

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Yuri Guerzet Teixeira¹

Bruno Silveira de Oliveira²

Fecha de publicación: 01/01/2014

LAS CONDICIONES DE LA ACCIÓN Y EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO
THE CONDITIONS FOR ACTIONS AND THE PROJECT OF NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Algumas considerações sobre ação e jurisdição – 3. Ação e condições da ação no direito processual brasileiro – 4. Mérito, condições da ação e pressupostos processuais; 4.1. Mérito e requisitos de admissibilidade do mérito; 4.2. Condições da ação e pressupostos processuais; 4.3. Mérito e condições da ação; 4.4. Teoria da asserção; 4.5. Mais algumas observações – 5. Condições da ação no projeto de novo Código de Processo Civil; 5.1. Supressão da expressão “condições da ação”; 5.2. Condições do julgamento do mérito e coisa julgada material; 5.3. Supressão da possibilidade jurídica do pedido – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

RESUMO: O presente estudo pretende analisar a categoria das condições da ação no projeto de novo Código de Processo Civil

¹ Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Email: yuriguerzet@gmail.com

² Advogado. Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Professor da graduação e mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo. Email: bruno.silveira.oliveira@gmail.com

brasileiro. Com este intuito, visa investigar o tratamento deferido a elas pelo atual sistema processual pátrio e, posteriormente, compará-lo com o proposto no projeto. Este trabalho perpassa ainda pelo exame de alguns temas correlatos, tais quais, jurisdição, ação, pressupostos processuais e mérito. Para tanto, lançará mão, sobretudo, do método dedutivo. A metodologia da análise proposta consiste em pesquisa bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras.

PALAVRAS-CHAVE: processo civil – condições da ação – ação – jurisdição – mérito.

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo analizar la categoría de las condiciones de la acción en el proyecto del nuevo Código de Proceso Civil de Brasil. Con este objetivo, se propone investigar el trato que les otorga el sistema procesal nacional vigente y posteriormente compararlo con el propuesto nel proyecto. Este trabajo también incluye el examen de algunas cuestiones relacionadas, como por ejemplo, jurisdicción, acción, presupuestos procesales y mérito. Para eso, se hará utilizar, especialmente, el método deductivo. La metodología de análisis propuesta consiste en búsqueda bibliográfica de obras nacionales y extranjeras.

PALABRAS CLAVE: proceso civil - condiciones de la acción - acción - jurisdicción - mérito.

ABSTRACT: This study aims to analyze the category of conditions for action in the project of the new Brazilian Civil Procedure Code. With this aim, intends to investigate the treatment granted to them by the current national procedural system and, subsequently, compare it with the on proposed in the project. This essay includes an analysis of some related issues, such as, jurisdiction, action, procedural presuppositions and merit. To this end, the deductive method, mainly, will be utilized. The proposed analysis methodology consists of bibliographic research of national and foreign literature.

KEYWORDS: civil procedure – conditions for action – action – jurisdiction – merit.

1. Introdução

Em tramitação no Congresso Nacional, o projeto de novo Código de Processo Civil (PL nº 166/10) já é causa de calorosos debates doutrinários

em razão tanto das mudanças propostas quanto dos pontos em que se ficou omissa.

Entre as alterações possivelmente vindouras em nossa lei processual está a abolição das expressões “condições da ação” e “possibilidade jurídica”. A partir deste cenário, iniciou-se na academia uma discussão acerca do futuro da categoria das condições da ação no processo civil pátrio. Eminentemente processualistas dividem-se: uns sentenciam seu fim³ e outros proclamam sua manutenção⁴ (isto se aprovado o PL nº 166/10 com a atual redação).

O objetivo da investigação ora desenvolvida é examinar o tratamento deferido pelo projeto de novo Código de Processo Civil à classe das condições da ação (inclusive comparando-o com a sistemática atual), para ao fim, concluirmos por sua eliminação ou não de nosso sistema processual, com a configuração que lhe dá o PL nº 166/10.

Para o enfrentamento de tal problemática, será utilizado, sobretudo, o método dedutivo. Não obstante, quando necessário, serão lançadas, analisadas e eventualmente refutadas algumas soluções (hipóteses) encontradas pela doutrina para as questões que este estudo pretende abordar. A metodologia da análise consiste em pesquisa bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira.

2. Algumas considerações sobre ação e jurisdição

A ação é o segundo dos monômios sobre os quais se assenta a ciência do direito processual⁵, sendo o primeiro deles a jurisdição. Em apertada síntese, ação é a faculdade que o sujeito tem de dirigir-se ao Estado para obter a tutela jurisdicional⁶.

Do exposto, percebe-se que a ação está indissociavelmente ligada à jurisdição, a qual, por sua vez, é uma das funções estatais soberanas⁷, por meio da qual o Estado, quando provocado, adentra o conflito de interesses e, substituindo os titulares destes, pacifica o litígio, mediante atuação do

³ DIDIER Jr., Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao Projeto do Novo Código de Processo Civil *in* Revista de Processo nº 197. São Paulo: RT, 2011, p. 258.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior *in* Revista de Processo nº 197. São Paulo: RT, 2011, p. 265.

⁵ MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 21.

⁶ CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1, 2º ed.; trad.: Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 195.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de Conhecimento, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 45.

direito objetivo⁸. Clássica doutrina leciona que a jurisdição consiste na aplicação do direito objetivo ao caso concreto, sendo exercida pelos tribunais, a pedido de uma parte⁹.

Forçoso salientar que a jurisdição é inapelavelmente permeada pela ideia de inércia¹⁰. O que Calamandrei chamou de “necessária indiferença inicial”, advinda da máxima *ne procedat iudex ex officio*¹¹. Destarte, para atuação da jurisdição é preciso a provocação de um sujeito¹², afinal, *nemo iudex sine actore*. E a ação é, grosso modo, esta provocação da atividade jurisdicional. Logo, entre ação e jurisdição existe precisa correlação, não subsistindo uma sem a outra¹³.

Acerca do exato conteúdo da ação, esforços doutrinários (seguidos de emblemáticos dissídios) foram dispendidos ao longo dos séculos para apreendê-lo. Procedemos agora à sucinta indicação das diferentes teorias explicativas da ação.

A primeira delas é a teoria civilista da ação, também chamada de teoria clássica ou imanentista¹⁴. Segundo esta teoria, a ação é um aspecto do direito material violado. O direito de ação surge, então, como uma reação do direito material ofendido. Para esta concepção, condições da ação seriam verdadeiras condições de existência do direito material.

A segunda aqui analisada é a teoria concreta da ação, a qual entende a ação como o direito do autor à sentença favorável, embora este direito seja autônomo frente ao direito substancial. Sob o viés desta teoria, condições da ação são, portanto, as exigências indispensáveis para a decisão final favorável ao autor.

Não se pode olvidar que os concretistas reconhecem o direito que todo cidadão tem de ir aos órgãos jurisdicionais e apresentar-lhes um pedido, o

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130. Reconhecemos que este conceito tradicional de jurisdição nos impede de ver a “jurisdição voluntária” enquanto jurisdição, pois nestes casos não há litígio, mas isto é assunto para outro estudo.

⁹ ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Processal Civil, tomo I; trad.: Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1995, p. 46.

¹⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Tratado de Direito Processual Civil, v. 1, 5ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 378.

¹¹ CALAMANDREI. Instituições, op. cit., p. 197.

¹² “A atividade jurisdicional é uma ‘atividade provocada’”. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8.

¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile in Problemi del Processo Civile. Milão: Morano, 1962, p. 47.

¹⁴ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da Ação. São Paulo: RT, 2000, p. 39.

que, por si só, gera um dever de resposta por parte daqueles¹⁵. Todavia, segundo esta concepção, isto não necessariamente é exercício do direito de ação (e a resposta, logicamente, não é exercício de jurisdição). O concretismo procura justificar o porquê de apenas alguns obterem o provimento favorável¹⁶.

A teoria abstrata da ação, por sua vez, concebe a ação não como direito à decisão final favorável, mas sim como direito à decisão final, qualquer que seja seu conteúdo. Em outras palavras, ação é direito à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, pelos órgãos credenciados para tanto. Nesta esteira, qualquer provimento final é ato jurisdicional. Aqui, condições da ação seriam condições para o provimento final.

Por fim, a teoria eclética ou mista da ação é uma louvável tentativa, desenvolvida por Liebman, de trilhar um caminho intermediário entre a teoria concreta e a teoria abstrata. Ação não seria um direito ao fim (provimento jurisdicional favorável), mas sim um direito ao meio (possibilidade de provimento jurisdicional favorável), envolvendo, dessa maneira – a exemplo dos demais direitos processuais –, um elemento de risco¹⁷.

Para esta concepção, a ação é um direito subjetivo instrumental, em face do direito material (determinado) reivindicado em juízo. Destarte, a ação é o direito a uma solução acerca do direito substancial individualizado, vindicado. Em outras palavras, ação é o direito a um provimento jurisdicional de mérito.

Sob esta ótica, a ação é condicionada a alguns requisitos que devem ser averiguados no caso concreto, quais sejam: o interesse do autor em obter o provimento requerido (interesse de agir); a pertinência da ação frente àquele que a propõe e contra quem se propõe (legitimidade de agir), e; a admissibilidade abstrata do provimento demandado pelo direito objetivo (possibilidade jurídica)¹⁸. Eis as condições da ação, hodiernamente denominadas interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido, respectivamente. Ausente de qualquer destas condições da ação, não há ação e, por conseguinte, fica o juiz impedido de decidir sobre o mérito da demanda. É o que se conhece pelo nome de carência de ação¹⁹.

¹⁵ HENNING, Fernando Alberto Corrêa. Ação Concreta. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 168.

¹⁶ HENNING. Ação, op. cit., p. 167.

¹⁷ LIEBMAN. L'azione, op. cit., p. 46.

¹⁸ LIEBMAN. L'azione, op. cit., p. 46.

¹⁹ LIEBMAN. L'azione, op. cit., p. 47.

3. Ação e condições da ação no direito processual brasileiro

Inicialmente, a título de curiosidade, vale lembrar que as condições da ação eram chamadas por Buzaid de “condições de admissibilidade da ação”²⁰. No entanto, ao longo dos anos, consagrou-se entre nós a versão sintética da fórmula.

Pois bem, no Brasil, reconhece-se que o juízo negativo acerca do preenchimento das condições da ação também configura exercício da função jurisdicional²¹, porquanto consiste em atividade estatal de aplicação do direito positivo (ainda que processual) ao caso concreto. E havendo jurisdição, haverá ação – em vista da estreita correlação entre uma e outra.

Logo, para a ciência do direito processual nacional, a ação prescinde das ditas condições da ação, na forma como foram concebidas por Liebman – em razão disto, conclui Bedaque que a ação é garantia que não pode ser obstada²² (condicionada). Dito de outro modo, para nós, qualquer provimento final é exercício da função jurisdicional, independentemente de seu conteúdo.

As ilações supra nos levam a duas conclusões: a primeira delas é que em nosso país não vigora a teoria eclética²³, mas sim a teoria abstrata²⁴ da ação, já que esta não se condiciona. E a segunda é que as condições da ação não são verdadeiros antecedentes lógicos (requisitos) para a existência de ação; são, em verdade, alguma outra coisa – como veremos a seguir. Destarte, a designação “condições da ação” revela-se, em última análise, inadequada.

Sobre a natureza da ação no direito pátrio, entendemos, então, que se trata de direito autônomo, abstrato e de caráter subjetivo público²⁵. Tem

²⁰ A fórmula mais extensa é recorrente na obra do professor, sendo encontrada em: BUZOID, Alfredo. A ação declaratória no direito brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 235; BUZOID, Alfredo. Do Mandando de Segurança, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 239.

²¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. Teoria, op. cit., p. 256.

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 230.

²³ Entendendo de maneira diversa, ou seja, que o Brasil adotou a teoria eclética da ação: DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 207; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 135.

²⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. Teoria, op. cit., p. 254. No mesmo sentido: MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 529. Saliente-se que o autor afirma que o legislador brasileiro acresceu à teoria abstrata alguns “temperos”, sem, contudo, transformá-la em eclética.

²⁵ Também no sentido de ser a ação um direito subjetivo público, abstrato e autônomo: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa *in* Revista de Processo nº 17. São Paulo: RT, 1980, p. 42.

caráter público, pois é exercida em face do Estado-juiz (inerte); é, portanto, um direito de iniciativa frente à inércia do órgão jurisdicional – frisamos que se trata de um direito público, pois claramente estabelece-se um liame o sujeito-autor e o Estado-juiz, sem prejuízo do acréscimo de terceiro-réu a tal vínculo.

Em sede de adendo, reconhecemos que a teoria abstrata da ação pouco a agrega à teoria geral do processo²⁶. Porém, isto no parece ser um mal menor, quando comparado às dificuldades teóricas que se enfrenta ao condicionar o direito de ação.

Tem a ação natureza de instrumento (do direito material), pois é afeta ao direito processual e este, como um todo ostenta a aludida índole instrumental. Não obstante, não se deve confundir a instrumentalidade do processo com a “neutralidade do processo em relação ao direito material”²⁷. Reconhecer a essência instrumental da ação não implica necessariamente em vinculá-la ao direito material ou a aspectos dele. Abstração e instrumentalidade (da ação) não são características contraditórias.

Ainda sobre a ação, em vista de nossa ordem constitucional (mormente o artigo 5^a, inciso LIV da Constituição) não podemos nos contentar com a definição do direito de ação como mero direito à sentença. É preciso ir mais além: direito de ação é direito à sentença, prolatada conforme um processo justo. Ação, então, é direito ao devido processo legal²⁸, cujo fim se dá com prolação de sentença, qualquer que seja seu conteúdo.

Pois bem, por mais que se diga que o sistema processual brasileiro adotou a teoria abstrata da ação, o fato é que o legislador incorporou ao Código de Processo Civil (artigo 267, inciso VI) as condições da ação.

Doutrina majoritária²⁹ responde a esta questão afirmando haver duas facetas da ação no direito nacional: uma denominada ação constitucional

²⁶ Também reconhecendo que a ação, como era outrora concebida, tinha mais importância para o direito processual: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação in *Justitia* n° 156. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo e Associação Paulista do Ministério Público, 1991, p. 231.

²⁷ DIDIER Jr, Fredie. Um réquiem às condições da ação in *Revista Forense* n° 351. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 15.

²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. 1, 4^o ed. Bologna: Mulino, 2006, p. 225. Também nesse sentido: BEDAQUE. *Efetividade*, op. cit., p. 231.

²⁹ Por todos, citamos: GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 1, 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76; SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19-20; ARRUDA ALVIM, *Tratado*, op. cit., p. 378; DIDIER. *Pressupostos*, op. cit., p. 204-205.

ou plena (esta incondicionada), e; outra chamada de ação processual, concretizada, subordinada ou exercitada (esta condicionada). Dizem eles que a ação concretizada é o exercício da ação plena, e é somente sobre a primeira (ação concretizada) que atuam as condições da ação.

Com a devida vênia, discordamos, pois não cremos haver este tipo de diferença (presença ou não de condicionantes) entre a ação plena (direito subjetivo) e a ação concretizada (exercício do direito subjetivo), no ordenamento jurídico pátrio.

Ordinariamente, quando o ordenamento jurídico busca restringir uma conduta humana, ele limita o próprio direito subjetivo, e não apenas seu exercício. A título de exemplo, o titular do direito (subjetivo) de propriedade pode livremente exercer seus poderes de uso, fruição e disposição da coisa – lembrando que, *v.g.*, os direitos de vizinhança e a obediência aos padrões do Plano Diretor Urbano são limitadores (condicionantes) do próprio direito de propriedade e não somente de seu exercício.

Portanto, a ideia de um direito subjetivo (ação plena) mais amplo que seu respectivo exercício (ação concretizada) nos afigura excepcional e, até certo ponto, confusa.

Mais além, o direito subjetivo de ação (plena) tem por fundamento o artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior³⁰. Ou seja, está inserto no rol dos direitos e garantias fundamentais e, justamente por isso, tem aplicação imediata – trata-se de norma constitucional de eficácia absoluta e aplicabilidade imediata, que não pode ser contrariada, direta ou indiretamente, por lei³¹. Nesta toada, o direito subjetivo de ação (plena) não poderia ter seu exercício (ação concretizada) limitado (condicionado) por lei ordinária (estatuto processual civil).

Concluímos, então, que tanto o direito de ação quanto seu respectivo exercício não são passíveis de condicionamento pelas chamadas condições da ação. Em outras palavras, as condições da ação não limitam o direito de ação mesmo, tampouco seu exercício.

Apesar das ilações supra, ainda não oferecemos um conceito para as condições da ação no direito processual pátrio. É o que tentaremos fazer.

³⁰ Note-se que o enunciado constitucional deve ser interpretado como: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *alegação* de lesão ou de ameaça a direito;”

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 362.

O diploma processual civil prescreve a proibição, dirigida ao julgador, de resolver o mérito da demanda, caso não concorra uma (ou mais) das condições da ação. Exsurge daí que as condições da ação são, em verdade, requisitos necessários para o provimento meritório, ou simplesmente condições de julgamento do mérito. Inferimos, pois, que as condições da ação não atuam sobre o direito de ação propriamente dito (direito à sentença), mas sim sobre o direito à resolução do mérito (direito à sentença de mérito).

Portanto, nota-se que o legislador brasileiro impôs a diferenciação entre as condições da ação e o mérito, operando as primeiras como requisitos de admissibilidade do último. Tanto é assim que a letra fria do Código de Processo Civil defere tratamento desigual à sentença que reconhece a carência de ação e à que julga o mérito.

Ao que tudo indica, a técnica das condições da ação encontra fundamento na economia processual, pois visa a evitar que um processo inviável se prolongue,³² o qual desperdiçaria tempo dos órgãos judiciais e dinheiro público, à medida que lançaria o juiz em empreita que sabe ser infrutífera. Isto porque o litígio (fenômeno social) não teria condições de ser pacificado, em razão da forma como foi levado a julgamento.

Passemos agora ao exame das relações entre o mérito, as condições da ação e os pressupostos processuais.

4. Mérito, condições da ação e pressupostos processuais

Prescreve o Código de Processo Civil que o mérito do processo não pode ser resolvido se ausente algum dos pressupostos processuais ou das condições da ação (artigo 267, incisos IV e VI, respectivamente). Logo, antes de adentrar a seara do mérito, deve o juiz averiguar a presença tanto dos pressupostos processuais quanto das condições da ação.

Leciona Barbosa Moreira que são três os patamares, sucessivos, da matéria sujeita ao crivo do juiz: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito. Prossegue o professor afirmando que tal sistemática é inspirada na processualística italiana. Em sentido contrário, a teoria alemã do direito processual reconhece apenas os conceitos de mérito e de pressupostos processuais, sendo estes bastante abrangentes, englobando também aquilo que entre nós recebe o nome de condições da ação³³.

³² DIDIER. Pressupostos, op. cit., p. 213.

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais *in* Temas de Direito Processual Civil: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83-84.

Alguns críticos do sistema italiano (adotado pelo Brasil) afirmam que não seria possível a existência de três juízos independentes acerca da matéria posta à apreciação judicial, à medida que deve o julgador analisar apenas a admissibilidade e o mérito das questões, qualquer que seja o caso. Logo, não haveria que se falar em três categorias autônomas³⁴.

À luz da crítica supra, merece uma tentativa de sistematização o trinômio (mérito, condições da ação e pressuposto processuais) em comento.

4.1. Mérito e requisitos de admissibilidade do mérito

Inicialmente, elegemos como critério diferenciador dos elementos do trinômio a referência ou não ao mérito da causa. Deste modo, temos que o trinômio é composto exclusivamente por mérito e por não-mérito.

No entanto, o que não é mérito (*rectius*, o que é não-mérito) é, obrigatoriamente, requisito sem o qual o mérito não pode ser julgado (por força do artigo 267, incisos IV e VI do Código de Processo Civil). Frisamos que o mérito só é passível de análise se superada, com resultado positivo, a cognição acerca das matérias e ele estranhas³⁵. Portanto, tudo que é não-mérito, no âmbito do trinômio, é requisito de admissibilidade do mérito. Então, formam-se dois grupos: mérito e requisitos de admissibilidade do mérito³⁶ (não-mérito).

Resta-nos agora identificar o que é o mérito – e tudo o que não for mérito, será, necessariamente, requisito de admissibilidade do mérito.

A exposição de motivos do Código de Processo Civil, em seu item 06, diz expressamente que o mérito da causa é a lide. Aliás, lide e mérito são (na maioria das vezes) utilizados como sinônimos por nosso estatuto processual. Tomemos como exemplo, o trecho em que o referido diploma normativo fala em “julgamento antecipado da lide”, parece-nos que se trata de julgamento antecipado do mérito da causa.

Foi mais adiante a exposição de motivos, à medida que estabelece o próprio conceito de lide (a qual seria sinônima de mérito). Diz da lide, como já dissera Canelutti, ser o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um interessado e pela resistência do outro³⁷. Entretanto, tal

³⁴ DIDIER Jr. Será, op. cit., p. 256.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 do CPC in Revista de Processo nº 57. São Paulo: RT, 1990, p. 201.

³⁶ BUZAID, Alfredo. Do Despacho Saneador in Estudos de Direito, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 7.

³⁷ Entendendo lide e mérito como sinônimos: THEODORO JÚNIOR. Pressupostos, op. cit., p. 43.

conceito de lide é meramente sociológico e não jurídico³⁸, à medida que o juiz não julga a lide, mas sim os aspectos da lide levados a seu conhecimento, isto é, as questões referentes à lide. Logo, a lide carneluttiana não pode ser o mérito da causa, simplesmente porque o juiz não a julga.

Mesmo que se adote a concepção de lide como o conflito, deduzido em juízo, de interesses, qualificado pela pretensão de um interessado e pela resistência do outro, a sinonímia entre lide e mérito não se salva, pois tal fórmula deixa transparecer que quando não houver contraposição de interesses – v.g., demandas constitutivas necessárias – não haverá mérito, pois não há lide.

Compulsando as origens (latinas) etimológicas do vocábulo “mérito”, Dinamarco conclui que mérito é exigência³⁹, ou seja, é aquilo que se requer, é o próprio objeto do processo, é, em última análise, o pedido⁴⁰.

Imperioso rememorar, entretanto, que antes de decidir sobre o pedido o juiz, logicamente, deve enfrentar as chamadas questões de mérito, que são alegações feitas pelas partes acerca da suposta relação jurídica de direito material que as vincula.

Assim, podemos dizer, com Leonardo Greco, que mérito, de certa forma, envolve as questões que tangenciam a relação jurídica material, alegada pelo autor. Isto é, engloba tanto o pedido (objeto litigioso) quanto às alegações em que fundamentam a concessão ou denegação do pedido⁴¹ (causa de pedir).

4.2. *Pressupostos processuais e condições da ação*

Exposta a definição de mérito, passemos agora a analisar a classe dos requisitos de admissibilidade do mérito (não-mérito), os quais são exigências legais em cuja ausência o julgador não pode emitir juízo de mérito⁴².

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos de Processo Civil Moderno, tomo I, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 253.

³⁹ DINAMARCO. Fundamentos, op. cit., p. 254.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187-189.

⁴¹ GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 50. No mesmo sentido: DIDIER JR. Pressupostos, op. cit., p. 74.

⁴² DINAMARCO. Instituições, op. cit., p. 636.

Importante aclarar que doutos professores entendem que todos estes requisitos de admissibilidade estão no mesmo patamar e, por este motivo, pragmaticamente, não é importante distingui-los⁴³.

Ocorre que alguns dos integrantes deste grupo (requisitos de admissibilidade do mérito) apresentam predicados comuns entre si, sendo possível realizar uma nova classificação, dentro da classe dos requisitos de admissibilidade do mérito. E para a ciência do direito processual, é importante proceder a tal classificação.

O gênero dos requisitos de admissibilidade do mérito comporta duas espécies: os pressupostos processuais e as condições da ação. Passemos a analisá-los.

Pois bem, a primeira espécie do gênero em comento (requisitos de admissibilidade do mérito) são os pressupostos processuais. Há muito se reconhece, com hialina clareza, que o processo estabelece uma relação jurídica própria, de natureza pública, entre os cidadãos-partes e o Estado-juiz: é a relação jurídica processual⁴⁴.

Em verdade, cuida-se de um conjunto de relações jurídicas (e não de apenas uma), cuja pertença ao processo lhes rende a denominação “relações jurídicas processuais”⁴⁵. Em outras palavras, chamamos de relação jurídica processual (autônoma e inconfundível com a relação material) o agrupamento (conjunto) de vínculos (relações) juridicamente disciplinados que, por força da propositura da demanda, estabelecem-se entre as partes e o juiz⁴⁶.

Os requisitos de admissibilidade do mérito que se prestam a avaliar a relação processual (isto é, a existência e a regularidade da relação processual) recebem a designação de pressupostos processuais⁴⁷.

Por sua vez, a segunda e última espécie do gênero requisitos de admissibilidade do mérito são as condições da ação. Inicialmente, adiantamos que as condições da ação não versam sobre a relação jurídica processual. Aliás, se o fizessem, seriam rigorosamente pressupostos processuais – e não restaria nenhuma dessemelhança entre os elementos integrantes da classe dos requisitos de admissibilidade do mérito. Todavia,

⁴³ DINAMARCO. Instituições, op. cit., p. 636.

⁴⁴ BÜLOW, Oskar von. La teoría de das excepciones dilatorias y los presupuestos procesales; trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964, p. 2.

⁴⁵ CARNELUTTI, Franceso. Instituciones del Proceso Civil, v. 1; trad.: Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, s/a, p. 290.

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA. Sobre, op. cit., p. 84.

⁴⁷ GRECO. A teoria, op. cit., p. 19.

não sucede assim. As condições da ação versam sobre a relação jurídica de direito material, deduzida em juízo⁴⁸. E por conta disso, torna-se uma categoria complexa.

À primeira vista, parece que seus predicados são contraditórios entre si, pois ao mesmo tempo é não-mérito (requisito de admissibilidade do mérito), é mérito (versa sobre a relação jurídica de direito material). Parássemos neste ponto e a sistematização inelutavelmente falharia. Contudo, tentaremos prosseguir.

4.3. *Mérito e condições da ação*

Conforme o exposto, tanto o mérito quanto as condições da ação importam em um juízo acerca da relação jurídica de direito material posta sob o crivo do juiz. Destarte, as condições da ação, ontologicamente, integram o mérito da causa. Dito de outro modo, a análise das condições da ação não importa em pronunciamento sobre a relação processual (como ocorre com os pressupostos processuais), mas sim em decisão que avança sobre o objeto da demanda. Em vista disso, as condições da ação são também chamadas de “mérito em sentido amplo”⁴⁹.

Destarte, mister aclarar que, ontologicamente, inexistente diferença entre as condições da ação e o mérito, pois. Esta, aliás, é uma conclusão comungada por numerosos autores⁵⁰.

O art. 269 do Código de Processo Civil nos dá fortes indícios de que resolver o mérito da demanda é decidir sobre o pedido, a partir da causa de pedir, isto é, da relação jurídica material.

Entretanto, quando o juiz declara que o autor não pode pedir tal provimento ou que contra o réu tal provimento não pode ser pedido (ilegitimidade das partes); que o provimento é desnecessário ou incapaz de trazer benefícios ao autor (interesse de agir), ou; que tal pedido não pode ser formulado (possibilidade jurídica do pedido), o juiz, pragmaticamente, acaba por decidir por não dar ao autor o bem da vida perquirido, por conta de aspectos da relação jurídica de direito material. O que confirma a identidade ontológica entre mérito e condições da ação.

⁴⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil, 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 126. No mesmo sentido: GRECO. A teoria, op. cit., p. 23.

⁴⁹ COMOGLIO, et. al. Lezioni, op. cit. p. 240.

⁵⁰ CALMON DE PASSOS José Joaquim. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica in Revista de Direito Processual Civil, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 55; MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, v. 1, 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 182; BAPTISTA DA SILVA; GOMES. Teoria, op. cit., p. 126-128; BEDAQUE. Efetividade, op. cit., 260; DIDIER. Pressupostos, op. cit., 215. Note-se que este último autor entende ser possível encontrarmos condições da ação que não se reportam à relação jurídica material.

Inobstante, a realidade inexorável é que o legislador retirou as condições da ação do âmbito do mérito⁵¹, inserindo-as na classe dos requisitos de admissibilidade do mérito. E para tal expediente, certamente, valeu-se da técnica da ficção jurídica.

Neste ponto, válido apontar que é exatamente por isso que a sistematização do trinômio se mostra árdua tarefa, pois, essencialmente, as condições da ação integram o mérito, mas, ficticiamente, foram alocadas, pelo direito positivo, nos requisitos de admissibilidade do mérito.

Neste contexto, surge a teoria da asserção para explicar a distinção (ficta) entre as condições da ação e o mérito. Segundo esta teoria, a aferição das condições da ação “nada mais é do que um exame, apriorístico e superficial, da própria relação material”⁵².

Nesse passo, as alegações do autor da demanda devem ser analisadas em tese, ou seja, em estado de asserção (*in statu assertionis*). E é desse exame, feito no condicional (isto, é tomando como verdade os fundamentos da petição inicial) que deve exsurgir a conclusão acerca da presença ou ausência das condições da ação⁵³.

A fim de elucidar o tema, socorremo-nos de exemplo fornecido pela doutrina⁵⁴: ocorre um acidente de trânsito, o motorista culpado evade-se do local e a vítima ingressa com demanda reparatória. Se o autor-vítima, na inicial, alega que aquele em face de quem pede a tutela jurisdicional não é nem o dono nem o motorista do automóvel causador do acidente, é caso de carência de ação por ilegitimidade passiva. Por outro lado, se o autor alega que o réu é o dono ou o motorista do automóvel causador do acidente, mas, depois de dilação probatória, descobre-se que não o é, é caso de improcedência.

Em todo o caso, percebe-se que saber se o réu é dono ou motorista do automóvel causador do acidente é questão (por sua natureza) de mérito, pois se volta à suposta relação de direito material entre ofensor e vítima. Mas, em razão da diferenciação entre mérito e condições da ação, convencionou-se que se, desde o início do processo, partindo-se das alegações autorais, sabe-se que o réu não tem qualquer responsabilidade sobre o acidente, é caso de carência de ação. *A contrario sensu*, se a não

⁵¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa *in* Revista de Processo nº 58. São Paulo: RT, 1990, p. 12.

⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1998, p. 103.

⁵³ BEDAQUE. Pressupostos, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁴ BEDAQUE. Efetividade, *op. cit.*, p. 254-255.

responsabilidade do réu só é aferida após dilação probatória, é caso de improcedência.

Destarte, segundo a teoria da asserção, o critério diferenciador (diferença) entre mérito e condições da ação é o momento do julgamento: se antes da dilação probatória, é condição da ação; se depois, é mérito.

Nesta esteira, a sistematização do trinômio, segundo o direito positivo pátrio, deve ser feita da seguinte forma:

- a.* Mérito: exame da relação jurídica material, após dilação probatória.
- b.* Requisitos de admissibilidade do mérito.
 - b.1.* Pressupostos processuais: exame da relação jurídica processual.
 - b.2.* Condições da ação: exame da relação jurídica material, antes de dilação probatória.

Esta proposta de sistematização não é cientificamente primorosa, pois elege, ao mesmo tempo, dois critérios diferentes – a lógica dos predicados determina que apenas um critério seja adotado por vez – para identificar o que é mérito, quais sejam: (i) exame da relação jurídica material, e; (ii) após dilação probatória.

Talvez fosse mais rigorosa, do ponto de vista da lógica, a sistematização do trinômio da seguinte maneira:

- a.* Pressupostos processuais: exame da relação jurídica processual.
- b.* Exame da relação jurídica material.
 - b.1.* Condições da ação: antes da dilação probatória.
 - b.2.* Mérito: após dilação probatória.

Aqui, há apenas um critério diferenciador (diferença) entre as classes *a* e *b* (exame da relação material ou não), bem como somente um predicado distintivo (diferença específica) entre o gênero *b* e as espécies *b.1* e *b.2* (momento da prolação da decisão).

Ocorre que, pressupostos processuais e condições da ação, por força de lei, estão no mesmo patamar, qual seja: requisitos de admissibilidade do mérito. São, *ope legis*, requisitos imprescindíveis ao mérito. Logo, esta segunda sistematização, apesar de mais rigorosa, é menos útil à teoria geral do processo.

4.4. Teoria da asserção

Retornando à análise da teoria da asserção, destacamos que se trata de uma teoria elaborada pela doutrina (portanto, integrando a ciência do direito

processual, e não o direito processual positivo) para explicar a ficção jurídica que retira as condições da ação do âmbito do mérito da causa.

E é a doutrina, por meio da teoria da asserção, que indica que o critério que diferencia o mérito e as condições da ação é o momento do julgamento. Contudo, a eleição deste critério diferenciador é arbitrária, pois não encontra base normativa no ordenamento jurídico, isto é, o direito positivo não dá pistas de como diferenciar mérito e condições da ação.

E não há problema nisto, pois a definição e a classificação de institutos jurídicos é tarefa da doutrina e não do legislador. O que precisa ser salientado é que a teoria da asserção é apenas uma entre várias teorias possíveis aptas a explicar a mencionada diferença. Não obstante, a teoria da asserção é a que predomina entre os processualistas brasileiros e por isso merece nossa atenção.

Pois bem, dentre as críticas que a teoria da asserção recebe, uma delas aparenta ser injustificada: fala-se que a teoria da asserção é falha, pois a natureza das questões não muda conforme o momento em que é examinada⁵⁵.

É claro que a essência da questão não muda conforme o momento em que é aferida. Ontologicamente, as condições da ação são mérito (porque ambos se voltam ao exame da relação material) e sempre o serão, independentemente do momento em que são averiguadas. A teoria da asserção não procura estabelecer uma diferença ontológica entre condições da ação e mérito, mas visa apenas explicar a ficção jurídica que retira as condições da ação do âmbito do mérito, ou seja, se propõe a apontar um critério fictício (e não ontológico) de diferenciação entre eles – o que não pode, de modo algum, ser encarado como falha.

Não obstante, a teoria da asserção não está imune a imprecisões. Nosso direito positivo, em certas hipóteses, permite que o mérito seja resolvido em estado de asserção. Assim, estaremos diante de uma decisão acerca da relação jurídica material, proferida antes da produção de provas, mas que é de cunho meritório. Pela classificação supra, seria uma decisão sobre condições da ação, mas nosso diploma processual prescreve ser decisão de mérito.

Estamos falando das hipóteses em que, com amparo somente nas alegações do autor, o juiz profere *decisum* liminar de improcedência

⁵⁵ DIDIER JR. Pressupostos, op. cit., p. 19. O próprio autor reconhece que, apesar desta imprecisão, a adoção da teoria da asserção é a melhor solução hermenêutica para a teoria geral do processo.

pedido. São os casos de improcedência *prima facie* em razão de prescrição ou decadência e de demandas repetitivas – previstas nos artigos 295, inciso IV e 285-A c/c artigo 269, incisos I e IV, todos do Código de Processo Civil.

Nestes casos, a teoria da asserção não consegue diferenciar a impossibilidade jurídica do pedido (juízo negativo de condição da ação) da improcedência liminar (juízo negativo de mérito).

Finalmente, um último comentário precisa ser feito. Trata-se da insuficiência da teoria da asserção para explicar a falta de interesse-necessidade nas demandas de natureza declaratória.

A crítica é feita porque é possível, nestas demandas, produzir prova apenas em relação à existência de interesse-necessidade (incerteza objetiva sobre a relação material afirmada na inicial), sem que isso toque a própria relação jurídica material afirmada em juízo. O que desemboca na possibilidade de decidir sobre condição da ação depois da dilação probatória⁵⁶.

Destaque-se que a questão do interesse-necessidade nas demandas de natureza declaratória pode ser estendida para as demandas constitutivas não-necessárias, pois aqui também a crise de cooperação – que constitui a causa de pedir (remota) passiva – não tangencia a relação de direito material afirmada em juízo. Em outras palavras, é possível fazer prova da inexistência de crise de situação jurídica⁵⁷, sem que isto afete o direito material à constituição, à modificação ou à extinção de certa situação jurídica.

O mesmo não pode se dizer das crises das demandas condenatórias, haja vista que, nestes casos, a inexistência de crise de interesse-necessidade indica a inexistência de inadimplemento. E não havendo inadimplemento, o autor não faz jus à prestação. Assim, o interesse-necessidade integra, ontologicamente, o mérito da causa.

Semelhante questionamento pode ser levantado em relação à legitimidade extraordinária. Trata-se de mais uma possibilidade de decisão sobre condição da ação após dilação probatória.

A título de explicação, não entendemos que a legitimidade extraordinária e o interesse-necessidade nas demandas declaratórias e

⁵⁶ BEDAQUE. Efetividade, op. cit., p. 363.

⁵⁷ Crise de situação jurídica é o nome que se dá à crise de cooperação cujo objeto é a (sonegação da) criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Conexidade e Efetividade Processual. São Paulo: RT, 2007, p. 61

constitutivas não-necessárias sejam pressupostos processuais, pois não podem ser averiguados, unicamente, a partir da relação jurídica processual.

4.5. *Mais algumas observações*

Apontam alguns doutrinadores que as condições da ação se relacionam a cada um dos elementos da demanda⁵⁸, de sorte que: a legitimidade das partes se conecta às partes; o interesse de agir à causa de pedir, e; a possibilidade jurídica do pedido ao pedido.

Tal assertiva é, em certa medida, correta. No entanto, no tocante à possibilidade jurídica do pedido, alguns ajustes fazem-se necessários. Por vezes, a impossibilidade jurídica do pedido ocorre porque o ordenamento jurídico veda o próprio pedido. Porém, é possível que o pedido seja juridicamente impossível em razão de peculiaridades da causa de pedir ou das partes⁵⁹.

Exemplificando: se o autor pedir que o réu seja condenado à pena de escravidão, o pedido mesmo será juridicamente impossível, pois o ordenamento jurídico o veda. Por outro lado, se o autor requerer a condenação do réu ao pagamento de quantia pecuniária a título de dívida de jogo, a situação é outra: o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de condenação ao pagamento (de dinheiro), mas não quando o fundamento do pagamento for dívida de jogo; neste caso, o pedido será juridicamente impossível em razão da causa de pedir.

Por fim, pensemos na hipótese de um autor que ingressa com demanda em face da União Federal, requerendo o reconhecimento, em seu favor, de usucapião de bem imóvel. Novamente, em tese, é possível a usucapião de bens imóveis, todavia, o ordenamento jurídico veda que seja usucapido bem imóvel público. Logo, estamos diante de impossibilidade jurídica do pedido por conta da parte (contra quem se pede)⁶⁰.

Outra observação deve ser tecida, esta acerca das condições da ação e da coisa julgada. Como o juízo acerca das condições da ação analisa a relação jurídica material, tem eficácia extraprocessual (para o direito material) e, por isso, deve ficar imunizado pela autoridade da coisa julgada material⁶¹. O que quer dizer que, extinto o processo em razão de carência

⁵⁸ DIDIER JR. Será, op. cit., p. 256.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 398.

⁶⁰ Reconhecemos que, neste caso, alguns poderiam falar que se trata de impossibilidade do pedido em razão da causa de pedir. No entanto, o intuito dos exemplos é demonstrar que nem sempre a impossibilidade jurídica do pedido decorre de vedação ao pedido em si mesmo.

⁶¹ COMOGLIO, et. al. Lezioni, op. cit. p. 240; FABRÍCIO. Extinção, op. cit., p. 19. BEDAQUE. Efetividade, op. cit., p. 259.

de ação, não pode o autor intentá-lo novamente⁶². Entendemos que tal posição é polêmica, porém, inclinação teórica diversa seria extremamente gravosa para o processo.

Não reconhecer a autoridade da coisa julgada material para a sentença que declara a carência de ação significa permitir ao autor a renovação da demanda, a seu bel prazer. Nada nos parece ser mais contrário à economia processual – princípio este que fundamenta a própria existência das condições da ação no direito processual brasileiro.

A atribuição da autoridade de coisa julgada material para a sentença de carência de ação só é possível porque adotamos como premissa a escolha nacional pela teoria abstrata da ação. Ora, só a jurisdição é capaz de fazer coisa julgada, logo, a decisão de carência de ação, porque faz coisa julgada, é exercício da jurisdição⁶³.

Lembra-nos Furtado Fabrício que, uma vez suprida a carência de ação, será alterado, pelo menos, um dos elementos da demanda – pois as condições da ação ligam-se a eles. Logo, haverá uma nova demanda, diversa daquela acobertada pela coisa julgada material. Assim, a supressão da carência de ação franqueia ao autor a possibilidade de ingresso em juízo⁶⁴, não pela ausência de coisa julgada material, mas sim porque se trata de nova demanda.

Insignes processualistas alertam que, apesar de ambas tornarem-se imutáveis, a sentença de mérito importa em solução total da lide (na acepção que Carnelutti atribui à palavra), enquanto a sentença que reconhece a carência de ação consubstancia solução tão-somente parcial daquela⁶⁵. Tal diferenciação, apesar de precisa, tem por referencial a lide carneluttiana. No entanto, *concessa venia*, não é com ela que o processo se preocupa – o objeto da jurisdição não são os eventos do mundo fenomênico⁶⁶.

Mesmo nos casos de jurisdição contenciosa, o juiz não julga a lide carneluttiana, mas sim sua transposição para o processo. E tanto a sentença de mérito quanto a que reconhece a carência de ação versam sobre a relação material deduzida em Juízo e, por isso, são capazes de solucionar a integralidade da lide, nos termos em que foi levada ao Judiciário. Destarte,

⁶² BAPTISTA DA SILVA; GOMES. Teoria, op. cit., p. 129.

⁶³ Se defendêssemos que o Brasil adotou a teoria eclética da ação não poderíamos reconhecer que a carência de ação faz coisa julgada material, pois a carência de ação não seria exercício da jurisdição e, portanto, não estaria apta à coisa julgada material.

⁶⁴ FABRÍCIO, op. cit., p. 17.

⁶⁵ BEDAQUE. Efetividade, op. cit., p. 405.

⁶⁶ GRECO. A teoria, op. cit., p. 62.

com o devido respeito, se adotarmos como referencial a transposição para o processo da lide carneluttiana (ou seja, a lide deduzida em juízo), a distinção supra não se sustenta.

Ante o exposto, alguém poderia indagar o porquê de continuarmos as distinguir as condições da ação do mérito, já que ontologicamente aquelas integram o conteúdo deste e ambos são aptos à coisa julgada material. A resposta é simples: continuamos a diferenciar porque a lei manda. O Código de Processo Civil claramente estatui que são coisas diferentes – apesar de fazê-lo com base em ficção jurídica.

Depois de tudo quanto foi exposto, nos sentimos autorizados a adentrar o estudo do regime jurídico que o projeto de novo Código de Processo Civil (PL nº 166/2010) defere à categoria das condições da ação.

5. Condições da ação no projeto de novo Código de Processo Civil

Conforme dissemos linhas acima, o projeto de novo Código de Processo Civil promoveu algumas mudanças na sistemática das condições da ação. Passemos a investigá-las.

5.1. Supressão da expressão “condições da ação”

A primeira inovação foi a abolição da expressão “condições da ação”. No entanto, o projeto, valendo-se da mesma ficção jurídica da qual lançou mão o atual estatuto processual, manteve o interesse de agir e a legitimidade das partes enquanto elementos estranhos ao mérito (art. 467, VI do PL nº 166/10⁶⁷). Novamente, temos elementos que se voltam a examinar a relação material, mas que, *ope legis*, não integram ao mérito. Isto nos leva a crer que, apesar de suprimida a expressão “condições da ação”, estas subsistem enquanto categoria autônoma, embora sem sua tradicional nomenclatura⁶⁸.

Em outras palavras, o juiz continuará a realizar dois juízos: um sobre o mérito e outro sobre os requisitos de admissibilidade do mérito. Por sua vez, o juízo acerca dos requisitos de admissibilidade do mérito seguirá bipartido.

Esta conclusão implica em admitir também que a teoria da asserção sobreviverá a mudança no direito processual civil positivo, ou seja, a doutrina continuará a valer-se do momento de prolação da decisão como

⁶⁷ Renumerado para art. 472, VI no Relatório do Sen. Valter Pereira, e novamente renumerado para art. 495, VI no Substitutivo apresentado pelo Dep. Paulo Teixeira.

⁶⁸ Em sentido contrário, entendendo que as condições da ação foram terminantemente extintas, passando a integrar ou os pressupostos processuais ou o mérito: DIDIER JR. Será, op. cit., p. 258.

critério fictício de distinção entre mérito e condições do julgamento do mérito – hodiernamente chamadas de condições da ação. Nessa esteira, o projeto encampa a atual sistematização dos elementos do trinômio, com todas as suas imperfeições lógicas, a saber:

- a. Mérito: exame da relação jurídica material, após dilação probatória.
- b. Requisitos de admissibilidade do mérito.
 - b.1. Pressupostos processuais: exame da relação jurídica processual.
 - b.2. Condições do julgamento do mérito: exame da relação jurídica material, antes de dilação probatória.

Neste ponto, não podemos deixar de elogiar o projeto. Andou bem a proposta, pois, como indicado alhures, o Brasil adotou (e o projeto manteve esta posição) a teoria abstrata da ação, o que torna a expressão “condições da ação” inadequada para intitular o papel que a categoria desempenha na teoria geral do processo, uma vez que não se tratam de requisitos indispensáveis à existência de ação, mas sim de requisitos imprescindíveis ao julgamento do mérito – não são verdadeiras condições da ação, senão condições do julgamento do mérito.

Suprimida a expressão “condições da ação”, devemos abandonar o hábito, já arraigado em nossa doutrina processual, de falar em “carência de ação” – expressão esta, aliás, também inadequada, pois, uma vez que ação é incondicionada, sempre há ação, isto é, nunca o autor dela carecerá⁶⁹.

5.2. *Condições do julgamento do mérito e coisa julgada material*

Outro ponto que não pode nos passar batido é o reconhecimento, pelo projeto, da aptidão à coisa julgada material das sentenças que reconhecem a ausência de uma (ou mais) das condições do julgamento do mérito.

O artigo 468, § 1º do PL nº 166/10 estabelece expressamente que a falta de legitimidade das partes ou de interesse de agir não impede a nova propositura da demanda, uma vez sanado o vício. Mais precisa foi a redação dada ao dispositivo pelo relatório apresentado pelo Senador Valter Pereira⁷⁰. Depois de renumerado (passou a constar do artigo 473, § 1º) o enunciado deixa transparecer que o resultado da correção do vício é uma nova demanda, isto é, diversa daquela previamente julgada e, por isso, não acobertada pela coisa julgada material.

⁶⁹ Salvo naqueles casos em que o “autor” não se dirige a órgão jurisdicional. Aqui, não há exercício da jurisdição e, por isso, tampouco há ação. No entanto, aqui a própria utilização da nomenclatura “autor” torna-se discutível.

⁷⁰ Mantida no Substitutivo apresentado pelo Dep. Paulo Teixeira (art. 496, § 1º).

A *contrario sensu*, infere-se que é vedada a nova propositura da mesma demanda na qual foi reconhecida a falta de interesse ou legitimidade. Isto nos leva a crer que, finalmente, foi reconhecida pela lei a aptidão à coisa julgada material da sentença que reconhece a ausência das condições de julgamento do mérito – algo que já era vaticinado pela melhor doutrina.

Por reconhecer a imutabilidade da sentença declaratória de ausência de interesse ou legitimidade, o projeto é incisivo na adoção da teoria da ação como direito abstrato. Como dito acima, apenas a jurisdição pode fazer coisa julgada material, assim a sentença declaratória de falta de condição do julgamento do mérito, porque faz coisa julgada material, é exercício da jurisdição. E, como ação e jurisdição coligam-se por estrita correlação, nestes casos, também haverá ação, como sempre.

5.3. *Supressão da possibilidade jurídica do pedido*

Dentre as “condições da ação”, a possibilidade jurídica sempre foi a que mais gerou polêmica. Tanto é assim que o próprio Liebman a abandonou enquanto condição da ação autônoma⁷¹. E o projeto embarca nessa tendência, suprimindo-a do rol das condições do julgamento do mérito. No entanto, não fica claro o que será da possibilidade jurídica do pedido.

Segundo Câmara⁷², o projeto seguiu a última versão das lições do jurista italiano, inserindo a possibilidade jurídica no âmbito do interesse de agir. Todavia, não nos parece ter sido essa a linha adotada.

A análise acerca da possibilidade jurídica do pedido avança sobre o que há de mais intrínseco na demanda, a parcela mais importante (para o processo) do direito material, o cerne do mérito: o pedido.

A impossibilidade jurídica traduz um problema de não incidência do direito material à demanda (ao pedido, especificamente), logo, de mérito⁷³. Cuida-se apenas de uma hipótese de improcedência macroscópica, isto é, uma forma mais explícita de improcedência⁷⁴. E não conseguimos negar a identidade ontológica das duas situações (improcedência e impossibilidade jurídica do pedido)⁷⁵.

Entretanto, além de não haver diferença ontológica entre o mérito e a possibilidade jurídica do pedido, também não há diferença ficta (quanto ao

⁷¹ CÂMARA. Será, op. cit., p. 262.

⁷² CÂMARA. Será, op. cit., p. 262.

⁷³ CALMON DE PASSOS. Em trno, op. cit., p. 63.

⁷⁴ DIDIER JR. Pressupostos, op. cit., p. 226.

⁷⁵ BEDAQUE, Efetividade, op. cit., p. 270.

momento do reconhecimento), porquanto o mérito do pedido pode ser analisado em estado de asserção, nos casos de improcedência liminar da demanda.

Ora, não sendo dotadas de predicados (nem de ordem ontológica nem de ordem ficta) capazes de diferenciá-las, as categorias do mérito e da possibilidade jurídica do pedido confundem-se.

Entender que a possibilidade jurídica do pedido foi integrada pelo interesse de agir importa em, ao invés de resolver a confusão narrada, simplesmente deslocá-la do âmbito de uma condição do julgamento do mérito autônoma para o seio de outra. Novamente: não nos parece ter sido a linha adotada pelo projeto.

Este, por outro lado, reconhecendo tal confusão entre as categorias, resolve tratá-las, rigorosamente, como a mesma coisa (que é o que realmente são: a mesma coisa, ontológica e fictamente). Então, estamos com Didier Jr. quando conclui que a possibilidade jurídica do pedido, na nova ordem processual – caso o PL nº 166/10 seja aprovado com a atual redação –, não integra o interesse de agir, mas sim o mérito⁷⁶.

Saliente-se que a teoria da asserção ressurgiu revigorada no projeto, pois uma das situações que não lograva êxito em explicar (possibilidade jurídica do pedido) foi extinta. No entanto, persistirão os apontamentos quanto ao interesse-necessidade nas demandas declaratórias e constitutivas não-necessárias e à legitimidade extraordinária.

6. Conclusão

Ante todo o exposto, chegamos a algumas conclusões acerca do tratamento que o projeto de novo Código de Processo Civil defere à classe das condições da ação (problema central enfrentado neste ensaio).

A primeira delas diz respeito a não aniquilação da classe das condições da ação pelo referido projeto. Isso porque o PL nº 166/10, apesar de abolir a expressão “condições da ação”, não extinguiu a categoria jurídica a que ela se refere. Isto é, haja vista a manutenção a legitimidade das partes e o interesse de agir como matérias estranhas ao mérito, a classe das condições da ação subsiste, embora sem sua tradicional nomenclatura. Trata-se somente de alvissareira correção do nome da categoria, pois.

Por conta disso, exsurge a segunda conclusão: se aprovado o PL nº 166/10 com a redação atual, o juiz continuará a fazer dois juízos acerca da matéria posta sob sua apreciação: um de mérito e outro de admissibilidade

⁷⁶ DIDIER JR. Será, op. cit., p. 257.

do mérito, sendo este subdividido entre pressupostos processuais e condições do julgamento do mérito – nomenclatura proposta para a classe que atualmente é (inapropriadamente) designada por “condições da ação”.

Para a sistematização das categorias “mérito”, “condições de julgamento do mérito” e “pressupostos processuais”, mantêm-se os critérios ontológico (exame da relação material ou processual) e fictício (momento da prolação do juízo). Destarte, a teoria da asserção – que explica o critério fictício –, continua a ser solução hermenêutica viável, e quiçá a mais apta, para teoria geral do processo.

Mais além, ainda sobre o regime das condições de julgamento do mérito no projeto, conclui-se também que o PL nº 166/10 reconhece não haver dessemelhança, ontológica ou ficta, entre mérito e possibilidade jurídica do pedido. Por isso, elimina esta do sistema processual pátrio, incorporando-a ao exame do próprio mérito – o que confere novo fôlego à teoria da asserção.

Por fim, infere-se que a exemplo do diploma processual atual, o projeto adota a teoria da ação como direito abstrato e, neste ponto, é incisivo, à proporção que reconhece que a sentença de carência de condições do julgamento de mérito tem aptidão para a coisa julgada material.

7. Bibliografia

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Tratado de Direito Processual Civil, v. 1, 5ª ed. São Paulo: RT, 1990.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil, 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 do CPC *in* Revista de Processo nº 57. São Paulo: RT, 1990.

_____. Sobre os pressupostos processuais *in* Temas de Direito Processual Civil: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação *in* Justitia nº 156. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo e Associação Paulista do Ministério Público, 1991.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- BÜLOW, Oskar von. La teoria de das excepciones dilatórias y los presupuestos procesales; trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.
- BUZAID, Alfredo. A ação declaratória no direito brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. Do Mandando de Segurança, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. Do Despacho Saneador *in* Estudos de Direito, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1, 2º ed.; trad.: Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica *in* Revista de Direito Processual Civil, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1961.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior *in* Revista de Processo nº 197. São Paulo: RT, 2011.
- CARNELUTTI, Franceso. Instituciones del Proceso Civil, v. 1; trad.: Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, s/a.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Lezioni sul processo civile, v. 1, 4º ed. Bologna: Mulino, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao Projeto do Novo Código de Processo Civil *in* Revista de Processo nº 197. São Paulo: RT, 2011.
- _____. Um réquiem às condições da ação *in* Revista Forense nº 351. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- _____. Fundamentos de Processo Civil Moderno, tomo I, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa *in* Revista de Processo nº 58. São Paulo: RT, 1990.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da Ação. São Paulo: RT, 2000.
- GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, v. 1, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HENNING, Fernando Alberto Corrêa. Ação Concreta. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile *in* Problemi del Processo Civile. Milão: Morano, 1962.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, v. 1, 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Conexidade e Efetividade Processual. São Paulo: RT, 2007.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Processal Civil, tomo I; trad.: Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1995.
- SHIMURA, Sérgio. Título Executivo. São Paulo: Saraiva, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa *in* Revista de Processo nº 17. São Paulo: RT.
- _____. Processo de Conhecimento, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1998.