir provas** para convencer o juiz da sua existência. Para a segunda, denominada de *teoria da asserção*, da *prospettazione* ou da *prospectação*, a presença das condições da ação deve ser aferida à luz das alegações formuladas pelo autor da demanda, ou seja, deve considerar a relação jurídica material deduzida *in statu assertionis*. Assim, cabe ao juiz admitir provisória e hipoteticamente que as afirmações do demandante são verdadeiras e com isso considerar presentes as condições da ação no processo no momento da propositura da ação, à vista do alegado na inicial³.

A propósito:

Se a inexistência das condições da ação, todavia, for aferida só a final, diante da prova produzida (e não há preclusão nesta matéria, podendo o juiz rever a sua anterior manifestação), duas posições podem ser adotadas: para a primeira (teoria da apresentação), mesmo que venha a final, a decisão será de carência da ação; para a segunda (teoria da prospectação), a sentença nesse caso será de mérito. A primeira teoria prevalece na doutrina brasileira, apesar das abalizadas vozes em sentido contrário⁴.

Disso, já se evidencia uma nítida diferença entre essas duas correntes: na *apresentação*, caso ao final não estejam presentes as condições da ação, o autor deverá ser considerado *carecedor da ação*, já que não conseguiu *provar* as condições de admissibilidade da demanda no curso do processo; na *prospectação*, ao contrário, o caso será de julgamento improcedente de mérito, vez que as condições já haviam sido hipoteticamente consideradas presentes quando do ajuizamento da ação.

Noutro passo, também já ficou claro que, quando se adota a *teoria da apresentação*, possível será ao juiz a valoração de conjunto probatório erigido dos autos a qualquer momento, haja vista que a verificação de sua existência se dará de acordo com o que for apresentado pelas partes, além de se tratarem as condições da ação de matéria de ordem pública, podendo ser conhecidas inclusive de ofício (CPC, art. 267, §3º). Registramos, sem maiores comentários, que para muito doutrinadores a filiação a essa corrente consistiria em uma inegável adoção à teoria concreta da ação.

Por outro lado, quando se trabalha com a teoria da asserção, não será possível aferir provas para verificar a presença das condições da ação, uma vez que o juiz deve considerá-las diante do que foi afirmado pelo autor.

Há parte da doutrina que sustenta que o juiz também poderá valorar provas quando do seu exame preliminar, pois, além das alegações terem de vir acompanhadas de um lastro probatório mínimo para que possam ser aceitas pelo juiz, haverá

certas situações em que a própria lei ensejará uma investigação específica e preliminar em torno de uma das condições da ação.

No primeiro caso, elucida Leonardo Greco:

Entretanto, a simples asserção não pode ser considerada suficiente para conferir ao autor o direito da ação, sob pena de autolegitimação. A afirmação de situação fático-jurídica apta hipoteticamente ao acolhimento do pedido formulado deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e de provas capazes de evidenciar a possibilidade concreta desse acolhimento e de que a iniciativa do autor não submete o réu a ônus de plano manifestamente abusivo de defender-se de uma demanda inviável⁵.

E logo em seguida, arremata Leonardo Greco que se essas alegações foram de tal modo absurdas ou vierem desacompanhadas de qualquer indício de verossimilhança, o autor deverá ser considerado carecedor da ação para não submeter o réu ao ilegal constrangimento de ter que se defender de uma demanda sem qualquer causalidade adequada⁶.

Na segunda hipótese, é Kazuo Watanabe quem explica que poderá ocorrer nessa fase preambular a análise de elementos probatórios referentes, basicamente, a documentos cuja apresentação seja exigência da lei, como o título executivo para a ação de execução, documento de aquisição do imóvel, devidamente registrado, para a propositura da ação reivindicatória, contrato escrito para o qual se pleiteia a sua anulação ou, ainda, prova da constituição, há mais de um ano, da associação civil, e de sua finalidade institucional, para a propositura de ação civil pública. Nesse último caso, por exemplo, a atividade probatória é desenvolvida apenas para a aferição de uma das condições da ação (legitimidade de agir), nada tendo a ver com o mérito da causa⁷.

Respeitosamente, discordamos dos autores acima citados, pois a nosso ver o que ocorre nessas hipóteses é tão-somente a análise de alguns aspectos particulares das condições da ação e não uma verdadeira valoração probatória. Certo é que o tema é polêmico e ainda está longe de se pacificar.

Notas e referências bibliográficas:

¹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2005, p. 67.

² *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 710.

³ Conforme Alexandre Freitas Câmara, in *Lições de Direito Processual Civil vol. I*. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 131.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 269.

⁵ GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 24.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2005, p. 98.