

Análise crítica à teoria eclética liebmaniana sobre as condições da ação e o Código de Processo Civil de 2015

Rodrigo Martins Faria

Juiz de Direito do TJMG.

Pós-graduado em Direito Público pela Uniderp.

1 Introdução

Em princípio, a causa submetida à apreciação do Poder Judiciário deve ser examinada sob dois grandes grupos de questões: de um lado, as questões processuais e, de outro, as questões de mérito. Segundo ilustra Didier Júnior (2011), "a doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente".

Liebman, entretanto, desenvolveu a teoria eclética das condições da ação, que exige, para o exame de mérito, a presença da legitimidade de partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir. Trata-se de tese que foi, desde o seu nascedouro, extremamente questionada pela doutrina brasileira, especialmente sob a égide do Código de Processo Civil.

A questão não é puramente acadêmica, pois, na prática jurídica, a íntima conexão existente entre as condições da ação e o mérito da causa sempre conduziu a recorrentes problemas na solução dos casos concretos, servindo sempre como instrumento para subterfúgios protelatórios, em prejuízo do desenvolvimento dinâmico do processo e da rápida e adequada solução do litígio.

2 Teoria do direito de ação

Houve um tempo, não muito distante, em que não se falava em direito processual. O ordenamento jurídico gravitava em torno da ordem jurídica civil, o chamado direito material, de que temos bom exemplo no Code Civil des Français, editado por Napoleão Bonaparte, em 1804. Apenas o direito material era codificado e sistematizado. Não havia nenhuma norma que regulasse o processo, o qual era puramente prático. Essa etapa, dentro da linha de evolução do direito processual, é conhecida como fase sincretista ou privatista. Nela, não havia método para estudar o processo, que se confundia com o próprio direito material, visto assim sob uma ótica puramente privatista.

Nessa fase, vigia a teoria imanentista da ação, desenvolvida por Friedrich Carl Von Savigny, pela qual a provocação da jurisdição era inerente e dependente do direito material. Dizia-se que o direito de ação decorria da violação do direito material, o qual, de estático, assumia forma dinâmica (direito subjetivo). Era o que se convencionou denominar o Direito Civil armado para a guerra.

Da polêmica que se travou entre Windscheid e Müther, formou-se a base para a teoria concretista, que concluiu que o direito de ação seria autônomo, vinculado, entretanto, a um julgamento favorável. Só tinha direito de ação quem ganhava a causa. Carência de ação, então, confundia-se com sua improcedência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Posteriormente, na Alemanha do século XIX, Oskar Von Bülow iniciava as primeiras discussões sobre o desenvolvimento de uma ciência do direito processual, aproveitando-se das ideias de Windscheid e Müther. Em sua obra *Teoria das exceções dilatórias e pressupostos processuais* (1868), Bülow demonstrou com clareza e sistematização a existência da relação jurídica processual independentemente da existência da relação jurídica material subjacente. Para tanto, deu como exemplo a ação com pedido declaratório negativo, que, julgada procedente, reconhecia a inexistência da relação jurídica de direito material, sendo inegável a existência da relação jurídica de direito processual. Com Bülow, inaugurou-se a fase do procedimentalismo científico, e o estudo do direito processual passa definitivamente a ser autônomo ao estudo do direito material. Aqui, a autonomia passa a ser uma característica do direito processual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

A partir daí, desenvolve-se a ideia de ação como o direito para um julgamento favorável. Para eles (os concretistas), discutiam-se no processo dois tipos de questões: as questões relacionadas à regularidade processual (pressupostos processuais) e as questões de mérito (acolhimento ou rejeição do pedido). Para os concretistas, as condições da ação são, pois, questões de mérito, posto que relacionadas ao acolhimento ou rejeição do pedido.

A concepção contraposta à dos concretistas é a corrente abstrativista, capitaneada por Degenkolb (THEODORO JÚNIOR, 2008), que afirmava ser o direito de ação aquele relacionado a qualquer decisão, e não somente o direito a uma decisão favorável. Trata-se, segundo essa corrente, do direito de ir ao Judiciário e obter dele qualquer decisão. Para os abstrativistas, não há condições da ação. Somente se discutem, no processo, pressupostos processuais e questões de mérito.

Com efeito, em razão da polarização jurídica da discussão sobre as condições da ação em duas correntes contrapostas, surgiu, como tudo no direito, a corrente mista ou eclética, defendida por Liebman, meio termo entre as duas correntes anteriores, a qual afirma ser o direito de ação aquele pelo qual se busca uma decisão de mérito. É o direito de ter o seu pedido examinado, acolhido ou rejeitado. Nem é a uma decisão sempre favorável, nem o direito a qualquer decisão.

Assim, os ecléticos desenvolvem a teoria das condições da ação, sendo elas as condições para uma decisão de mérito: legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Surgem, portanto, três tipos de questão que devem ser examinadas pelo juiz. Nas duas primeiras, não se examina o mérito, e, portanto, não há que se falar em coisa julgada.

3 Histórico

O criador e principal expoente da concepção eclética foi Enrico Tullio Liebman (1903-1986), nascido em Leopoli, Itália, e graduado na Faculdade de Direito de Roma, sob o magistério de Giuseppe Chiovenda (discípulo de Carnelutti). Descendente de judeus, foi obrigado a se mudar para o Brasil em 1939, por contingências político-sociais implementadas pelo regime fascista de Mussolini no período entre guerras.

A partir daí, Liebman inicia o magistério na Universidade de São Paulo, onde encontra os então graduandos Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Ali implementou ideias revolucionárias no âmbito dos institutos processuais, dos quais se destaca o julgamento antecipado do mérito, a eficácia executiva dos títulos extrajudiciais e, especialmente, as condições da ação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Com o término da Segunda Grande Guerra, Liebman volta para sua terra natal, mas deixa plantado no Brasil o gene do que, nas mãos daqueles acadêmicos, viria a ser a denominada Escola Paulista de Direito Processual.

Sob o império do regime militar, o governo pretendeu um Código de Processo Civil moderno, daí por que o então Ministro da Justiça, Armando Falcão, informado de que no Largo São Francisco se desenvolviam estudos modernos sobre o processo civil, convida Alfredo Busaid para liderar projeto de reforma do Código de Processo Civil (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Após diversos estudos, chegou-se à conclusão de que a reforma do Código de Processo Civil de 1939 consumiria maiores esforços do que o desenvolvimento de um

novo estatuto. Por essa razão, partiram para a construção de um novo estatuto, culminando com a edição do novo Código de Processo Civil, no ano de 1973, criação dos discípulos de Liebman, em sua homenagem.

Assim, e por óbvio, o Código de Processo Civil de 1973, desenvolvido sob as bases liebmanianas, acolheu a teoria eclética sobre as condições da ação,¹ entendidas como as condições necessárias ao exame do mérito da causa.²

4 Acepções da palavra ação

Dentro dessas bases históricas e teóricas, modernamente, pode-se divisar três acepções para a palavra ação.

Numa acepção material, o direito de ação é entendido como o direito subjetivo, relação jurídica de direito material exercitável contra o Estado em face de uma pessoa. É uma acepção que guarda alguma relação com a corrente concretista. Dela ainda há resquícios em nossa legislação, que podemos encontrar, *v.g.*, no art. 195 do Código Civil, ao dizer que “os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais [...]”.

Constitucionalmente, entende-se por ação o direito incondicionado, público e subjetivo de acesso à Justiça. Suas características são a autonomia (sem relação com o direito material) e a abstração (independentemente da qualidade do direito que se afirma em juízo). Trata-se de situação jurídica constitucional de conteúdo amplo e complexo, que confere ao seu titular o direito a um processo devido, com as garantias processuais que lhe são inerentes e, portanto, qualificado pelos princípios que estruturam o valor supremo do devido processo legal. A acepção constitucional é aquela que melhor se amolda e assim decorre diretamente do desenvolvimento da teoria abstrativista.

Por fim, numa acepção estritamente processual, entende-se por direito de ação o ato de provocação da atividade jurisdicional. Conjuga, a um só tempo, o direito abstrato constitucional de ir a juízo e o direito de ação em sentido material, entendido como a submissão da relação jurídica de direito material à apreciação do Poder Judiciário. Para melhor compreensão desse ponto, passamos a enumerar os elementos da ação e sua correlação com os elementos da relação jurídica de direito material.

5 Elementos da ação

¹ Conforme art. 2º do Código de Processo Civil.

² Conforme art. 267, incisos I e VI, e art. 295, incisos II e III, e parágrafo único, inciso III, todos do Código de Processo Civil.

Toda relação jurídica de direito material é composta de três elementos: pessoa, objeto e relação jurídica propriamente dita (vínculo jurídico), entendida como o laço que une as pessoas em torno do objeto. O direito subjetivo se estabelece entre pessoas, em torno de um objeto, ligados por uma relação jurídica. Não por acaso, a Parte Geral de nosso Código Civil trata, no Livro I, “Das pessoas”; no Livro II, “Dos bens” (objeto); e, no Livro III, “Dos fatos jurídicos” (relações jurídicas).

Sempre que se vai a juízo, é essa relação jurídica de direito material que se coloca à apreciação do Poder Judiciário. Afirma-se ao juiz uma relação jurídica, em torno de um objeto, sendo essa afirmação formulada em face de uma pessoa. Trata-se do mérito da causa (*meritum causae*), coisa deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*). A demanda, no entendimento de Didier Júnior:

Toda ação concretamente exercida pressupõe a existência de, pelo menos, uma relação jurídica de direito substancial. Ocorrido o fato da vida previsto no suporte fático de uma determinada norma jurídica, ter-se-á, pela incidência da norma, um fato jurídico. Somente a partir de então é que se poderá falar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de efeitos jurídicos (eficácia jurídica), nesse contexto, a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a relação jurídica substancial quando posta à apreciação do Poder Judiciário. Inexistindo ao menos a afirmação de uma relação jurídica de direito material, inexistirá demanda-contéudo e a demanda-ato será um recipiente vazio (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Em consequência, quando se ajuíza a ação, nela podemos divisar três elementos, correlacionados aos elementos da relação substancial, mas agora com natureza processual: partes (pessoas), causa de pedir (relação jurídica) e pedido (objeto).

Também não é por acaso a redação do art. 301 do Código de Processo Civil de 1973, repetido no art. 337, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, ao dispor que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Na perspectiva da teoria eclética, as condições da ação têm relação genética com os elementos processuais da ação e substanciais da demanda. A legitimidade de partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido são elementos diretamente correlacionados com os elementos do mérito da causa (sujeitos, relação jurídica e objeto).

Assim, não é difícil concluir que: a) as condições da ação são elos de interligação entre os elementos da relação jurídica de direito material e da relação jurídica de direito processual. Por essa razão, as condições da ação também são conhecidas como os

pontos de contato do processo com o mérito da causa; b) as condições da ação, embora tangenciem certa natureza processual, impregnam-se de inegável natureza substancial.

6 Condições da ação

Discorreremos brevemente sobre o conceito dos elementos componentes das condições da ação e resumidamente sobre o conteúdo de cada um deles, apenas a título ilustrativo, já que essencial em nossa exposição.

a) Legitimidade de parte

Trata-se da aptidão atribuída a um sujeito, no polo ativo ou passivo, para conduzir um processo em que se discuta determinada relação jurídica. A lei atribui a alguém o poder de conduzir um processo a respeito de certa relação jurídica. Assim, somente é possível aferir a legitimidade a partir do exame da relação jurídica.

Afora o caso de legitimidade extraordinária — em que se autoriza a defesa de direito alheio em nome próprio³ —, trata-se da condição da ação que, apreciada, será a mais suscetível de gerar exame de mérito da causa, conforme veremos linhas abaixo.

b) Interesse de agir

Para a doutrina clássica, o interesse de agir é visualizado nas dimensões da utilidade e necessidade. Pela utilidade, o processo deve propiciar um proveito para o demandante, proporcionando-lhe algum benefício. Já a necessidade exige a demonstração de que o processo é necessário à obtenção daquele proveito útil. O processo deve constituir a única via para que a parte alcance sua pretensão.

Alguma doutrina, entretanto, elenca um terceiro componente do interesse de agir, que seria a adequação da via processual eleita pela parte para a defesa de seu direito.

Dentre as condições da ação, talvez o interesse de agir seja a única que, apreciada, não conduza ao exame do mérito da causa, ao menos *primo icto oculi*. Tratar-se-ia, portanto, de questão que devesse ficar no mais das vezes relegada ao plano processual da causa.

c) Possibilidade jurídica do pedido

³ Conforme art. 6º do Código de Processo Civil.

Inicialmente entendia-se por pedido juridicamente possível aquele que, em tese, pudesse ser acolhido pelo juiz. Cuida-se do elemento previsto como condição da ação somente no Código de Processo Civil de 1973.

A comunidade doutrinária, buscando contornar a inconsistência do sistema e adequá-lo ao princípio maior do acesso à jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF), falava que o pedido seria juridicamente impossível quando a pretensão fosse expressamente vedada pelo sistema, do que temos exemplo no art. 923 do Código de Processo Civil de 1973, repetido no art. 557 do Código de Processo Civil de 2015, ao prescrever que “na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”.

Essa condição da ação, entretanto, sempre foi desprezada, porque impossível separá-la do mérito da causa. Se o juiz afirmasse que o pedido era juridicamente impossível, estaria afirmando que não há como acolher o pedido deduzido pelo autor, ao menos naquela oportunidade. O caso seria, assim, de improcedência do pedido, fazendo-se coisa julgada material. Entretanto, como se sabe, a coisa julgada sempre se submete à cláusula *rebus sic standibus*, é dizer, não veda o acesso à jurisdição se modificada a base fática da causa que ensejou o pronunciamento jurisdicional anterior.

7 Crítica à teoria eclética liebmaniana

A possibilidade jurídica do pedido era sustentada por Liebman com base na vedação legal que havia para o pedido judicial de divórcio na Itália, dadas as óbvias influências do direito canônico sobre o ordenamento jurídico daquele país. Entretanto, com a edição da Lei nº 898/1970 (Lei do Divórcio), na Itália, Liebman reviu sua teoria e, na última edição de seu livro, de 1972, passou simplesmente a ignorar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sem nem ao menos explicar tecnicamente a razão. Nessas circunstâncias, não houve tempo para que Liebman comunicasse aos seus discípulos do Largo de São Francisco acerca da revisão da teoria, a qual acabou ingressando ultrapassada no nosso Código de Processo Civil de 1973.

A propósito, escreveu o próprio autor da teoria:

O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, para isto, a afirmação da lesão deste interesse e a idoneidade do provimento demandado para protegê-lo e o satisfazer. Será, de fato, inútil receber para exame a demanda para conceder (ou negar) o provimento pedido no caso em que na situação de fato que vem deduzida não se encontre

afirmada uma lesão do direito ou interesse que se afirma em face da outra parte ou se os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já foram de qualquer maneira adquiridos, ou se o provimento seja, por si próprio, inadequado ou inidôneo a remover a lesão ou, por fim, se o provimento demandado não pode ser pronunciado porque não admitido pela lei (por exemplo, a prisão por dívidas) (LIEBMAN *apud* CÂMARA, 2011, p. 262).

Neves, por seu turno, esclarece:

O criador da teoria eclética, pela qual foram explicadas as condições da ação, foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa construção consagrada pelo nosso ordenamento processual. E, com base nesse entendimento, o CPC/1973 consagrava três condições da ação. Ocorre, porém, que o próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade jurídica estaria contida no interesse de agir, de forma que ao final de seus estudos restaram somente duas condições da ação: interesse de agir e legitimidade (NEVES, 2016).

Essa é só uma das várias situações que apontam para a inconsistência da teoria das condições da ação. Praticamente não há nenhum autor brasileiro que não teça ao menos uma crítica à teoria de Liebman, partindo da premissa de que tanto a corrente concretista como a corrente abstrativista não reconhecem outra categoria que deva ser examinada pelo juiz além das questões processuais e materiais.

Liebman desenvolveu as condições da ação sob a base da teoria da apresentação, segundo a qual o exame da presença delas (condições da ação) deve ser feito à luz da prova produzida. Isso permite que o controle das condições da ação se dê a qualquer momento antes da sentença de mérito.

O fato é que — e aqui reside o ponto central de nosso tema — se o exame das condições da ação pressupõe a análise dos elementos da relação de direito material (sujeito, vínculo jurídico e objeto), conclui-se que, em caso de acolhimento de preliminar fundada na (suposta) ausência de condição da ação, há inegável juízo acerca do *meritum causae*.

Para ilustrar, vejamos o caso da ação possessória. Seu legitimado ativo é o possuidor, e o legitimado passivo, o esbulhador/turbador/ameaçador. Se, ao final do processo, ficar comprovado que o autor não é possuidor, para Liebman, será caso de ilegitimidade ativa, pois não há correspondência subjetiva entre o titular da posse e o autor da ação possessória. Em consequência, para Liebman, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito.⁴ A solução de Liebman é frequentemente adotada pelos operadores do direito na atualidade.

⁴ Conforme art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Trata-se, a nosso modesto juízo, de um contrassenso. Nesse sentido, percebe-se na ilustração vista acima que a proteção possessória é o objeto da ação. Assim, se o autor não tem direito a ela (posse), o caso é de improcedência do pedido. Veja que é nítida a confusão entre condição da ação e questão de mérito.

Buscando rever o posicionamento de Liebman, a doutrina desenvolveu a teoria da asserção (*prospettazione*, para os italianos), segundo a qual o preenchimento das condições da ação deve ser examinado à luz da narrativa feita na inicial, no estado da afirmação das partes (*in statu assertionis*). Pela teoria da asserção, o exame das condições da ação a partir das provas conduz necessariamente à solução do caso com julgamento de mérito.

Entretanto, mesmo que se adote a teoria da asserção — que buscou contornar a flagrante inconsistência da teoria da apresentação —, verifica-se que haverá, de toda forma, exame de mérito da causa. Nesse aspecto, rememorando o exemplo acima ilustrado da ação possessória, se antes mesmo de iniciada a fase instrutória concluir-se que o autor não é possuidor, para os adeptos da teoria da asserção, será caso de ilegitimidade ativa, pois não há correspondência subjetiva entre o titular da posse e o autor da ação possessória. Em consequência, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito.⁵ Assim, se ao juiz é possível resolver a lide pelo simples exame da narrativa feita na petição inicial, através do confronto dos fundamentos de fato e de direito com que o autor deduz a pretensão, é inegável que, mesmo nesse caso, há exame de mérito.

Voltando a nosso exemplo da questão possessória: se a relação jurídica de direito material, ou seja, a posse, é examinada pelo juiz, o qual conclui, ao fim e ao cabo, pela improcedência da pretensão, há flagrante, patente e inegável exame do mérito da causa, pois os elementos da relação jurídica de direito material foram submetidos à apreciação do juiz e por ele examinados. Sua decisão neles se baseia, sendo, portanto, inconsistente afirmar que não houve resolução de mérito.

Trata-se de circunstância que aponta para o absoluto contrassenso que existe no julgamento da causa com extinção do processo *sem resolução de mérito*.

Como afirmado inicialmente, o problema não se esgota no plano meramente acadêmico. É que a extinção do processo não faz coisa julgada material, admitindo-se, com efeito, ao menos à luz do Código de Processo Civil de 1973, a repositura da ação:

No sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgamento da lide, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa). Assim, não transitam em julgado, materialmente,

⁵ Conforme art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

as sentenças que anulam o processo e as que decretam sua extinção, sem cogitar da procedência ou improcedência da ação. Tais decisórios geram apenas coisa julgada formal. Seu efeito se faz sentir apenas nos limites do processo. Não solucionam o conflito de interesses estabelecidos entre as partes e, por isso, não impedem que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 604).

Vimos, entretanto, que a extinção do processo por ausência de condição da ação é sempre hipótese de exame do mérito, daí concluir-se não ser possível a repropositura da ação sem “correção” da condição considerada faltante, a despeito da extinção do processo sem resolução de mérito.

Nesse sentido, bem ilustra a situação caso decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no qual foi verificada a extinção do processo por ilegitimidade passiva, sem fazer, em tese, coisa julgada material. Entretanto, concluiu indiretamente aquele Sodalício que estaria configurada hipótese de coisa julgada material, a despeito da extinção do processo sem resolução de mérito, vedada a repropositura da ação em face do mesmo réu, com repetição dos mesmos elementos.

Nesse sentido:

Processual civil. Ilegitimidade passiva. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Indeferimento da inicial. Sentença sem recurso. Efeitos. Coisa julgada material. - A sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo, sem o julgamento de mérito, pela falta de legitimidade passiva para a causa, faz trânsito em julgado material, se a parte deixar transcorrer em branco o prazo para a interposição do recurso cabível, sendo impossível o novo ajuizamento de ação idêntica. - Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2001).

Nessa linha de ideias, o Código de Processo Civil de 2015 prevê, em seu art. 486, que o pronunciamento judicial sem resolução do mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. Até aqui, nenhuma novidade. Entretanto, o referido artigo preceitua, em seu § 1º, que a sentença sem resolução do mérito por falta de interesse de agir ou ilegitimidade de parte obsta a repropositura da nova ação se não houver a correção do vício que levou à sentença anteriormente proferida.

No mesmo sentido, o art. 966 do Código de Processo Civil de 2015 — que trata das hipóteses de cabimento de ação rescisória — prevê, em seu § 2º, que a decisão transitada em julgado, mesmo sem resolução de mérito, será rescindível desde que impeça nova propositura da demanda.

Verifica-se, portanto, ser inescapável a conclusão de que o exame das condições da ação conduz necessariamente ao julgamento da causa com resolução do mérito, com consequente formação de coisa julgada material.

8 As condições da ação no Código de Processo Civil de 2015

Partindo-se de uma premissa puramente normativa, pode-se verificar que o Código de Processo Civil de 1973 fazia expressa referência ao instituto jurídico das condições da ação, bem assim de correlata expressão "carência de ação", ao preceituar, em seu art. 267, inciso VI, que "extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das **condições da ação**, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual" (destacamos); e, em seu art. 301, inciso X, dispor que "competê-lhe [ao réu], porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - **carência de ação**" (destacamos).

Ao contrário, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 não fez referência nem ao instituto das condições da ação, tampouco à expressão "carência de ação", ao contrário do que ocorria com o Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015, no seu art. 485, correlato ao antigo art. 267, dispõe que "o juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual". Já o seu art. 337, inciso XI, agora dispõe que "incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual".

Percebe-se, assim, que o Código de Processo Civil de 2015 suprimiu a expressa referência ao instituto jurídico das condições da ação e também à sua correlata expressão "carência de ação".

Com efeito, a questão que se coloca é a seguinte: o Código de Processo Civil de 2015 extirpou do ordenamento o instituto jurídico das condições da ação como categoria processual autônoma, autorizando, assim, no plano das discussões jurisdicionais, somente o debate quanto a questões atinentes aos pressupostos processuais e às questões de mérito?

Sobre o tema, Neves faz a seguinte observação:

A retirada do termo "condições da ação" do Novo CPC animou parcela da doutrina a levantar a questão do afastamento desse instituto processual de nosso sistema processual, de forma que o interesse de agir e a legitimidade passassem a ser tratados como pressupostos processuais ou como mérito, a depender do caso concreto.

Essa parcela da doutrina entende que o Novo CPC teria consagrado o binômio pressupostos processuais-mérito, e que, ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito "condição da ação" que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar continuaria obviamente a existir.

[...]

Ao se admitir que as condições da ação não existem mais como instituto processual autônomo, cabendo agora analisar-lhes como pressupostos

processuais ou mérito a depender do caso, seria ver consagrada no Novo CPC a teoria abstrata do direito de ação (NEVES, 2016).

Medina, por seu turno, esclarece:

A lei, em princípio, não deve adotar um determinado conceito ou concepção doutrinária. O projeto, em outros casos, opta por “definir” institutos jurídico-processuais, aparentemente seguindo determinada concepção doutrinária, algo que não nos parece correto. Restará à doutrina e à jurisprudência definir se, à luz do NCPC, fará, ainda, sentido falar em “condições da ação”, ou se legitimidade e interesse processual seriam matérias que poderiam se inserir entre os pressupostos processuais ou no mérito (MEDINA, 2014).

Com efeito, para parcela dos processualistas, a falta de expressa referência às condições da ação pelo Código de Processo Civil de 2015, por si só, não extirpa do ordenamento jurídico o instituto das condições da ação como categoria autônoma. Nesse sentido, o mesmo Daniel Amorim Assumpção Neves assevera:

Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o Novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas de vedação à repropositura da ação, como do cabimento da ação rescisória, o Novo CPC deixa claro que não haverá julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação, e vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o Novo CPC não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética. Ainda que não caiba ao Código de Processo Civil adotar essa ou aquela teoria, ao prever como causa de extinção do processo sem resolução do mérito a sentença que reconhece a ausência de legitimidade e/ou interesse de agir, o Novo CPC permite a conclusão de que continua a consagrar a teoria eclética.

[...]

É nesse sentido o art. 17 do Novo CPC, ao prever que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Ainda que se possa entender que o dispositivo consagra a doutrina de Liebman a respeito do tema, tenho a impressão de que, de alguma forma, o legislador atendeu aos críticos da teoria eclética, em especial aos defensores da teoria do direito abstrato de ação. Naturalmente, mantém-se pela proposta analisada a teoria eclética, exigindo-se no caso concreto a existência de interesse de agir e legitimidade para que o juiz possa resolver o mérito (NEVES, 2016).

Na mesma toada, o pensamento de Nery Júnior e Nery:

Não há nenhum problema em continuar a fazer referência à expressão “condições da ação”, porque o sistema da lei não é incompatível com essa categoria doutrinária. De outra parte, interesse e legitimidade possuem *status* diferenciado em meio às demais questões preliminares, o que ainda se percebe pelo fato de o CPC 17 fazer expressa menção ao interesse e à legitimidade, de forma separada e destacada, como exigências para que se possa propor e contestar ação. A possibilidade jurídica do pedido não é mais condição autônoma da ação, porquanto integra o instituto do interesse processual: se o pedido for juridicamente

impossível, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito porque o autor é carecedor da ação por falta de interesse processual. Lei não revoga doutrina (NERY JÚNIOR; NERY, 2016).

Noutro vértice, parcela oposta da doutrina processualista propugna que o Código de Processo Civil de 2015 extirpou, como categoria jurídica autônoma, as condições da ação, muito embora os seus elementos tenham permanecido intactos, sofrendo somente um deslocamento topológico. Esse fenômeno legislativo, na visão de muitos, representaria uma situação de silêncio eloquente, no sentido de que a omissão do legislador ordinário, ao não fazer expressa referência às "condições da ação", seria absolutamente proposital, no objetivo de acolher a crítica doutrinária quanto à impertinência na adoção de um *tertium genus* classificatório.

Nesse sentido, Dinamarco, ainda antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, propugnava:

[...] é muito cara à doutrina brasileira a indicação de três ordens de pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional, a saber: as condições da ação, os pressupostos processuais e os pressupostos de regularidade do procedimento e dos atos que o compõem. Não é tão importante fazer essa separação, todavia. Da perspectiva de quem examina o processo para verificar se o provimento deve ser emitido ou não pode sê-lo, basta enunciar linearmente todos os requisitos dos quais tal emissão depende, sem a preocupação de agrupá-los em categorias. Todos eles situam-se em um só patamar operacional, sendo objeto de um dos dois juízos a serem feitos pelo juiz no processo: antes de se decidir sobre o teor do provimento de mérito a ser emitido, ele decide sobre se o proferirá ou não. Todos os pressupostos de admissibilidade do mérito situam-se no patamar das preliminares, que antecede e condiciona o do julgamento do mérito (DINAMARCO, 2001, p. 217).

Nessa ordem de ideias, Didier Júnior leciona:

Há duas grandes diferenças em relação ao CPC-1973. O silêncio do CPC atual é bastante eloquente.

Primeiramente, não há mais menção "à possibilidade jurídica do pedido" como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Observe que não há mais menção a ela como hipótese de inépcia da petição inicial (art. 330, § 1º, CPC); também não há menção a ela no inciso VI do art. 485 do CPC, que apenas se refere à legitimidade e ao interesse de agir; além disso, criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido.

A segunda alteração silenciosa é a mais importante.

O texto normativo atual não se vale da expressão "condição da ação", apenas se determina que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria "condição da ação" do único texto normativo do CPC que a previa e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito.

Também não há mais uso da expressão "carência de ação".

Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito "condição da ação".

A "legitimidade *ad causam*" e o "interesse de agir" passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais.

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.

A mudança não é insignificante.

Sepulta-se um conceito que, embora prenhe 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 (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Na mesma esteira, Cunha, para quem:

[...] reafirmando um entendimento que defendo há mais de 10 anos, acosto-me à opinião do Prof. Fredie Didier Junior, com a devida vênias do Prof. Alexandre Freitas Câmara, para concluir que, se o projeto do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) for aprovado desse jeito, não haverá mais a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sendo a impossibilidade jurídica do pedido uma impropriedade, juntamente à legitimidade ordinária da parte. Ademais, aprovado que seja o projeto desse modo, não haverá mais as condições da ação como categoria autônoma, passando o interesse de agir e a legitimidade extraordinária da parte a constituir pressupostos processuais (CUNHA, 2011).

9 Conclusão

Sem embargo da preciosa contribuição que a teoria agrega à prática, tentar amoldar a prática ao devaneio teórico coloca em sério risco de agravamento as sensíveis fragilidades da Justiça brasileira.

O juiz jamais pode flertar com a burocracia, cabendo-lhe, ao contrário, orientar o processo ao seu desfecho da maneira mais simples possível. Não estamos tratando de simplismo, mas sim de eficiência, ou seja, alcançar os fins com o mínimo de dispêndio de recursos, em homenagem ao valor supremo da instrumentalidade do processo.

Na preciosa lição de Dinamarco:

[...] a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo, e como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas. É preciso ousar. É indispensável ao juiz moderno romper com isso e vencer certos imobilismos. Onde o seu espírito se considerar suficientemente capaz de afastar os “motivos divergentes” e, como faria o homem médio da sociedade, tomar uma decisão conforme um grau satisfatório de probabilidade de acertar, que corra o risco (DINAMARCO, 1994).

No decorrer dessas breves considerações, permitimo-nos verificar que a teoria eclética de Liebman é composta de elementos intimamente ligados ao mérito da causa. As bases das teorias concretista e abstrativista do direito de ação, predecessoras da teoria eclética de Liebman, estavam corretas ao afirmar que a solução da causa passa somente por dois grandes grupos de questões que devem ser examinadas pelo juiz:

questões processuais e questões de mérito. Em consequência, incabível se concluir, apenas no campo da doutrina, pela existência da figura de um *tertium genus*.

Referências

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jan. 1973 e republicado em 27 jul. 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 160.850/SP. Relator: Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 17 out. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 261-269, jul. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria “condições da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 227-236, ago. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 256-260, jul. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1992, v.1.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo CPC não deve adotar conceito sobre condições para a ação*. 25 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-25/cpc-nao-adotar-conceito-condicoes-acao>. Acesso em: 1º out. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentando artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.