

SERÁ O FIM DA CATEGORIA "CONDIÇÃO DA AÇÃO"? UMA RESPOSTA A FREDIE DIDIER JUNIOR

Revista de Processo | vol. 197/2011 | p. 261 - 269 | Jul / 2011
DTR\2011\1801

Alexandre Freitas Câmara

Professor de Direito Processual Civil da Emerj. Membro do IBDP, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Desembargador no TJRJ.

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O autor discorre sobre o modo como o Código de Processo Civil projetado teria tratado as condições da ação. Entende que teria desaparecido a possibilidade jurídica do pedido e teriam sido mantidas as outras.

Palavras-chave: Projeto de Código de Processo Civil - Condições da ação - Possibilidade jurídica do pedido - Mérito - Legitimidade - Interesse de agir.

Abstract: The author examines the way in which the proposed new Code of Civil Procedure deals with the conditions of lawsuits. It is his understanding that the juridical possibility of the petition has disappeared, whilst other possibilities have been maintained.

Keywords: Proposed new Code of Civil Procedure - Conditions of lawsuits - Juridical possibility of the petition - Merit - Legitimacy - Interest in acting.

Sumário: 1. Introdução – 2. A opinião de Fredie Didier Junior: brevíssima síntese – 3. Minha visão sobre o fenômeno: o silêncio sobre a possibilidade jurídica – 4. Minha visão sobre o fenômeno: a subsistência das “condições da ação” como categoria autônoma – 5. Conclusão.

Sumário:

1. Introdução - 2. A OPINIÃO DE FREDIE DIDIER JUNIOR: BREVÍSSIMA SÍNTESE - 3. MINHA VISÃO SOBRE O FENÔMENO: O SILÊNCIO SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA - 4. MINHA VISÃO SOBRE O FENÔMENO: A SUBSISTÊNCIA DAS “CONDIÇÕES DA AÇÃO” COMO CATEGORIA AUTÔNOMA - 5. CONCLUSÃO

1. Introdução

Recebi recentemente, por meio eletrônico, um pequeno (em extensão, apenas) artigo escrito pelo meu querido amigo Fredie Didier Junior, um dos mais notáveis processualistas da nova geração brasileira, a respeito do tratamento que, em sua visão, teria sido dado às “condições da ação” no projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (PLC 8.046/2010).¹ A visão que tenho deste fenômeno processual e do modo como ele é tratado no referido projeto é bastante diferente da manifestada pelo professor baiano. Daí a necessidade de iniciar este diálogo, buscando contribuir para o esclarecimento do tema, o que se mostra relevante diante da iminência da aprovação do projeto.

2. A OPINIÃO DE FREDIE DIDIER JUNIOR: BREVÍSSIMA SÍNTESE

Sustenta Fredie Didier Junior que o projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) teria adotado uma postura que classifica como “intermediária” entre os que defendem a ideia de que nada deveria ser alterado quanto a este ponto e os que sustentam a necessidade de proscrição do conceito de “condições da ação”. Afirmo o jurista da Bahia que o silêncio do projeto acerca da “possibilidade jurídica” levaria a que se passasse a tratar desta como questão atinente ao mérito da causa (o que, segundo Didier, seria entendimento “praticamente unânime”). Em outros termos, segundo ele, a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (e, claro, a partir da premissa de que ele virá a ser aprovado com o texto que hoje está sob consideração da Câmara dos Deputados, já tendo sido aprovado pelo Senado Federal), a sentença que reconhecer a impossibilidade jurídica será uma sentença de improcedência da demanda do autor.

Ainda segundo Didier, haveria uma segunda modificação proposta, até “mais importante”. É que o texto do projeto não usa a expressão “condição da ação”. Por conta disso, sempre segundo o professor da Bahia, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passariam a ser compreendidos como parte integrante dos pressupostos processuais. Conforme sua respeitável opinião, o interesse de agir deverá passar a ser tratado como “pressuposto de validade objetivo intrínseco”, e a legitimidade como “pressuposto de validade subjetivo relativo às partes”. Sustenta, ainda, Didier que o projeto poderia ter

avanzado ainda mais, e que é possível sustentar que apenas a legitimidade extraordinária estaria inserida entre os pressupostos processuais de validade. Segundo o professor da UFBA, a falta de legitimidade ordinária levaria a uma sentença de mérito, de rejeição da demanda, já que a falta de legitimidade ordinária equivaleria à ausência de titularidade do direito afirmado, razão pela qual deverá ser tratada como “pressuposto para o acolhimento da pretensão”.

Fredie Didier Junior encerra seu trabalho manifestando seu sincero elogio ao projeto.

3. MINHA VISÃO SOBRE O FENÔMENO: O SILÊNCIO SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA

Devo dizer, em primeiro lugar, que concordo com o Prof. Didier com o elogio feito à eliminação da possibilidade jurídica como categoria autônoma. Já no primeiro artigo que publiquei, sustentava a necessidade de se modificar o tratamento dado a esta categoria, que não deveria ser considerada uma “condição da ação” autônoma.² Discordo, porém, do Prof. Didier quando este sustenta que a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) a sentença que reconhece a impossibilidade jurídica deverá passar a ser tratada como uma sentença de improcedência da demanda.

É que, a meu juízo, a ausência de possibilidade jurídica é, na verdade, um caso de falta de interesse de agir. Afinal, aquele que vai a juízo em busca de algo proibido aprioristicamente pelo ordenamento jurídico postula, a rigor, uma providência jurisdicional que não lhe pode trazer qualquer utilidade. E isto nada mais é do que ausência de interesse de agir.³

A rigor, a absorção da possibilidade jurídica pelo interesse de agir nada mais é do que a aceitação da última versão do entendimento de Liebman – notoriamente o criador da ideia de que as “condições da ação” devem ser tratadas como categoria independente do mérito e dos pressupostos processuais” – que nas últimas edições de sua obra deixou de sustentar a tese de que seriam três estas “condições”.⁴ Sobre o ponto, vale transcrever breve trecho da obra de Liebman:⁵

“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)”.

A ideia de que a possibilidade jurídica deve ser tida como elemento integrante do interesse de agir não é estranha aos processualistas que já começam a tratar do projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Assim, por exemplo, os Professores Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Júnior, ensinam que o projeto “elencas apenas duas condições da ação: legitimidade *ad causam* e interesse processual, restando assim extinta a possibilidade jurídica do pedido caso aprovada a proposta”. E prosseguem estes processualistas dizendo que foi “acolhida a crítica da doutrina, já que a condição da ação possibilidade jurídica do pedido, a nosso ver, está mesmo incluída no interesse processual”.⁶

A afirmação de que com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (e, claro, a se partir da premissa de que o mesmo será aprovado – quanto ao ponto de que aqui se trata – com o texto que o Senado Federal aprovou) a possibilidade jurídica passará a ser elemento integrante do interesse de agir põe-se em conformidade com a conhecida *teoria da asserção*, nome usualmente dado à técnica adotada para exame das “condições da ação”, distinguindo-as do mérito da causa. Aceita a ideia segundo a qual as “condições da ação” devem ser examinadas *in statu assertionis*, isto é, apenas com base nas alegações produzidas pelo demandante na petição inicial (sendo de mérito a decisão que, pelo exame da prova, verifica se tais alegações são ou não verídicas), não há como aceitar-se (com todas as vênias devidas ao Prof. Fredie Didier Junior e a quantos mais com ele concordem) que a impossibilidade jurídica equivaleria à improcedência da demanda. Basta pensar no caso de alguém ir a juízo postular a prisão por dívida de alguém que não pagou o aluguel de um imóvel. Trata-se de caso em que, pela mera leitura das asserções contidas na inicial, chega-se à conclusão de que a providência jurisdicional postulada não pode, em hipótese alguma, solucionar a crise jurídica deduzida pelo demandante em sua petição inicial. Ora, se a decisão (que reconhece esta impossibilidade) é proferida com base na cognição que se exerce apenas sobre as alegações contidas na petição inicial, está-se diante de uma decisão sobre “condições da ação”, e não sobre o mérito da causa.

4. MINHA VISÃO SOBRE O FENÔMENO: A SUBSISTÊNCIA DAS “CONDIÇÕES DA AÇÃO” COMO CATEGORIA AUTÔNOMA

A outra questão sobre a qual manifesto aqui minha divergência em relação às ideias do Prof. Fredie Didier Junior diz respeito à absorção – por ele sustentada – das “condições da ação” pelos pressupostos

processuais. Tenho para mim que a distinção entre as duas categorias permanece justificável, ainda que o projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) não use nem a expressão “condição da ação”, nem nenhuma outra a ela vinculada (como, por exemplo, seria a expressão “carência de ação”, que tampouco aparece no projeto).

Devo dizer, em primeiro lugar, que estou de acordo com Didier quando ele afirma serem apenas dois os exames que devem ser feitos pelo juiz: o da admissibilidade e o do mérito. Isto não significa, porém, que todas as questões atinentes à admissibilidade (e o mesmo se poderia dizer acerca das questões sobre o mérito) tenham a mesma natureza, ou integram a mesma categoria jurídica.

Para que se possa prover sobre o mérito, é preciso que o Estado-juiz verifique a presença de uma série de requisitos, os quais poderiam, genericamente, ser chamados de “requisitos de admissibilidade do provimento de mérito”.

Proposta semelhante já há muito tempo foi feita em nobre sede doutrinária. Veja-se o que, a respeito, disse Alfredo Buzaid: ⁷

“Para que o juiz possa chegar ao termo último da ação e proferir sentença definitiva, é preciso que concorram, na formação e desenvolvimento do processo, várias condições, que denominamos de *condições de admissibilidade do julgamento da lide*. Com esta expressão designamos todas as condições necessárias para que o juiz possa conhecer do mérito da causa e decidir o conflito de interesse, dando razão a uma das partes e negando-a à outra. Não são condições de uma sentença qualquer, mas sim condições de uma sentença de mérito. Pode-se dividir, pois, todo o material que se apresenta ao conhecimento do Juiz em duas categorias fundamentais: de um lado, a lide; do outro lado, as condições de admissibilidade da lide. Concorrendo estas condições, o juiz julgará a lide; mas faltando alguma delas, o juiz proferirá uma sentença que implica a terminação do processo, sem lhe resolver o mérito. Estas condições de admissibilidade do julgamento da lide são variadas, heterogêneas e independentes entre si”.

E, mais adiante, prossegue o grande jurista afirmando que:

“Não basta, para que seja decidida a lide, que o processo se tenha constituído e se tenha desenvolvido validamente. As partes podem estar regularmente representadas e o juiz ser competente. Pode não ter ocorrido nenhum motivo que autorize a absolvição da instância. Mas tudo isso ainda não habilita o juiz a dar ingresso no conhecimento do mérito. É que, além dos requisitos concernentes à validade do processo e à inexistência de impedimentos, deve o juiz verificar se concorrem as *condições de admissibilidade da ação*. A ação pode ser inadmissível, por lhe faltar qualquer de suas condições, ainda que o processo seja regular e válido”. ⁸

O fato de serem os pressupostos processuais e as “condições da ação” requisitos necessários à emissão de um provimento de mérito não retira desta categoria a heterogeneidade que sempre se lhes reconheceu. E isto porque, embora ligados ambos à admissibilidade do provimento de mérito, dizem eles respeito a distintos institutos da teoria do direito processual.

Com todas as vênias, pretender incorporar aos pressupostos processuais a categoria das “condições da ação” só poderá ser admitido a partir do momento em que se parar de distinguir os próprios fenômenos da ação e do processo.

É certo que na doutrina alemã, por exemplo, não se faz esta distinção entre as “condições da ação” e os pressupostos processuais. ⁹ Mas é preciso examinar esta concepção de forma mais ampla. Isto porque a doutrina alemã mais moderna, de um modo geral, não faz qualquer alusão à ação como instituto fundamental autônomo do direito processual. Veja-se, por exemplo, o *inteiro teor* do item destinado a tratar da “natureza e forma de ação” da obra de Jauernig: ¹⁰

“A ação põe o processo em movimento: onde não houver autor não há juiz, sem ação não há processo civil. Ela é a sua essência, de acordo com o pedido de concessão de proteção jurídica na forma duma sentença. Por isso, a ação dirige-se, em primeira linha, ao tribunal. Só em segunda linha se dirige ao réu; a este tem de ser participado que o autor apelou ao tribunal e o que pede com a ação. Ao réu tem de ser concedida, nomeadamente, audiência judicial antes da decisão do tribunal. Para isso, deve ter a possibilidade de conhecer a ação e tomar posição sobre ela.

Da sua natureza resulta o *fim da ação*. Em primeiro lugar, tem de determinar o tribunal que deve conceder a proteção jurídica e, seguidamente, ambas as partes: o autor, que pede a proteção jurídica, e o réu, contra quem a pede. Por fim, tem de definir o objeto do litígio e fornecer os fundamentos sobre que se estruturam o julgamento e a decisão; o tribunal tem de saber o que deve decidir, o réu, que decisão se pede”.

Embora não o diga com estas palavras, fica claro que para o moderníssimo processualista alemão citado a ação é um pressuposto processual de existência. ¹¹ E se a ação não é tratada como um

instituto autônomo, mas como mero pressuposto de existência do processo, então não haveria mesmo qualquer razão para distinguir-se as “condições da ação” dos pressupostos processuais de validade.

De outro lado, porém, os autores que tratam da ação como a maior parte da doutrina brasileira o faz, considerando-a um dos institutos fundamentais do direito processual, figura distinta do processo, reconhecem a existência de requisitos a ela ligados (as “condições da ação”). Assim, por exemplo, na doutrina francesa, falam Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland em *conditions d'existence de l'action*, as quais – segundo os eminentes processualistas franceses – seriam o interesse de agir (sempre necessário para a existência da ação) e a legitimidade (exigida às vezes).¹² Também é isto que se tem na moderna doutrina italiana. Para os processualistas peninsulares contemporâneos, que tratam da ação como instituto fundamental do direito processual, distinto do processo, é legítimo falar-se em “condições da ação”, que devem ser tidas como requisitos intrínsecos da demanda, aos quais se subordina a pronúncia sobre o mérito: interesse de agir e legitimidade para agir.¹³

Vale registrar, aliás, que Comoglio, Ferri e Taruffo são expressos em distinguir as “condições da ação” dos pressupostos processuais, com as seguintes palavras, lançadas quando se trata da extinção do processo por ausência de alguma das referidas “condições”:¹⁴

“Não se trata, portanto, de um mero *pronunciamento processual*, como acontece com a verificação negativa dos ‘pressupostos processuais’, mas se trata de uma decisão que tem por objeto o que os práticos definem como *mérito em sentido amplo*, conectando-se, de qualquer modo, ao *intrínseco* da demanda (ou, se se preferir, à *maneira* pela qual esta é proposta e quanto ao que nela se pede). *Tal pronúncia, coerentemente, como já se acenava, é suscetível de adquirir a autoridade de coisa julgada material*, tornando-se firme entre as partes (seus herdeiros e sucessores) no sentido do art. 2.909 CC. Mas se tenha presente que – a diferença dos ‘pressupostos’, cuja inexistência vicia *ex tunc* a válida instauração da relação processual, ressalvada a eventual possibilidade de ‘regularização’ ou de ‘sanatória’ por fato posterior – estas *condições da demanda*, embora faltantes no momento em que a demanda é proposta, podem validamente sobrevir no curso do processo, devendo subsistir quando menos no momento em que a controvérsia venha a ser decidida. Estas, portanto, se comportam funcionalmente como *condições de admissibilidade* da pronúncia sobre o assim chamado *mérito em sentido estrito* (ou seja, sobre o fundamento intrínseco da demanda proposta)”.

Observe-se, aqui, um detalhe interessante: os processualistas italianos citados afirmam que as “condições da ação”, embora não integrem o mérito *stricto sensu*, inserem-se no que poderia ser chamado de mérito *lato sensu*, e a sentença que pronuncie sua ausência é apta a alcançar a autoridade de coisa julgada material.¹⁵ Ao que parece, o projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) teria aderido a esta ideia, como se pode ver pelo disposto no seu art. 473, § 1.º. Mas esta não é questão a ser enfrentada neste pequeno ensaio, em que se busca verificar se as “condições da ação” subsistem como categoria autônoma no projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5), e nada mais.

A doutrina brasileira – e isto sequer precisa ser demonstrado, dada a notoriedade do ponto – sempre tratou a ação como um dos institutos fundamentais do direito processual, autônomo e distinto do processo. Consequência disto é a necessidade de distinguirem-se as “condições da ação”, que a esta (e a seu exercício) dizem respeito e os pressupostos processuais, requisitos de existência e validade do processo (e só deste).

Daí não se extraia, porém, a impossibilidade de se incluírem esses dois fenômenos em uma categoria mais ampla, a dos requisitos para o pronunciamento de mérito. E isto porque tanto a ausência de pressuposto processual como a falta de “condição da ação” impedirá o Estado-juiz de prover sobre o mérito da causa (isto é, sobre o objeto do processo).

5. CONCLUSÃO

Concluo este brevíssimo ensaio com um elogio e um agradecimento. O elogio é dirigido ao projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5), que não eliminou a categoria conhecida como das “condições da ação” mas, ao contrário, aperfeiçoou seu tratamento (ao fazer desaparecer a possibilidade jurídica como “condição” autônoma). E o agradecimento é dirigido ao meu querido amigo Fredie Didier Junior, que me estimulou a voltar a refletir sobre este tema, e me permitiu suscitar esta polêmica, tão amistosa, e que nos remete a momentos tão marcantes da evolução da ciência processual.

1 Fredie Didier Junior, Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5), gentilmente cedido em arquivo eletrônico pelo autor.

2 Alexandre Freitas Câmara, *Condições da ação?* In: _____. *Escritos de direito processual – Primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 67-68. Trata-se de artigo publicado originariamente em 1992.

3 Assim sempre me manifestei em sede doutrinária. Veja-se, como exemplo desta afirmação, o que vai em Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, vol. I, p. 121-122.

4 Merece destaque a seguinte afirmação do mestre italiano: “Le condizioni dell’azione poco fa menzionate, sono l’interesse ad agire e la legittimazione” (Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 5. ed. Milão: Giuffrè, 1992, vol.1, p. 144).

5 Idem, p. 145-146. É minha a tradução livre do original.

6 Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Júnior, *Um novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) para o Brasil*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2010, p. 156.

7 Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 115-116.

8 Idem, p. 122.

9 Assim, por exemplo, Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, Trad. Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, t. II, p. 58-64; Othmar Jauernig, *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 182. Este último autor, aliás, expressamente inclui entre os pressupostos processuais a legitimidade (ob. cit., p. 183) e o interesse (ob. cit., p. 184).

10 Jauernig, ob. cit., p. 219.

11 Registro, porém, por fidelidade à obra do eminente Prof. de Heidelberg, que para ele só são pressupostos processuais os requisitos de admissibilidade da decisão de mérito que o juiz possa conhecer de ofício (Jauernig, ob. cit., p. 182).

12 Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland, *Manuel de droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: LexisNexis, 2006, p. 217-218.

13 Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006, vol. I, p. 240-241.

14 Idem, ibidem. São meus os grifos.

15 Como se pode ver no trecho grifado acima transcrito.