

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO: do Código de 1973 ao Código de 2015

Lucília Isabel Candini Bastos*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo explicitar a evolução da categoria “condições da ação”, no Direito Brasileiro, a partir da influência do pensamento de Liebman, na elaboração do Código de Processo Civil de 1973, mais notadamente de sua teoria eclética da ação, até o Código de Processo Civil de 2015, que levou em consideração as críticas que foram feitas à referida teoria, por parte da doutrina.

Palavras-chave: Condições da Ação; Pressupostos Processuais; Teoria Eclética da Ação.

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais complexos dentro do estudo do Processo Civil é, justamente, sua teoria geral; tendo em vista o seu alto grau de abstração e a imperiosa necessidade de raciocínio lógico-jurídico. Acresça-se o fato de que, dentro do tripé que sustenta o estudo da referida teoria geral – ação, jurisdição e processo –, o estudante da Graduação, em regra, deixa a Academia sem saber aquilatar a importância do estudo da matéria para a boa compreensão do Processo como um todo (não só o Civil).

Ao ser apresentado ao tema dos pressupostos processuais e das condições da ação, este estudante, também em geral, não consegue compreender o motivo da diferenciação entre pressupostos processuais e condições da ação; e, por causa disso, tende a recitar os artigos de Lei, sem criticá-los. Nem sempre percebe a influência do pensamento de Liebman, no Código de Processo Civil de 1973, mormente da sua teoria eclética da ação.

Pois bem. Referida teoria, embora tenha sorvido inspiração em doutrinadores de escol italianos, portugueses e brasileiros, sempre foi alvo de apaixonados debates entre nós; devendo, a título de curiosidade acadêmica, ser destacado o Artigo da Lavra de Aragão, intitulado “Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação” (2002), em que este

* Especialista em Direito Tributário, Direito Previdenciário, Direito Civil, Direito Empresarial e Direito Processual Civil; Mestra em Direito Público; Ex-Auditora Fiscal da Receita Estadual de Minas Gerais; Ex-Procuradora da Fazenda Nacional. Advogada.

responde, especificadamente, às críticas de Gomes (2000, p. 276-282 e 296-306) ao seu posicionamento, em defesa da citada Teoria.

Todo esse debate é muito rico, porque descortina um universo, aparentemente, hermético ao iniciante do estudo da Teoria Geral do Processo; devendo ser salientado, também, que, além de Disciplina de forte cunho propedêutico, é ministrada nos anos iniciais do Curso de Graduação, quando o acadêmico sequer tem domínio do jargão jurídico.

Assim, diante vigência da Lei n. 13.105/15, que deu ao Brasil um novo Código de Processo Civil, é hora de, ao menos, tentar desmitificar o tema; adotando linguagem especializada; porém, objetiva e clara, a fim de contribuir para a compreensão de assunto tão fundamental para o bom desempenho da profissão.

O que se pretende, portanto, é fazer um estudo crítico sobre o tratamento dispensado às condições da ação pelo legislador; principalmente, a partir da transição do Código de 1973 para o Código de 2015, para o que é necessário discorrer antes sobre as diversas teorias sobre o Direito de Ação.

2 TEORIAS SOBRE O DIREITO DE AÇÃO

2.1 DIREITO SUBJETIVO, PRETENSÃO, AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E AÇÃO PROCESSUAL

Silva (p. 61-70) adverte que grande parte da discussão sobre a natureza do Direito Processual de Ação decorre da confusão entre os conceitos de *direito subjetivo*, *pretensão*, *ação de direito material* e *ação processual*.

Explica que *Direito Subjetivo* (p. 62) é “o poder da vontade de seu titular”; ou seja, a faculdade, atribuída pela ordem jurídica, para que aquele o torne efetivo pelo exercício, defenda-o de agressões de terceiros, exija o seu reconhecimento e realização pelos Órgãos Públicos, incumbidos em prestar jurisdição ou a ele renuncie.

Nem sempre, todavia, o Direito Subjetivo é exigível. Basta que se pense num direito de crédito, cujo vencimento, ainda, não se operou. A partir do vencimento, ao *status* do Direito Subjetivo, adere-se uma nova “potência”, uma nova “virtualidade”, a que se dá o nome de *Pretensão*. Assim, desde o momento em que o titular pode exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, “diz-se que o Direito Subjetivo está dotado de Pretensão” (p. 64-65).

Se o titular do Direito Subjetivo, a que corresponde a uma pretensão – regra geral, que pode estar excepcionada, por exemplo, no caso de prescrição, a qual decorre do decurso do prazo e da inércia do titular –, exige-se do obrigado que satisfaça o direito; cumprindo o dever que a norma legal lhe impõe, está ele exercendo a *Ação de Direito Material*¹ (p. 64-65).

O obrigado, em face do Direito Subjetivo de outrem, potencializado pela Pretensão, pode agir, voluntariamente; mas, se assim não proceder, pode este agir em face daquele; independentemente, de sua vontade ou de seu comportamento, pela *Ação de Direito Material*. Nesses termos, Direito Subjetivo e Pretensão são *status*, que só se põem em dinamismo pela Ação de Direito Material, que é atividade (p. 65-66).

Entretanto, desde que o Estado tomou a si o monopólio da Justiça, raras são as hipóteses de autotutela, de modo que, a partir daí, necessária a *ação processual* (p. 74-75), que é, segundo Dinamarco (2005, p. 326), “um *agir indireto*, que consiste em *fazer o Estado agir*”, sobre cuja natureza várias teorias foram desenvolvidas.

É sobre as principais delas que se discorrerá, sinteticamente, a seguir.

2.2 TEORIA CIVILISTA, CLÁSSICA OU IMANENTISTA

Até meados do século XIX, a natureza jurídica do Direito de Ação era tida como coincidente com a do Direito Material, cuja tutela se pretendia. Tal doutrina, conhecida por *Civilista*, *Clássica* ou *Imanentista*, segundo Santos (2007, p. 155), remontava à conceituação romana de Celso, de acordo com a qual *a ação era o direito de pedir, em juízo, o que nos é devido*.

Segundo Silva (2006, p. 79), entre seus principais expoentes, destacam-se Savigny e Mattiolo; e, no Brasil, Bevilacqua.

¹ Salienta Silva (p. 68) que “a ação de direito material é um novo poder que surge depois do exercício infrutífero da pretensão e corresponde, [...], à faculdade, inerente a todo direito, que tem seu titular *de agir para sua realização*”. Explica que estava correta a dicção do art. 75, do Código Civil de 1916, ao prescrever que “a todo direito exigível (pretensão) há de corresponder uma *ação*”. Critica, assim, a posição do legislador do Código Civil de 2002, o qual não contém norma análoga, “no pressuposto implícito de que a ‘ação’ seja uma categoria processual (como de fato é) e que não exista no direito material uma categoria que lhe corresponda, indicada como *ações* (no plural)”. Tal se deve, ainda de acordo com Silva, à influência dos sistemas europeus, aos quais o nosso direito processual se liga, e donde foram eliminados os conceitos de pretensão e de ação de direito material. Todavia, procurando se aproximar do direito alemão, que preservou a categoria definida como pretensão, o legislador do Novo Código Civil, houve por bem resgatá-la, inserindo-a no art. 189, que prescreve que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os Arts. 205 e 206”. Com isso, ainda segundo Silva, fica patente que o Código Civil, contrariando a Constituição Federal, é avesso à tutela preventiva, vez que só reconhece pretensão a direito violado.

O grande problema dessa teoria é que ela não conseguiu explicar, já que partia da concepção de que a ação nada mais era do que o direito de perseguir em juízo aquilo que era devido ao titular, a questão das ações, meramente, declaratórias e das julgadas improcedentes. Demais disso, ainda, consoante Silva (p. 80), os partidários dessa teoria trataram da ação de Direito Material, ao invés de estabelecerem a verdadeira natureza e função da ação processual.

Nesse ponto, é de grande importância, a célebre polêmica entre Windscheid e Muther, ocorrida na Alemanha, depois que este tomou a obra daquele, publicada em 1856, como objeto de estudo, tecendo-lhe críticas contundentes (Marinoni, 2010, p.163-165).²

Windscheid começou dizendo que o Direito Romano não dizia que alguém tinha um direito; mas, sim, que possuía uma *actio*; ou seja, a *actio* romana não era um meio de defesa, mas o próprio direito obrigacional dos modernos; daí porque desenvolveu o raciocínio para adaptá-la, também, ao direito real. Após, evoluiu afirmando que não era um novo direito que surgia, em razão da violação, ou um direito de se queixar, dirigido contra o Estado (*Klagerecht*); mas, a faculdade de realizar a própria vontade, por meio de uma “perseguição em juízo”. *Concluiu que o equivalente moderno da actio é a pretensão; delineando-a como uma situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar, quanto do próprio direito subjetivo; embora fosse emanção deste* (p. 163-165).

Muther, diversamente de Windscheid, sustentou que a Ordenação Romana era, sim, uma ordenação de direitos (e, não uma ordenação de pretensões a serem perseguidas judicialmente). Assim, existiria um direito de agir contra o Estado, na pessoa de seus Órgãos Jurisdicionais; da mesma maneira como a própria *actio*, também, era um direito do autor para que o pretor lhe outorgasse a “fórmula”, que constituía a tutela jurídica, no Direito Romano. Destarte, *evidenciou dois direitos: o “direito originário”, em face do particular; e, o direito de agir autônomo, frente ao Estado, ambos tendo por base o direito privado* (p. 165-166).

As considerações de Muther foram, parcialmente, aceitas por Windscheid; levando-o a admitir a existência de *uma ação processual, que ele denominou de “Direito*

² Naquela época, na Alemanha, ao lado da *actio* romana, existia, também, a *Klage* ou *Klagerecht*, ambas ligadas à busca da realização do direito, por intermédio do juiz, diferenciando-se, porque a primeira era voltada contra o obrigado; enquanto a segunda dirigia-se contra o Estado (p. 163).

à Tutela do Estado”, ao lado da Pretensão de Direito Material. A partir daí, ficou superada a antiga concepção que unia o Direito Material e a Ação (p. 166).

Silva (p. 80), todavia, esclarece que Windscheid mostrou que a *actio* romana não correspondia à ação processual moderna; estando mais próxima da Pretensão, razão pela qual a premissa dos Civilistas era inadequada.

2.3 TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AÇÃO

A Teoria do Direito Concreto de Ação é devida a Wach, o qual mostrou que o processo nem sempre é a perseguição daquilo que é devido a alguém, a partir da observação de fenômeno novo, no campo processual: a introdução de pretensão – especial e autônoma – para a simples declaração da “existência ou inexistência de uma relação jurídica”, ocorrida na Alemanha, em 1877 (Silva, p. 81).

A despeito disso, Wach firmou posição no sentido de que a tutela jurídica só era prestada pela sentença favorável; atrelando, todavia, aquela ao Estado, como obrigado a concedê-la; assim como ao adversário, que deveria suportá-la (Marinoni, p. 168-169).

Com seu trabalho intitulado “A Pretensão de Declaração”, Wach, ao lado de Büllow, que escrevera, anos antes, a célebre “Exceções Processuais e Pressupostos Processuais”, contribuiu, sobremaneira, para firmar a autonomia da relação de Direito Processual em face da de Direito Material (Silva, p. 81-82).

Deve ser destacada, também, a importância de Chiovenda, o qual expôs seu pensamento em Aula Inaugural, proferida na Universidade de Bolonha, em 1903.

Embora partindo da teoria de Wach, invocou a Teoria do Direito Potestativo³, afirmando que a ação, embora dependesse de uma sentença favorável para que pudesse projetar efeitos jurídicos, era um poder exercido, apenas, em face do adversário, que passava a ter um ônus; estando longe de constituir um direito contra o Estado (Marinoni, p. 170-171 e 182).

Tanto Wach como Chiovenda, ao tentarem definir a ação processual, perceberam-na como se fosse um poder, atribuído ao titular do Direito Subjetivo Material para que

³ Segundo Silva (p. 82), a ação processual, para Chiovenda, era “um direito especial de natureza *potestativa* por meio do qual se realizava, no caso concreto, a vontade da lei, abstratamente prevista pelo ordenamento jurídico”. (Itálico no original.) Por direito potestativo ou formativo, ainda de acordo com Silva, deve-se entender aquele cuja realização efetiva “prescinde de qualquer atividade voluntária de cumprimento do obrigado, que apenas sofre o efeito da manifestação de vontade daquele que forma o direito”, dando origem, quando posto no processo como conteúdo de alguma demanda, a sentenças constitutivas.

este pudesse tornar efetivo seu direito contra o obrigado, por meio do Estado (Silva, p. 83).

Tal concepção teve o mérito de mostrar que a ação processual não podia ser confundida com o Direito Subjetivo, tal como feito na Teoria Civilista, vez que Wach evidenciara a possibilidade de haver ação a que não correspondia a qualquer Direito Subjetivo Material (Ação Declaratória); bem como que era ela um novo direito, distinto e autônomo do Direito Material, como explicitado por Chiovenda (“poder jurídico de realizar a condição para a atuação da vontade da Lei”). (Silva, p. 83).

Todavia, como ambos atribuíram esse novo “direito de ação” ao próprio titular do Direito Subjetivo Material, como um “direito secundário”, o problema, já apontado em relação à Teoria Civilista, de não explicar a ação julgada improcedente, persistiu na Teoria do Direito Concreto de Ação; já que o juiz teria prestado a jurisdição, prolatando sentença de mérito, sem, contudo, proteger o Direito Subjetivo de quem a exercera (fl. 83- 84).

2.4 TEORIA DO DIREITO ABSTRATO DE AÇÃO

Antes mesmo de Wach publicar o ensaio, acima referido, Degenkolb, outro Jurista Alemão, lançou, em 1877, estudo em que afirmava que a ação era, realmente, um direito autônomo; porém, outorgado não só àqueles a quem a Lei conferira algum Direito Subjetivo Material; mas, a tantos quantos invocassem o direito de submeterem suas demandas aos tribunais. Era, pois, um *direito público subjetivo*. Assim, teria havido exercício de ação, enquanto categoria processual, mesmo se, ao final, a ação fosse de improcedência; resolvendo tal Teoria o problema cuja solução não encontrara a Teoria do Direito Concreto de Ação (Silva, p. 84).

Por isso, o Direito de Ação, no campo processual, passou a ser entendido como *abstrato*: “era outorgado pela ordem jurídica a todos quantos invocassem a proteção jurisdicional; independentemente, de serem ou não titulares dos direitos alegados em juízo” (p. 84).

A Teoria do Direito Abstrato de Ação não foi encampada por parte da doutrina, sob o argumento de que esta confundia o *direito de ação* com o *direito de petição*, equivalente ao *direito de acesso aos tribunais* (p. 85).

Vale, aqui, pela influência que exerceu no Brasil, destacar a posição de Carnelutti, o qual, embora seguidor da Teoria da Ação no sentido abstrato, ocupou-se mais da sua

dimensão processual, em contraposição a Couture, que se notabilizou por vislumbrar nela uma manifestação do direito de petição; e, portanto, o seu aspecto constitucional (Marinoni, p. 171-172; Santos, p. 161-163).

Assim, Carnelutti diferenciou *lide de processo*, sendo lapidares suas definições desses Institutos. A primeira é o “conflito de interesses, caracterizado por uma pretensão resistida”; e, o segundo, o “método para a atuação do direito”, por meio do qual se busca a composição da primeira, para a conservação da paz social (Santos, p. 162).

Para Carnelutti, ação é “o direito de obter uma sentença sobre a lide, deduzida no processo”, com o que fica evidente que considerava tal direito distinto daquele que subjaz à própria lide; porém, entendia que o Direito de Ação era exercitado em face do juiz e não do Estado; embora este, também, tivesse interesse na composição da lide (Santos, p. 162-163).

2.5 TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO

Diante desse panorama, surge uma quarta Teoria, denominada Teoria Eclética da Ação, devida a Liebman, eminente Processualista Italiano, que residiu, durante vários anos no Brasil, onde lecionou na Universidade de São Paulo, influenciando uma geração de discípulos, entre eles Buzaid, autor do anteprojeto do Código de Processo Civil, sancionado em 1973. Produziu ele vários estudos aqui, valendo ressaltar o ensaio “Despacho Saneador e o Julgamento de Mérito”, sobre o qual se discorrerá o item 2.

No entanto, conforme ressalta Silva (p. 85), sua célebre Teoria só foi exposta, de forma definitiva, em 1949, quando o Jurista já retornara à Itália.

Pois bem, antecipando em rápida pincelada a Teoria Eclética da Ação, tal como concebida por Liebman, vale dizer que ele a colocou numa posição intermediária entre as Teorias do Direito Concreto e Abstrato de Ação, na medida em que a concebia como um verdadeiro direito subjetivo público, autônomo em relação ao direito material; mas, não a considerava incondicionada, de modo a equipará-la ao direito de petição; mas, sim, dependente da verificação de condições, que ele denominou de *condições da ação*, as quais deveriam ser examinadas pelo Magistrado; juntamente com os pressupostos processuais, as nulidades e outras questões prévias, num juízo de admissibilidade, que não seria, propriamente, exercício de atividade jurisdicional, no denominado Despacho Saneador; para só, então, passar à fase decisória, propriamente, dita.

3 O PENSAMENTO DE LIEBMAN

3.1 O DESPACHO SANEADOR

Para uma boa compreensão da denominada “Teoria Eclética da Ação”, é necessário entender a importância, atribuída por Liebman, ao dito “Despacho Saneador”.⁴

Segundo ele (1976, p. 98 e 101-102), tal instituto é criação do legislador português, introduzido por Decreto de 1907, então cognominado “*Despacho Regulador do Processo*”, cuja finalidade era o conhecimento de nulidades. Tomou, contudo, a denominação de “Despacho Saneador”, a partir de Reforma, levada a efeito em 1926, tendo, então, seu campo de abrangência ampliado para incluir, além das nulidades, outras questões que pudessem obstar o conhecimento do mérito, quais sejam, “*as exceções dilatórias, a legitimidade das partes, a coisa julgada, a prescrição e as nulidades*”.

Adotando a figura do Despacho Saneador, o legislador brasileiro, no texto definitivo do Código de Processo Civil de 1939, afastou-se do modelo português; mantendo quatro exceções: de incompetência, de suspeição, de litispendência e de coisa julgada.⁵ Por outro lado, *no Saneador, foram incluídos o interesse e a legitimidade das partes*. (Liebman, p. 102-103).

Liebman (p. 103) criticou a solução, no tocante às exceções:

Duvido do acerto desta solução. Como vimos há pouco, a oposição preliminar, dentro de um prazo peremptório, das exceções de conteúdo processual desapareceu quase por completo do mundo moderno. As críticas de Bülow não podem ser esquecidas. As exceções dilatórias não passam de uma construção artificial e pertencem ao passado. Os requisitos para a regularidade do processo devem em sua maior parte, ser verificados de ofício pelo juiz, independentemente da iniciativa da parte. Mesmo das quatro exceções previstas pelo Código vigente, duas devem ser conhecidas de ofício, e podem ser arguidas em qualquer momento. Não tem, pois, sentido a exigência de serem opostas em via preliminar, antes da contestação. *Por isso a doutrina moderna substituiu a figura das exceções em sentido processual pelo conceito de pressupostos processuais*. (Destques nossos.)

Para ele (p. 104-105), deveriam ser examinados no Saneador: (i) as nulidades; (ii) os pressupostos processuais (ressalvados aqueles, então, objeto de exceção:

⁴ Segundo Grinover, em comentário à obra de Liebman (1976, p. 98), a denominação “Despacho Saneador” era acertada, quando o Código de Processo Civil revogado, foi aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973; mas, este foi alterado logo depois, pela Lei n. 5.925, de 1º de outubro do mesmo ano, a qual modificou a locução para “Saneamento do Processo”, no Art. 331. Explica que, pelas definições do seu Art. 162, §§ 2º e 3º, o “saneador” poderia ser “decisão”, mas não “despacho”.

⁵ É de se salientar que o atual Código não prevê mais tais exceções. (BRASIL, 2015.)

incompetência relativa, suspeição e impedimento); e, (iii) o interesse de agir e a legitimidade das partes.⁶

3.2 A DEFINIÇÃO DE “MÉRITO” EM LIEBMAN

De acordo com Liebman (p. 112), vários dispositivos do Código de Processo Civil de 1939 conduziam ao entendimento de que havia coincidência entre lide e julgamento do mérito (“fundo da questão”). Partindo da famosa definição de lide, enunciada por Carnelutti, explicitada no item 1.4, a qual considerou como “o mais ousado esforço feito até hoje para procurar identificar o conteúdo material do processo”, Liebman (p. 113-114) esclarece, todavia, que não se deve confundir a lide (conteúdo) com o processo (continente).

Ainda, segundo tal Doutrinador (p. 114), *o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é o conflito existente entre as partes fora do processo; e, sim, o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito*. Assim, constitui objeto do processo, apenas e tão-somente, a parte do conflito de interesses a respeito da qual as partes pediram uma decisão.

Afirma (p. 117-118) que Calamandrei tinha razão ao concluir que *o conceito de lide de Carnelutti era sociológico e não jurídico*, porque “o conflito de interesse existente fora do processo é, de fato, a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo”.

Reformulando a definição de Carnelutti, então, Liebman (p. 121) afirma que lide é o “conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes”, o qual coincide com o mérito da causa.

⁶ Conforme salienta Grinover, em comentário à obra de Liebman (p. 105), tendo então como referencial o Código de Processo Civil de 1973, tal situação já se encontrava profundamente alterada.

E assim era porque, após a resposta do réu, vinham as “providências preliminares” (Arts. 323 a 328), que consistiam conforme o caso em: (i) determinar que o autor especificasse as provas (Art. 324); (ii) dar oportunidade ao autor para requeresse a declaratória incidente (Art. 325); (iii) ouvir o autor sobre fato impeditivo, modificativo ou extintivo alegado pelo réu (art. 326) ou sobre preliminares apresentadas na contestação (Art. 327).

Após as providências preliminares, vinha (Art. 327, segunda parte) a atividade saneadora do juiz, preparatória do “despacho” saneador propriamente dito, mandando sanar ou suprir as irregularidades ou nulidades (sanáveis), em prazo nunca superior a trinta dias.

Depois de tais providências, seguia o “julgamento conforme o estado o processo” (Arts. 329 a 331), que podia consistir em: (i) extinção do processo (Art. 329); (ii) julgamento antecipado da lide (Art. 330); ou (iii) saneamento do processo (Art. 331).

Destarte, ainda segundo Grinover, apenas no caso em que não houvesse extinção do processo, pelo Art. 329, nem julgamento antecipado da lide, pelo Art. 330, é que o juiz declarava aquele efetivamente saneado, sendo possível seu regular prosseguimento. *Noutros termos, somente aí o termo “saneamento” estaria utilizado em seu sentido estrito.*

Portanto, para ele (p. 122), “julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente; e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida”.

3.3 AS “QUESTÕES PRÉVIAS”, PARA LIEBMAN

Assim, todas as questões não abrangidas pelo mérito constituiriam questões prévias. Liebman as agrupa em quatro categorias, a saber, os *pressupostos processuais*, as *condições da ação*, as *nullidades* e as *situações terminativas*.

Sobre os *pressupostos processuais*, explica (p. 123-124) que “são as circunstâncias subjetivas e objetivas que constituem os requisitos para que o processo, tal como foi proposto, se apresente adequado e apropriado à lide”; de maneira que a falta de qualquer deles produziria a inviabilidade da relação processual.

Referem-se à (i) competência do juiz; (ii) capacidade das partes (legitimidade *ad processum*) e (iii) falta de fatos impeditivos do processo, em relação àquela lide (litispendência, compromisso arbitral, suspeição do juiz, etc.). Ensina (p. 124-127) que as *condições da ação*⁷ “são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada”. Dizem respeito “às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito”.

São elas:

a) Possibilidade Jurídica (p. 124-125)⁸, que é a “possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão, pedida pelo autor”. *A contrario sensu*, era o caso do pedido de divórcio, no Brasil, antes da Lei n. 6.515/77.

b) Interesse Processual ou Interesse de Agir (p. 125), o qual se relaciona com a *utilidade e necessidade*, sob a ótica do Autor, “de conseguir o recebimento de seu pedido para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa”. Bem, por isso, Liebman o considera um “interesse de segundo grau”, eis que relacionado ao interesse de propor o pedido, tal como formulado, para a tutela do interesse que encontrou resistência ou está ameaçado de a encontrar.

⁷ Liebman (p. 127-128) adverte que não há concordância na doutrina neste modo de sistematizar a matéria. Chiovenda, por exemplo, que concebe o direito de ação como um direito concreto, entende que se incluem entre as condições da ação todas as que se requerem para obter sentença favorável ao autor, entre elas, a existência do direito (que Liebman entende absorver a possibilidade jurídica). Para Chiovenda, a legitimação e o interesse estão incluídas no julgamento do mérito.

⁸ Registre-se que Liebman, a partir da terceira edição de seu “Manual de Direito Processual Civil”, editado na Itália em 1973, excluiu a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Inobstante isso, o Código de Processo Civil de 1973 a manteve entre elas (Silva, p. 90).

c) Legitimação (legitimidade *ad causam*) (p. 127), entendida como a pertinência subjetiva da lide, em relação às pessoas do autor, que pede; e, do réu, que contesta, quanto à providência que é objeto da demanda, de acordo com ordem jurídica.

Já as *situações terminativas* (p. 132) são os fatos ou circunstâncias que, sem se apresentarem como nulidades, autorizam o réu a pedir o encerramento do processo, sem resolução do mérito; ou, como em voga, na época em que Liebman escreveu, “absolvição de instância”.

3.4 RAZÕES INVOCADAS POR LIEBMAN PARA SUSTENTAÇÃO DA CATEGORIA “CONDIÇÕES DA AÇÃO”

Basicamente, são três as razões que levam Liebman a defender a existência das *Condições da Ação*.

Primeiramente, a partir do *conceito de jurisdição*, entende (p. 128-129) que somente a sentença que decide a lide, no processo de cognição, tem, plenamente, a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e restrito; de modo que todas as outras têm caráter preparatório e auxiliar, entre elas as que conhecem das já referidas questões prévias.

A mais substancial razão, no entanto, ancora-se no *conceito de ação*.

É que, entre as várias Teorias que concebem a ação, como um direito autônomo, Liebman (p. 129-131) destaca as que lhe atribuem um caráter concreto (direito de conseguir uma sentença favorável) e as que lhe conferem um caráter abstrato (direito de provocar a atividade dos Órgãos Jurisdicionais e de conseguir uma decisão qualquer; sem nenhuma condição prévia, subjetiva ou objetiva).

Enxerga ele, entre tais posições, uma intermediária (p. 129-131):

Entre essas duas correntes cabe uma posição intermédia, que se ajusta à definição, dada há pouco, da função jurisdicional. A ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, significa o direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide. É *abstrata*, porque tendo por conteúdo o julgamento do pedido inclui ambas as hipóteses em que este for julgado procedente ou improcedente, *mas é subjetiva determinada, porque é condicionada à existência dos requisitos definidos como condições da ação*. A possibilidade de requerer dos órgãos jurisdicionais uma decisão, seja qual for, mesmo uma decisão que recuse julgar o pedido, não é um direito subjetivo, porque compete a todos, em qualquer circunstância, e constitui, por assim dizer, o ar em que vive uma ordem jurídica constituída. *É um direito subjetivo e, propriamente o direito de ação, aquele que, nas condições indicadas, compete a uma pessoa, que pretende obter do poder judiciário a aplicação do direito a um conflito de interesses. Mas entre essas condições não se inclui a*

procedência da pretensão do autor, porque a ação não é o direito de ver acolhido e sim, mais simplesmente, de ver julgado o pedido formulado. Quer ele seja acolhido ou rejeitado é assunto que não cabe ao juiz decidir como resultado de seu conhecimento da lide, e que se resolve de conformidade com o direito aplicável à espécie. Do ponto de vista processual, a ação é o direito ao julgamento do pedido, não a determinado resultado favorável do processo. Assim sendo, é lógico que as condições da ação, como requisitos que condicionam o conhecimento do mérito, não podem estar incluídas no mesmo. (Destques nossos.)

Por fim, com fundamento no *argumento exegético*, Liebman (p. 131-132) refere-se a dispositivos do Código de 1939, então vigente, de acordo com os quais a legitimidade, a possibilidade jurídica e o interesse deveriam ser apreciados, preliminarmente, ao mérito (e.g., Arts. 160 e 294, incisos I e III), os quais indicavam, claramente, o caráter preliminar das condições da ação, frente ao mérito.⁹

4 A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA DE LIEBMAN

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Teoria Eclética da Ação despertou acaloradas polêmicas; havendo, por conseguinte, quem a defendia e quem a repudiava.

A título de ilustração, abordar-se-á a seguir, em linhas gerais, o pensamento de um fiel seguidor de Liebman – Cândido Rangel Dinamarco – e o de um grande crítico – Fredie Didier Júnior, com o que se espera ter um panorama sobre o tema.

4.1.1 Cândido Rangel Dinamarco

⁹ Tais eram as dicções dos citados dispositivos legais, no Código de Processo Civil, introduzido pelo Decreto-lei n. 1.608/39:

“Art. 160. A petição inicial será indeferida, si (*sic*) manifestamente inepta ou quando a parte for ilegítima.”

“Art. 294. No despacho saneador, o juiz: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

I, decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

[...]

III, examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

[...]”

Referidos dispositivos legais foram, com pequenas variações, reproduzidos no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 295 e 329, c/c 267 e 269, incisos II a V, respectivamente).

Um dos mais destacados seguidores da Teoria de Liebman, Dinamarco (2005, p. 294-295) leciona que a única diferença significativa entre ação e defesa consiste no fato de aquela incluir o poder de dar início ao processo; já que a jurisdição é inerte. Assim, no conceito de ação incluem-se os poderes de iniciativa e participação; enquanto que, no de defesa, somente o de participação.

Destarte, considera exagerado conceituar a ação como “direito à tutela jurisdicional”, ou mesmo, como “direito à sentença de mérito”; assim como o é considerar a defesa como “contraposto negativo da ação”, ou, como “o direito de opor-se à pretensão do autor” (p. 295).

Durante o “duelo processual” (p. 295-296), por meio do qual as partes exercem suas faculdades e poderes, os quais compõem o “feixe de situações jurídico-processuais”, afinal, conceituados como ação ou defesa (e.g., apresentando a demanda e a contestação; requerendo provas; tomando parte em audiência, etc.), pode-se, após a superação do denominado “juízo de admissibilidade”, chegar ao momento adequado para que as partes estejam aptas a exigir o provimento (ou o improvimento) de mérito; tendo o juiz o dever de sobre ele decidir.

Somente depois de cumpridas todas as exigências e havendo as partes tido todas as oportunidades inerentes à ação e à defesa (p. 296), será concedida a “tutela jurisdicional plena”; que é “aquela consistente em outorgar ao sujeito o *bem* da vida, em razão do qual o processo foi instaurado; negando ao vencido o direito a ele”. Bem, por isso, vencido pode ser tanto o réu, como o autor, ainda que, parcialmente.

Assim se refere Dinamarco (p. 296-297) à “tutela jurisdicional plena”, nos processos de conhecimento e de execução:

Direito ao provimento de mérito é, no processo de conhecimento, direito ao julgamento deste, ou direito à sentença de mérito. O processo de conhecimento é por definição *processo de sentença* e sentenciar sobre as contrapostas pretensões das partes é prover sobre o *meritum causae*. No processo de execução, o provimento de mérito não consiste em julgar a pretensão; mas, em ordenar a satisfação desta mediante entrega do bem ao exequente. Satisfeito o credor, a sentença que se profere nesse processo é somente um ato destinado à extinção processual (art. 794, inc. I, c/c art. 795)¹⁰. (Itálicos no original.)

¹⁰ Adverte Dinamarco (p. 298) que as situações no processo de conhecimento e de execução são diferentes, porque este é estruturado “para oferecer tutela jurisdicional ao demandante ou a ninguém”. Destarte, o máximo que o executado pode esperar é a extinção do processo executivo sem que o bem saia de seu patrimônio para passar ao do exequente. (As referências aos dispositivos legais feitas são do Código de Processo Civil de 1973).

Por outro lado, a “tutela jurisdicional não-plena” é aquela que advém da extinção do processo, sem resolução do mérito. Confira-se (p. 297):

Recebe tutela jurisdicional *não-plena* o réu que obtém a extinção do processo sem julgamento do mérito. Não assegura para si o bem litigioso – e por isso a tutela não é plena. Mas libera-se do processo formado sem o concurso de sua vontade e do risco de perder o bem, ao qual o processo o expõe. (Itálicos no original.)

Nesse ponto, Dinamarco (p. 298-299) refere-se, explicitamente, às “condições da ação”, como sendo *limitações impostas pela Lei ao direito ao provimento de mérito; afirmando que elas se legitimam por razões de ordem ética ou econômica.*

Assim, a tendência à universalização da tutela jurisdicional é “refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos, sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição e da própria Lei” (p. 298).

Ainda, segundo ele (p. 299):

Não seria *eticamente legítimo* sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele causa, quando se antevê que a tutela jurisdicional pedida pelo autor não lhe será útil ou que, por afrontar certos preceitos superiores, jamais poderá ser concedida. Nem seria *economicamente legítimo* impor ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação. (Itálicos no original.)

Por isso, as três condições da ação – interesse de agir, *legitimatío ad causam* e possibilidade jurídica da demanda – deveriam estar sempre presentes, de tal modo que a falta de apenas uma tornasse o sujeito *carecedor de ação; o que inviabilizaria não o exercício da ação, mas a sua própria existência, como direito ao processo*, porque “seria estranho afirmar que um direito existe, mas não pode ser exercido quando lhe faltar um dos requisitos constitutivos” (p. 298-299).

Tem-se, então, que, pela demanda inicial, instaura-se a ação, a qual, desde que presentes as três condições da ação; como visto, relaciona-se ao direito ao processo; instaurado este, deve-se cumprir todo o procedimento em suas fases, para se ter direito ao provimento jurisdicional.

Bem, por isso, Dinamarco (p. 300) afirma que as três condições da ação constituem “faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial”; vez

que estas decorrem da “situação da vida” que motiva o demandante a ir a juízo em busca do “resultado jurídico-substancial pretendido”.

Tais condições situam-se no campo processual, já que constituem requisitos para que o processo exista; prosseguindo até que o Magistrado venha a ter o dever de prover sobre o mérito. Inobstante isso, é “quase, exclusivamente, no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não” (p. 300).

Destaca-se, ainda, no pensamento de Dinamarco (p. 316-318), o “repúdio à teoria da asserção”. Por tal teoria, as condições da ação deveriam ser aferidas *in statu assertionis*; isto é, a partir do modo como a demanda é proposta, de tal forma que se estaria diante de questão de mérito, se só depois se verificasse a falta da concreta implementação de qualquer delas.

Explica Dinamarco (p. 316) que não basta que o demandante descreva, formalmente, uma situação em que estejam presentes as condições da ação; sendo imperioso que elas, realmente, existam; porque a falta de qualquer uma impõe a extinção do processo, sem resolução de mérito; seja, quando o juiz despacha a inicial, seja quando julga, conforme o estado do processo; ou, em qualquer outro momento intermediário do procedimento; e, até mesmo, no momento de proferir a sentença. E, assim é, porque “o juiz é proibido de julgar o mérito, quando se convence de que a condição falta”.

Inobstante o registro do seu repúdio à teoria da asserção, mais à frente, Dinamarco (p. 318-319) pondera que, na verdade, existem duas situações que fogem da normalidade, em tema de condições da ação e que demandam tratamento diferenciado.¹¹

A primeira ocorre quando, ausente qualquer delas, no momento da propositura da ação, o fato não é notado; fazendo-se, contudo, presente por ocasião do julgamento, quando, então, o mérito deve ser provido ou improvido. A segunda, ao contrário, refere-se à condição presente, no momento da demanda; mas, ausente por ocasião do julgamento, quando, então, o autor é carecedor de ação (p. 318).

Explica que a segunda situação é mais comum que a primeira, quando se diz que o “pedido ficou prejudicado”. Exemplo da primeira: no momento da propositura da ação possessória, o réu, ainda, não havia ameaçado a posse do autor, mas vem a fazê-lo depois,

¹¹ Tal ordem de ideias fica muito clara no seguinte trecho das “Instituições” de Dinamarco, porém de seu terceiro volume (2009, p.130):

“Por outro lado, ainda que falte uma das condições da ação; e, portanto, o autor seja carecedor desta, nem por isso o processo em si mesmo deixa de ser válido e regular. A extinção deste, por ausência de uma delas, deve-se à inexistência do mérito e não a circunstâncias de sua própria vida. O juiz tem o dever de indeferir a petição inicial, extinguindo desde logo o processo quando uma das condições faltar; mas, se não o fizer, a superveniência da condição inicialmente faltante sanará a falta e, estando ela presente no momento de sentenciar, ele não mais pronunciará a carência de ação.”

quando se vence o contrato de comodato e aquele não restitui o bem ao primeiro. Exemplo da segunda: no curso do mandado de segurança, a autoridade coatora defere ao impetrante o requerimento, ilegalmente, indeferido (p. 318).

Salienta (p. 319) que tal solução estava positivada no Art. 462, do CPC: (BRASIL, 1973.)

Art. 462. 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.

Por fim, aproximando-se do pensamento de autores que criticam o rigor da Teoria Eclética de Liebman, admite que casos há em que, embora os Magistrados entendam haver carência de ação, existe, na realidade, julgamento de improcedência do mérito. É o que Dinamarco (p. 319) denomina de “Falsas Carências de Ação”, exemplificando no seguinte sentido:

Isso acontece com bastante frequência (a) em mandados de segurança denegados por ausência de liquidez-e-certeza, (b) em ações de usucapião quando se verifica que o autor não tinha a seu favor os requisitos do *tempus* ou do título, (c) em demandas de condenação por danos decorrentes de acidentes automobilísticos propostas em face de quem já foi mas não é mais dono do veículo causado, (e) (*sic*) em casos onde o juiz nega a possibilidade jurídica da demanda, indo além dos limites razoáveis dessa condição da ação etc.

Em apertada síntese, é esse o pensamento de Dinamarco, no tocante à categoria “Condições da Ação”.

4.1.2 Fredie Didier Júnior

Um grande crítico da Teoria Eclética, tema a que dedicou sua tese de doutoramento, Didier Júnior (2010, p. 205-207) enfatiza que, no Código de Processo Civil de 1973, “o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa; julgamento que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica, deduzida em juízo”. Bem, por isso aduz que o estudo das condições da ação só pode ser feito, em face da “ação exercida”, no sentido de ação processual e não no de direito de ação, constitucionalmente, assegurado.

Ressalta (p. 208) que o Código de 1973 cuidava das condições da ação em dois dispositivos legais: nos Art. 3º e 267, VI. O primeiro fazia menção, apenas, ao interesse processual e à legitimidade. O segundo era o único que fazia referência, especificamente,

às condições da ação; incluindo, ao lado das duas já referidas, também, a possibilidade jurídica, desacompanhada de qualquer complementação; prescrevendo que a falta de qualquer delas implicava a extinção do processo, sem resolução do mérito.

O grande problema aí é que nem sempre é simples diferenciar as condições da ação do mérito. Porém, a decisão de mérito ficaria acobertada pela imutabilidade da coisa julgada material; enquanto que a decisão de carência de ação (decisão terminativa) não; de sorte que poderia, em tese, nesse último caso, ser renovada a “mesma” demanda (p. 209).

Note-se que Didier (p. 94) salienta que renovar a mesma demanda implica, assim, o fazer, tendo em conta os mesmos elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido.

Destarte, a despeito da dicção do Art. 268, do Código de 1973, abalizada doutrina e jurisprudência vinham entendendo que, também, nos casos de carência de ação (assim, também, como nos de indeferimento liminar da inicial, falta de pressuposto processual e existência de pressupostos negativos, respectivamente, incisos I, IV e VII, do art. 267, CPC 1973), não era possível a repositura da demanda; mas, tão-somente, a propositura de nova demanda; corrigido o defeito, apontado na decisão terminativa anterior.¹²

E, explica (p. 99):

[...] o juízo de admissibilidade consiste na aplicação da sanção de invalidade do procedimento; é uma decisão constitutiva negativa, que resolve definitivamente a questão da admissibilidade do procedimento; como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse à parte “escapar” à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados.

A propósito do juízo de admissibilidade, que, para Liebman, não era, propriamente, exercício da jurisdição, Didier (p. 99) afirma que é decisão tanto quanto o juízo de mérito; possuindo, todavia, objeto distinto, o que não o desmerece, em relação a este. Continua:

¹² Prescrevia o Art. 268, do CPC 1973:

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

Segundo Didier (p. 94-95), a ressalva do Art. 268, quanto aos pressupostos processuais objetivos extrínsecos (perempção, litispendência e coisa julgada) aplicava-se também à existência de convenção de arbitragem (inciso VII), por analogia, visto estar presente a mesma *ratio*. Salienta, todavia, que “o dispositivo deve ser interpretado como se impusesse à decisão judicial uma cláusula *rebus sic stantibus*. Dá como exemplo a hipótese de o processo que estava pendente e que autorizou a extinção do segundo, por litispendência, haver sido extinto depois sem exame do mérito.

O Magistrado faz dois juízos: um sobre o processo e outro sobre a relação jurídica discutida, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. A imutabilidade somente pode recair sobre aquilo que foi decidido - obviamente, na extinção do processo sem exame do mérito, não há preclusão sobre a questão de mérito, que não foi apreciada. É certo, porém, que não se pode retirar do juízo de inadmissibilidade do processo a aptidão de impedir a renovação da demanda, chame-se ou não essa vedação de coisa julgada material.

Negar natureza jurisdicional ao juízo de admissibilidade é, pois, uma das grandes críticas feitas pela doutrina à Teoria Eclética de Liebman, reafirmada por Didier, o qual, bem por isso, defendeu, por ocasião de tal trabalho, uma reforma legislativa para alteração do já citado Art. 268, de modo a ressaltar todos os casos, acima explicitados, da possibilidade de repositura da demanda (p. 99 e 210).

Assevera (p. 213) que um dos fundamentos para a sustentação da Teoria Eclética é a economia processual, de sorte a impedir que processos inviáveis se prolonguem, a qual, todavia, fica prejudicada, eis que “não se confere às decisões de carência de ação a imutabilidade da coisa julgada material”.

Em raciocínio, nesse específico ponto, afinado com o de Dinamarco, exposto no item anterior, Didier (p. 213-214), entretanto, chega à conclusão que este último só, recentemente, considerou, assim mesmo, sem grande ênfase: a de que “a falta de condição da ação revela, muita vez, situações de improcedência macroscópica, que justificariam, inclusive, o julgamento antecipado da lide.

Confira-se (p. 213):

Se (a) o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; (b) esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; (c) o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; (d) a legitimidade ordinária, ao menos no âmbito da tutela individual, constata-se a partir da relação jurídica material; (e) a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa, fica difícil, então entender que a análise das mencionadas condições não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida).

Aduz, também, que, ainda que as condições da ação não se referissem ao mérito, a opção legislativa de diferenciá-las dos pressupostos processuais não se justifica (p. 214):

[...] dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito. Se apenas há dois tipos de juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur*.

Inobstante isso, Didier (p. 215) aparta o interesse de agir e a legitimidade extraordinária, que podem, perfeitamente, ser examinados conjuntamente aos demais pressupostos processuais; eis que se referem, respectivamente, à causa de pedir e aos sujeitos, da legitimidade ordinária e da possibilidade jurídica do pedido, os quais, relacionados à demanda, confundem-se com o mérito.

Outrossim, referindo-se à Teoria da Asserção, ao contrário de Dinamarco, que a repudia, Didier (p. 216-217), prega a abolição das condições da ação, como categoria jurídica; e, afirma que a categoria surge para “mitigar os efeitos danosos que a aplicação irrestrita do que o Código de Processo determina poderia causar”.

Destarte o que importa é a afirmação do autor, analisada no momento da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento; e, não a correspondência entre tal afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito (p. 217).

Sobre a aplicação da Teoria da Asserção, salienta que (p. 217):

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo, o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva.

Também, em linhas gerais, é esse o pensamento de Didier, acerca do objeto desta pesquisa.

5 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

5.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

No que diz respeito, especificamente, às condições da ação, Didier Júnior (2013), ainda, na época da tramitação do Projeto de Lei, que deu origem ao atual Código de Processo Civil,¹³ esboçou o entendimento de que este adotara posição intermediária entre aqueles que defendiam a tese de que não se deveria alterar nada, sob o argumento de que era um ponto muito sensível e que já estava assimilado pela Comunidade Jurídica

¹³ Projeto de Lei n. 166/2010, do Senado Federal, o qual passou a tramitar sob o n. 8.046/2010, na Câmara dos Deputados, apensado ao Projeto de Lei n. 6.025/2005, que funcionou como piloto, afinal transformado na Lei n. 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro.

Brasileira, e, os que advogavam que era o momento ideal para se corrigir um equívoco histórico.

Efetivamente, seguindo a linha do Projeto, o atual Código, embora tenha mantido a legitimidade e o interesse processual, suprimiu, além da possibilidade jurídica,¹⁴ também, a menção à expressão “condições da ação” do Dispositivo Legal equivalente ao Art. 267, VI, do Código de 1973, qual seja, o Art. 485, VI, do Código de 2015, o qual, como já observado, era o único onde o referido termo era, expressamente, pontuado¹⁵. Acabou, portanto, inovando mais naquilo em que silenciou.

Não quer isso dizer que a legitimidade e o interesse processual não tenham mais que ser investigados. Apenas, não estão atrelados à noção de “condições da ação”, como um juízo intermediário entre o de admissibilidade e o de mérito.

Destarte, de acordo com Didier Júnior (2013), deverão ser analisados como pressuposto processual de validade objetivo intrínseco (interesse processual) e como pressuposto processual de validade subjetivo relativo às partes (legitimidade).

Para esse Doutrinador (2013):

A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora prene de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos. É certo que o projeto poderia avançar ainda mais, para reconhecer que a falta de legitimação ordinária implica improcedência do pedido, e não juízo de inadmissibilidade do procedimento. Mas este texto é para celebrar o avanço e não para lamentar eventual timidez da proposta.

Com tais considerações, o Professor baiano (2013) afirma que quem, como ele, reputa desnecessária a categoria “condições da ação”, deverá defender a tese de que,

¹⁴ Transcreve-se trecho do relator do Projeto, justificativo da *abolição da possibilidade jurídica como condição da ação*: (Marinoni; Mitidiero, 2011, p. 221.)

“Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada, seria de carência de ação, à luz do novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.”

¹⁵ CPC 1973:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: ([Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005](#))

[...]

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

CPC 2015:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VI - Verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

segundo a norma que se extrai do Dispositivo Legal em questão (o Art. 496, VI, do Substitutivo do Relator, equivalente ao Art. 485, VI, do Código de 2015), apenas e tão-somente, a falta de interesse processual e a ilegitimidade extraordinária conduzem à extinção do processo, sem resolução de mérito. A legitimidade ordinária é pressuposto para o acolhimento da pretensão e diz respeito, portanto, ao mérito, não à admissibilidade. Logo, sua inocorrência conduz à improcedência do pedido; impedindo, assim, que nova demanda seja proposta por quem, notoriamente, não é o titular do direito afirmado.

É de se notar, também, que a alteração do dispositivo correspondente ao Art. 3º, do Código de 1973, isto é, o Art. 17, do Código de 2015¹⁶, leva ao entendimento de que não só o autor – aquele que propõe a demanda, que tem o poder de iniciativa, na linguagem de Dinamarco –, mas também, o réu, deve ter interesse e legitimidade. Também, por isso, a expressão “condições da ação” não mais condiz ao seu conteúdo.

Depois da promulgação da Lei n. 13.105/2015, que introduziu o novo Código de Processo Civil Brasileiro, Didier Júnior encampou essa tese no seu Curso de Direito Processual Civil (2016, p. 306-309); esclarecendo que a opção do legislador por retirar a menção expressa à categoria “condição da ação” do novo diploma legal não mais justifica a permanência de estudos doutrinários a seu respeito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, podem-se esboçar as seguintes conclusões:

¹⁶ CPC 1973:

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

CPC 2015:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Sobre a alteração referida, convém transcrever a justificativa do relator-geral do Projeto na Câmara: (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012, p. 134):

“No que toca o art. 17, *todo ato postulatório pressupõe interesse e legitimidade, e não apenas ação* – o ato postulatório inicial praticado pelo autor. Para arguir uma exceção substancial, o réu tem de ser legítimo para o seu exercício; para negar o pedido de homologação da desistência apresentada pelo autor, o réu tem de ter interesse – ele não pode negar consentimento se, por exemplo, havia pedido a extinção do processo sem exame do mérito. Há necessidade de interesse e legitimidade, também, para as intervenções voluntárias de terceiro. *Enfim, o exame do interesse e da legitimidade não se restringe ao ato ação. Restringir esses pressupostos à ação apenas é erro técnico que precisa ser corrigido* (sobre a superação da relação entre interesse e demanda inicial, CABRAL, Antônio do Passo. “Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’: sobre a migração entre polos da demanda”. [...]). A troca por “postulação”, que é gênero, resolve o problema. Redação encampada pelo deputado Efraim Filho, em seu relatório parcial.” (Destques nossos.)

1 O direito de ação, no sentido processual, superada a concepção Civilista, que o equiparava ao direito material, lesado ou ameaçado de lesão, tende, hodiernamente, a ser considerado autônomo e abstrato; devendo, todavia, ser ressaltado que a Teoria Eclética, da qual Liebman foi precursor no Brasil, coloca-se a meio termo entre as Teorias Concretista e Abstrativista, na medida em que sustenta a necessidade do atendimento a certas condições (“condições da ação”); afastando-se, portanto, do direito de petição, constitucionalmente garantido, que é incondicionado.

2 Liebman, durante sua estada no Brasil, influenciou, fortemente, os mentores do Código de Processo Civil de 1973, o qual se alinhou à Teoria Eclética, introduzindo, literalmente, a categoria das “condições da ação” entre nós, quais sejam a legitimidade para a causa, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido; esta, abandonada pelo mestre, quando publicou a terceira edição de seu “Manual de Direito Processual Civil”, também, em 1973, após seu retorno à Itália.

Para o Professor italiano, no juízo de admissibilidade do processo, que ele não considerava como atividade, verdadeiramente, jurisdicional, deveriam ser analisadas todas as questões prévias; que, além dos pressupostos processuais e das nulidades, basicamente, incluíam, também, as ditas “condições da ação”.

Assim, entendendo que a lide, delimitada processualmente pelo pedido, confundia-se com o mérito da causa, afirmava que este só poderia ser enfrentado, se e quando todas as condições da ação estivessem presentes; de modo que a falta de qualquer uma delas conduzia à extinção do processo, sem análise do mérito.

3 A adoção da Teoria Eclética da Ação pelo Código de Processo Civil de 1973 sempre gerou polêmica. Entre seus defensores, fundamentados, principalmente, nos princípios da instrumentalidade e da celeridade, eis, que consideram desperdício de tempo e de recursos o seguimento de processo *ab initio* inviável; destaca-se Dinamarco, que repudia, veementemente, a Teoria da Asserção, construída para mitigar o rigor da Lei Processual, na medida em que propõe que as “condições da ação” sejam analisadas nos termos em que postas pelo autor (*in statu assertionis*), sendo, daí para frente, qualquer decisão, ainda que, sobre elas verse, de mérito.

Entre os que criticam a Teoria Eclética, sobressai Didier Júnior, de acordo com quem só existem dois juízos possíveis – o de admissibilidade e o de mérito. Bem por isso, na sua tese de doutoramento, já advogava que não há sentido em se defender a categoria “condições da ação”; mormente, porque, para se perquirir sobre a legitimidade ordinária e a possibilidade jurídica do pedido, era necessária a análise do mérito; enquanto que o

interesse processual podia ser, perfeitamente, acomodado entre os pressupostos processuais. Justamente, porque as entendia prescindíveis, mas tendo em vista à sua posituação, especificamente, nos Arts. 3º e 267, inciso VI, do Código de 1973, era, também, partidário da Teoria da Asserção.

4 A partir do Código de Processo Civil de 2015, conclui Didier Júnior que o legislador adotou uma postura intermediária entre o abandono e a adoção integral da Teoria Eclética de Liebman, na medida em que não consta mais do referido diploma legal qualquer referência à categoria “condições da ação”; embora estejam previstos em incisos distintos, no dispositivo que trata da extinção do processo, sem análise do mérito (Art. 485), os pressupostos processuais (inciso IV) e a legitimidade e o interesse (inciso VI); sendo que ambos poderão ser conhecidos de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, até o trânsito em julgado da decisão (§ 3º).

Ainda, com Didier Júnior, para os que repudiam a Teoria Eclética da Ação, poder-se-á defender que integrarão o juízo de admissibilidade, apenas e tão-somente, o interesse processual e a legitimidade extraordinária; estando a legitimidade ordinária afeta já ao juízo de mérito.

No âmbito desta pesquisa, entende-se que melhor seria se o legislador brasileiro fizesse como o alemão, que não se deu ao trabalho de colocar um terceiro gênero entre os pressupostos processuais e o mérito. Evidentemente, que, nem o interesse processual, nem a legitimidade para a causa deixará de ser analisada; porém, uma vez verificada a ausência de qualquer deles, a decisão, ou, será de mérito, no caso da ilegitimidade ordinária; ou, impedirá a propositura da mesma demanda, sem a correção do erro; no caso da falta de interesse. Aí, sim, efetivamente, estar-se-á prestigiando os princípios da efetividade e da economicidade processuais.

THE CONDITIONS OF ACTION: from the 1973 code to the 2015 code

ABSTRACT

The present work aims to explain the evolution of the category “conditions of action” inside Brazilian legal order, since Liebman’s influence on the elaboration of the 1973 Civil Procedural Code, specially of his “eclectic theory of action”, until the 2015 Civil Procedural Code, which took in consideration the criticism done to this theory by part of the doctrine.

Key-words: “Conditions of Action”. Legal Premises. “Eclectic Theory of Action”.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas D. Moniz de Aragão. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. *In Revista de Processo*, ano 27, n. 108, p. 9-22, out./dez. 2002. (introdução)

BRASIL. Decreto-lei n.1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12 abr. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei n. 5.869, de 1973). Relatório e Voto do Relator-Geral. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeraautenticadoem18091222h47.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 8.406, de 2010. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=921859&filename=Avulso+-PL+8046/2010>. Acesso em: 2 out. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. 386 p.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>>. Acesso em: 1º maio 2013.

_____. **Curso de direito processual civil**: introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm. V. 1. 799 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 3.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Butshatsky, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2009. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.