



REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A TEORIA ECLÉTICA DE LIEBMAN

CRITICAL REFLECTIONS ABOUT LIEBMAN'S ECLECTIC THEORY

Cirilo Augusto Vargas¹, Defensor Público do Estado de Minas Gerais, pós-graduado em Direito Processual pela PUC-Minas, ex-integrante do Projeto de Apoio ao Fortalecimento do Sistema de Justiça de Timor Leste (PNUD).

RESUMO: Analisamos, através do presente trabalho, a possibilidade de adequação da teoria eclética de Enrico Tullio Liebman ao parâmetro constitucional do devido processo legal, tomando-se como base o direito de ação e a pretendida separação entre mérito e as denominadas “condições da ação”.

Palavras chaves: Estado democrático de Direito – teoria eclética – direito de ação — mérito processual – condições da ação.

ABSTRACT: We analyze, through this work, the possibility of adequacy of Enrico Tullio Liebman's eclectic theory to the constitutional parameter of due process, taking as basis the right of action and the desired separation between merit and so-called "conditions of action".

Keywords: Democratic state of law - eclectic theory - right of action - procedural merit - conditions of action.

1 – INTRODUÇÃO

Na década de 1990, Celso Agrícola Barbi (1998, p. 23) afirmou sobre a teoria eclética que “*a construção de Liebman, apesar de sua engenhosidade, não resiste a uma análise mais aprofundada.*” O presente trabalho constitui um estudo crítico da teoria italiana adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, direcionado à análise das condições da ação, verdadeiros obstáculos legais para acesso à jurisdição.

Nesta pesquisa, investigamos sobre os conceitos tradicionais de mérito e ação, natureza jurídica das condições da ação e o momento apropriado para apreciá-las. E ainda,

¹ Defensor Público do Estado de Minas Gerais, pós-graduado em Direito Processual pela PUC-Minas, ex-integrante do Projeto de Apoio ao Fortalecimento do Sistema de Justiça de Timor Leste (PNUD).

sobre a vantagem na manutenção de um duplo juízo de admissibilidade formal, composto pelos pressupostos processuais e as condições da ação.²

2 – AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DO CONCEITO DE MÉRITO

Sobre o significado de mérito, a divergência não é apenas doutrinária, mas também legislativa. Conforme ressalta José Marcos Rodrigues Vieira (1998, p. 92), “o legislador brasileiro teve extremo cuidado ao evitar definir o mérito.” Para ele, nosso CPC oferece duas idéias sobre mérito: a de *pedido* (no art. 330, sob a epígrafe de *lide*, no julgamento antecipado) e a de *direito material* (pela exclusão das preliminares, segundo o art. 301). A rigor, portanto, são três as idéias de mérito fornecidas pelo Código: pedido, lide e direito material. A doutrina apresenta ainda diversos conceitos distintos de mérito.³

Dentre os processualistas pesquisados, quem desenvolveu o mais coerente raciocínio para formulação do conceito de mérito foi Marcelo Cunha de Araújo. Segundo ele (ARAÚJO, 2001, p. 186), mérito é a situação jurídica criada pelo autor em torno do pedido, situação esta que constitui *representação do conflito de interesses extraprocessual* (relação jurídica externa). O aspecto volitivo desta situação jurídica é o pedido e o aspecto subjetivo são as partes, limitadas pelo pedido.

O referido conceito é preciso, pois não restringe o significado de mérito ao pedido mediato (*res in iudicium deducta*) e o relaciona com o *Princípio da Tríplice Identidade*, ou seja, aos três elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido). A crítica que pode ser feita a ele deriva da mesma repreensão de certos estudiosos ao conceito carneluttiano de mérito. Para Enrico Tullio Liebman, o conflito “pode não estar inteiramente reproduzido no processo”

² José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 83) ensina que “Na perspectiva da lei brasileira, são dois os planos preliminares que a cognição judicial tem de atravessar para atingir seu alvo final, o mérito da causa. E pode-se considerar definitivamente incorporada à nossa tradição doutrinária essa distribuição, em *três patamares sucessivos, da matéria sujeita ao exame do juiz.*”

³ Para que se tenha a dimensão da controvérsia que envolve o assunto, encontra-se mérito definido como: “relação jurídica substancial sobre que incidirá o provimento do juiz” (BEDAQUE, 1991, p. 48 e CALMON DE PASSOS, 1998, p. 219), “pedido” (LOPES DA COSTA, 1959, p. 52 e PAIXÃO JÚNIOR, 2002, p. 243), “pedido mediato” (LEAL, 1999, p. 114), “propriedade de o pedido do autor conformar-se ou não com o direito” (LACERDA, 1990, p. 83), “pretensão processual do autor a uma tutela jurídica do Estado que resolva a situação jurídica por ele lamentada” (COSTA, 2005, p. 179), “direito substancial” (FAGUNDES citado por LACERDA, 1990, p. 82), “objeto do processo, definido pelos três elementos que identificam a ação” (ÉRIX, 1990, p. 41), “direito objetivo e ação de direito material” (ARENHART, 2003, p. 54).

e, para Piero Calamandrei, “a lide não é essencial ao processo, na medida em que este pode ser necessário.” (BEDAQUE, 1991, p. 59).⁴

Os vários conceitos de mérito transcritos, apesar de destoantes, possuem um traço comum: a menção, ao menos de forma indireta, à relação jurídica que se estabelece no âmbito externo do processo, composta por três elementos (partes, fato jurídico e objeto). Relação, portanto, *pré-processual*, de *direito material*. A partir da análise dos elementos dessa relação extraprocessual, desenvolveremos nosso estudo sobre a natureza jurídica das condições da ação.

3 – A TEORIA ECLÉTICA DE LIEBMAN E O DIREITO DE AÇÃO

Para compreender o direito constitucional de ação⁵ é necessário verificar o conteúdo das teorias concreta, abstrata e eclética, cada uma delas fruto de desenvolvimento histórico da ciência jurídica, com maior ou menor aproximação do direito material ao direito de deflagrar a atividade judiciária.

A primeira teoria, de cunho privado, sustenta-se na idéia de ação como direito concreto, ou seja, somente *cabível a quem tem razão* (titular do direito material afirmado). Define-se, portanto, como direito à obtenção uma sentença favorável. A teoria abstrata afasta o direito de ação do direito material e o define como direito ao pronunciamento jurisdicional, independentemente do seu conteúdo, favorável ou não (*equipara direito de ação ao direito de petição*).

Visando conciliar os argumentos lançados pelos defensores das teorias abstrata e concreta, Liebman formulou a denominada teoria eclética, consagrando as condições da ação como uma *zona comum entre os planos processual e material*, um “filtro”, impedindo o acesso à jurisdição, quando faltassem requisitos legais indispensáveis para o alcance de

⁴ O professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 82), em minucioso estudo sobre a função jurisdicional, desmistifica a idéia segundo a qual a jurisdição consiste tão somente numa forma de resolução de conflitos surgidos entre pessoas, apontando como exemplos a função jurisdicional para aplicação de pena e a jurisdição voluntária.

⁵ O conceito de ação não está imune a controvérsias. Celso Barbi (1998, p. 17) chegou a asseverar que “*iniciada a divergência há um século, não se harmonizaram os doutrinadores sobre o que seja ação.*”

resultados satisfatórios (importante salientar que a *sentença de carência não teria para o professor italiano natureza jurisdicional*) (GOMES; SILVA, 2002, p. 116-117).⁶

Tal formulação, segundo informa Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 77), poderia distinguir ‘direito de petição’, amplamente assegurado aos cidadãos em face do Estado, de ‘direito de ação’, cujo exercício se submeteria a requisitos, sem os quais a provocação da atividade jurisdicional estaria obstada. Em suma, a teoria eclética surgiu como uma “*mitigação do direito, abstratamente assegurado a todos, à provocação da jurisdição*”. (OLIVEIRA, 2004, p. 77).

Liebman argumentou, num primeiro momento, que a aferição das condições da ação dependeria sempre de instrução processual⁷, ou seja, não poderia ocorrer mediante cognição sumária (WATANABE, 1987, p. 63)⁸ O célebre processualista italiano não admitiu, no início, a análise hipotética dos requisitos para exercício da jurisdição. Sustentou que sua apuração deveria ocorrer *in concreto*.⁹

A doutrina brasileira, para sustentar esse raciocínio, passou a distinguir duas modalidades de ação: uma delas considerada abstratamente e outra tida como “*ação exercida*”, que seria a ação “concretizada pela demanda da tutela jurídica processual.” Em função desta última é que foram concebidas as condições da ação (WATANABE, 1987, p. 55)¹⁰

Como a doutrina eclética foi elaborada para mitigar a suposta *liberdade exagerada de acesso à jurisdição* decorrente da teoria abstrata, natural que desenvolvesse um

⁶ Para Liebman, a decisão de carência de ação *não teria natureza jurisdicional*, o que, além de reduzir o campo de atuação judicial, levaria à necessidade de criação de nova atividade estatal, paralela às três existentes (executiva, legislativa e judiciária) (GOMES; SILVA, 2002, p. 116). Elaborou-se, como é possível perceber, um artifício inidôneo, do ponto de vista constitucional, para obter economia.

⁷ Conforme será demonstrado no item nº 5 desta pesquisa, Liebman mudou seu posicionamento quanto à etapa procedimental de verificação da presença das condições da ação.

⁸ Watanabe (1987, p. 55) ressalta que “*a teoria eclética da ação, como vimos, liga as condições da ação à situação de fato afirmada e comprovada no processo, após a instrução e a avaliação das provas, e não in statu assertionis.*”

⁹ Posição defendida atualmente, de forma minoritária, por Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 316).

¹⁰ O professor Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 138) anota que Liebman fazia o corte entre o genérico “poder de agir em juízo”, uma garantia constitucionalmente instituída, e o direito de ação, “direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo”, delineado no art. 24 da Constituição italiana, e caracterizado na norma infraconstitucional.

óbice ao exercício do direito de ação. Entretanto, foi preciso vislumbrar um “segundo direito de ação”, apto a legitimar o condicionamento do seu exercício.

Esta nos parece, com o merecido respeito, uma construção doutrinária que em nada contribui para o avanço da ciência processual.

Difícil negar que a ciência jurídica avança para facilitação do gozo de prerrogativas fundamentais, e não o contrário. Há evidente retrocesso jurídico quando o Estado, ao invés de endossar a (louvável) separação entre direito de ação e direito material (afirmada pela teoria abstrata), caminha no sentido oposto, repudiando essa histórica conquista.

Atento à referida distinção conceitual, incidente sobre o mesmo instituto (direito de ação), o professor Rosemiro Pereira Leal (1999, p.143) explica que há um direito de ação, entendido como “direito de movimentar a jurisdição”, constituindo um direito-garantia constitucional (art. 5º, XXXV) incondicionado. Essa prerrogativa é equivocadamente reproduzida, em nível infraconstitucional, por interpretação do art. 3º do CPC, que preceitua que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

Aquilo que é denominado “ação exercida” por Watanabe, configura, na realidade, *procedimento*, “cuja formação e desenvolvimento válido e regular dependerão de cumprimento de pressupostos e requisitos condicionantes endoprocessuais e não o direito de ação que tem fonte constitucional incondicionada.” (LEAL, 1999, p.143).¹¹

Se o devido processo constitucionalizado deve ser compreendido como “espaço institucional argumentativo de testabilidade procedimental infinita e comprobatória da validade dos conteúdos da legalidade vigente” (LEAL, 2002, p. 35), o meio de deflagrá-lo perante um órgão jurisdicional, que é o exercício do direito de ação, não pode estar, como

¹¹ Perfeita, portanto, a observação de Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 142): “As condições fixadas pelo art. 3º do Código são condições que só poderiam ser *apreciadas após a instalação do processo, e assim só podem se tornar questões intraprocessuais. A instauração do processo não depende delas, e nem mesmo podem elas existir antes do processo.*”

defendem alguns, “necessariamente vinculado a uma situação da vida, de direito material.” (BEDAQUE, 2006, p. 82).¹²

Parece claro, portanto, que a técnica de estabelecer condições prévias para o exercício do direito fundamental de acesso à jurisdição segue na contramão do movimento doutrinário que busca aprimorar o sistema processual, “defendendo o alargamento da via de acesso ao Judiciário nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo.” (VARGAS, 2002, p. 149). Pensar o contrário significa admitir que a teoria imanentista do direito de ação (de cunho essencialmente privado), consagrada no art. 75 do vetusto Código Civil de 1916¹³ ainda encontra amparo em nosso sistema jurídico.

4 – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O MÉRITO

José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 199) reconhece como “conquista irreversível da moderna ciência do processo a distinção entre o mérito da causa e as chamadas ‘condições da ação’.” Machado Guimarães (1969, p. 96), discípulo direto de Liebman, sustenta que “a carência de ação nada tem a ver com a eventual inexistência do direito subjetivo afirmado pelo autor (hipótese de improcedência da ação).”

Ousamos discordar de tais entendimentos, em que pese nossa sincera admiração pelos referidos mestres. Afora a imprecisão terminológica da expressão “condições da ação”, incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), outras críticas fazem-se pertinentes.

Como um segundo requisito formal de admissibilidade do processo (ao lado dos pressupostos processuais de existência e validade), as condições da ação foram inicialmente

¹² Em outra oportunidade, Bedaque (1991, p. 52) afirmou que desvincular o direito de ação da relação substancial “significa tomar a ação como instituto vazio, não dotado de instrumentalidade.” Posição semelhante adota Arenhart (2003, p. 30) e Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 115-116). Este último autor defende o resgate da teoria imanentista do direito de ação, “com sonoridades modernas”. Remetemos o leitor à explicação fornecida por Aroldo Plínio Gonçalves sobre o problema. Segundo ele (2001, p. 157-158), “pelo Código de Processo Civil brasileiro, está visto que a situação de direito substancial não constitui pressuposto para a instalação do processo.”

¹³ Eis a redação do art. 75 do antigo Código Civil brasileiro: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.”

concebidas como um filtro, um *meio de demarcar o que era ou não atividade jurisdicional*. (GOMES; SILVA, 2002, p. 116)

São três as condições da ação no Processo Civil: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.¹⁴

A legitimidade diz respeito à compatibilidade existente entre a situação da parte na relação processual e a sua situação na relação jurídica externa (o exequente de uma nota promissória deve ser titular do crédito representado no título).¹⁵

Possibilidade jurídica do pedido significa a inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que torne inviável o pedido (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 223) (*pedido como aspecto volitivo da representação do conflito de interesses extraprocessual*). Nosso Código Civil proíbe a cobrança de dívida decorrente de jogo ou aposta, no seu art. 814.

É fato digno de menção que Liebman, em 1970, ao publicar a 3ª edição do seu *Manuale*, afastou esse requisito como condição da ação, pelo menos no que concerne à realidade jurídica italiana. Seu exemplo de impossibilidade jurídica era o divórcio, que, naquele ano, foi legalizado na Itália. Passou a enquadrá-la no conceito de interesse de agir. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 222)

A terceira condição da ação, o interesse de agir, requer maior atenção. Para Lopes da Costa (1959, p. 52), “*O conceito de interesse jurídico, expresso de modo geral, é aquela utilidade que se pode tirar da atividade do órgão da jurisdição.*” A posição do saudoso processualista mineiro nos parece irretocável. A noção de interesse processual conduz sempre à verificação sobre a *vantagem obtida com a prestação jurisdicional* (realizada mediante

¹⁴ Há autores que defendem a existência de outras condições da ação, como o título executivo na ação de execução, direito líquido e certo no mandado de segurança e a justa causa no processo penal (lastro probatório mínimo para ensejar a propositura da ação). Sobre o tema, conferir (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 291).

¹⁵ Leo Rosemberg (1955, t. 1, p. 255-259) entende inapropriada a expressão “legitimação para a causa.” Para o antigo professor titular da Universidade de Munique, correto é falar em “faculdade de gestão do processo”, que configura pressuposto de procedência da demanda, do debate da causa e de sua resolução definitiva. Analisando esta concepção à luz do direito brasileiro, o legitimado para a causa é aquele que possui faculdade de “gerir o processo”, ou seja, o titular da relação jurídica controvertida.

dispêndio de recurso público e privado).¹⁶ E é justamente a situação fática objetiva ocorrida fora do processo e posteriormente transportada para seu interior (causa de pedir remota)¹⁷, revelando utilidade na intervenção do Estado, que aponta o interesse de agir.

Exposto o conteúdo das condições da ação, extraímos o seguinte: *cada uma delas é identificável com um dos elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido) que, por sua vez, constituem o reflexo processual dos elementos que compõem a relação jurídica pré-processual de direito material* (definidora do mérito, conforme salientado no item nº 2).

Fazendo, portanto, um raciocínio lógico, *não há como separar condições da ação e mérito.*

Calmon de Passos (1998, p. 217), ao discorrer sobre o problema, assevera que a *impossibilidade jurídica é uma das formas de improcedência prima facie*¹⁸ e Galeno Lacerda (1990, p. 88), em seu clássico Despacho Saneador de 1953, já sustentava que a *decisão judicial referente à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa significa julgamento do mérito do pedido*, relativamente a seus fundamentos de direito.

Quanto ao interesse jurídico, fundamento do pedido, o professor gaúcho destaca (1990, p. 88) que o mesmo deve ser amparado por lei e, *“nesse sentido, ele se confunde com a*

¹⁶ Rejeitamos a associação que se costuma fazer entre interesse e “necessidade” da prestação jurisdicional, como se esta fosse sempre a última forma de solução de um conflito (e como se necessidade fosse sinônimo de utilidade do processo), por duas razões: em primeiro lugar, nas denominadas “ações constitutivas necessárias” (v. g. ações anulatórias), na jurisdição voluntária e na ação penal, a intervenção judicial é sempre essencial, pois a finalidade só pode ser alcançada através do processo. Logo, a necessidade presume-se (o exame da necessidade está restrito somente às ações que envolvam exercício de direito a uma prestação, eis que passível de cumprimento por ato espontâneo de terceiro). Em segundo lugar, equiparar interesse a necessidade induz ao equívoco de condicionar o acesso à jurisdição ao esgotamento prévio de vias distintas, como a via administrativa. O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento segundo o qual *“Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo, equivaleria a excluir da apreciação do Judiciário uma possível lesão a direito individual, em ostensivo gravame à garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal.”* (BRASIL, Mandado de Segurança nº 23.789, voto da Ministra Ellen Gracie Northfleet, julgamento em 30-6-05). Inconstitucional, portanto, a exigência feita por certos juízos trabalhistas, condicionando o ajuizamento da reclamação à tentativa prévia de solução do conflito através das Comissões de Conciliação Prévia (art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho).

¹⁷ Em monografia específica sobre o tema, destaca-se que *“Hoje é tarefa praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente de causa de pedir. Os especialistas ainda não chegaram a um consenso, sendo que Chiovenda o tem como complexo e delicado.”* (CRUZ E TUCCI, 1993, p. 17).

¹⁸ Sobre a impossibilidade jurídica, ensina o saudoso mestre baiano (1998, p. 217) que *“O tema tem merecido a atenção de mestres do melhor quilate, todos desafiados para conseguir apresentar como problema de carência de ação o que é das mais evidentes espécies de improcedência.”*

possibilidade jurídica e a legitimação para a causa. A decisão a respeito versará sobre o mérito.” Lopes da Costa (1959, p. 52) sustenta que o interesse jurídico pressupõe uma lei que atribua a certa pessoa o bem pretendido e que a pessoa que invoca a tutela judiciária deve ser a mesma a quem a lei atribui o bem (titular do direito). Por seu turno, Calmon de Passos (1998, p. 226) ensina que “*dificilmente a falta de interesse processual ocorre desacompanhada da falta de legitimação, ou da falta de possibilidade jurídica do pedido.*”

A nosso ver, se for concebível falar em condições da ação, *todas elas se resumem numa só: interesse-utilidade*. A causa de pedir remota, representada pela situação fática que fundamenta o pedido do autor, pressupõe autorização legislativa e congruência entre a pessoa que figura na relação jurídica externa (de direito material, repita-se) e a parte na relação processual. Com isso, inexistindo possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam*, tem-se ausência de interesse de agir, pois em ambas as situações a resposta jurisdicional pretendida é inapta a proporcionar vantagem para o demandante.

Hoje, a distinção entre mérito e condições da ação só tem razão de existir porque nosso sistema é taxativo ao diferenciar os efeitos jurídicos advindos da sentença de carência e de improcedência. Celso Barbi (1998, p. 17) critica veementemente tal distinção que para ele é “*inteiramente inútil*” e “*nenhuma vantagem existe, especialmente se se comparar com os riscos que as divergências trazem.*”

Ao analisar os efeitos de uma sentença de carência, verificamos que sua eficácia supostamente “interna” gera, na verdade, coisa julgada material e não formal. Queremos dizer com isso que não é possível, por exemplo, que uma parte ilegítima corrija a irregularidade processual e entre novamente com a “mesma demanda”. Isso porque *se, por exemplo, o pólo ativo ou passivo for regularizado, tem-se demanda nova (e não a antiga demanda corrigida, conforme sustentam alguns, por interpretação do CPC)*. Modificado um dos elementos da ação (partes, causa de pedir ou pedido), obtém-se nova situação processual. Não se há falar, portanto, que somente o julgamento de improcedência impede nova discussão da mesma causa.

Sustentamos, portanto, que a teoria eclética obstou equivocadamente o acesso à jurisdição para aquele que é “carecedor de ação”, sob a justificativa de economia processual.

O equívoco mostra-se evidente quando se percebe que o processo existe para apreciar a *alegação* de lesão ou ameaça a direito, não sendo correto exigir do autor a demonstração antecedente (ou melhor, pré-processual) de titularidade do direito. Caso contrário seria despiciendo o processo de conhecimento, bastando sempre ao autor ingressar com uma ação executiva. Em outras palavras, a existência ou não do direito material (leia-se: presença ou não das condições da ação) é uma informação obtida *através do processo* (intraprocessual), que não pode servir como óbice à deflagração da ação. Para tanto, frisamos, basta a *alegação* do autor acerca do direito.

5 – A TEORIA DA ASSERÇÃO

A teoria eclética, ao condicionar a apreciação das condições da ação à prévia instrução processual, ocasionou grave inconveniente para os juízes que se viram diante da situação em que se descobre, após a instrução, faltar uma dos aludidos requisitos. Hipótese da ação reivindicatória, em que se apura *a posteriori* que o autor não é proprietário. Nesse caso, surge a dúvida: deve o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito por falta de legitimidade ativa (CPC, art. 267, VI) ou julgar improcedente o pedido porque o autor não é titular do direito material afirmado? Segundo Marinoni (1996, p. 120), “podemos dizer, sem medo de errar, que a teoria que aceita que o caso é de carência de ação está muito mais perto do concretismo do que pode imaginar.”

Atentos a esse detalhe e preocupados em se afastar da teoria concreta, propuseram vários defensores da teoria eclética (dentre eles seu próprio criador) uma nova construção jurídica: a teoria da asserção ou *teoria della prospettazione*, segundo a qual o juiz deve verificar a presença das condições da ação *in statu assertionis*, ou seja, *à luz das afirmações do autor e sua comparação com os documentos juntados* (WATANABE, 1987, p. 64).

Conseqüência prática do seu emprego é a delimitação de um momento procedimental específico para que o juiz se pronuncie sobre a carência. *Extrapolado esse limite temporal, a questão não é mais de falta de condição da ação, mas de improcedência.*

Machado Guimarães (1969, p. 102-103) relata que, em “memorável conferência pronunciada em 29 de setembro de 1949”, Liebman ensinou que todo problema pertinente às

condições da ação “*deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse.*” Esse é um dado particularmente significativo, pois demonstra que o idealizador da teoria eclética passou a adotar a chamada teoria da asserção.

Não obstante a justificativa de que esse novo método de análise das condições da ação traria economia, impedindo a continuidade de um processo manifestamente inútil (BEDAQUE, 1991, p. 51), respeitáveis estudiosos brasileiros repudiaram a *teoria della prospettazione*, justamente por reputarem inexistente qualquer separação entre as condições da ação e o mérito da causa. Fábio Gomes e Ovídio Baptista (2002, p. 127), após destacarem o “comprometimento ideológico” da teoria eclética com “um sentimento conservador e autoritário”, criticaram a posição de Liebman quanto à análise hipotética das condições da ação (teoria da asserção) pois a mesma, no caso, levaria à “desastrosa consequência de bastar ao autor da demanda mentir para adquirir o direito à jurisdição.”

Interessante contraponto crítico provém de Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 317), um discípulo direto de Liebman, porém esclarecido opositor da teoria da asserção (dedica a ela um tópico de suas *Instituições*, sob o pitoresco título de “repúdio à teoria da asserção”). Para o professor da Universidade de São Paulo, a tese de reconhecimento das condições da ação *in statu assertionis* é arbitrária e conduz a incoerências, “que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema.”

A crítica de Dinamarco deriva do entendimento de que as condições da ação são nitidamente separadas do mérito e, principalmente, de que a verificação da sua existência só pode ocorrer mediante atividade instrutória. Nunca à luz do afirmado na petição inicial (opção pela “teoria do acertamento”). O curioso desse posicionamento é que ele ressalta a desvinculação de Dinamarco de seu antigo professor e desconsidera a associação do referido raciocínio à teoria concreta do direito de ação.

À guisa de conclusão deste item, assumimos uma posição que coaduna com nosso entendimento até aqui manifestado em relação às condições da ação. Considerando inviável

separá-las do mérito (porque vinculadas à relação material externa, pré-processual), não há como concordar com um artificialismo ainda maior, que é a teoria da asserção.

Vejam os dois argumentos que reputamos essenciais: em primeiro lugar, a referida teoria foi sustentada pelo precursor da teoria eclética porque ele e seus discípulos foram surpreendidos por um inconveniente incontornável (a vinculação das condições da ação ao mérito da causa e conseqüente aproximação da teoria concretista).¹⁹

Além disso, se o objetivo da teoria da asserção é assegurar certa dose de coerência e economia processual, correto seria admitir o *juízo de improcedência prima facie* (uma espécie de julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330 do CPC), com produção de coisa julgada material, diante da falta de uma das condições da ação, raciocinando o juiz hipoteticamente acerca dos fatos narrados pelo autor na petição inicial. A decisão, passível de apelação, encerraria um processo inútil, seria definitiva, com possibilidade de ajuizamento de ação rescisória (art. 485 do CPC), proporcionando substancial benefício para o réu.²⁰

6 – BREVE NOTA SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL ALEMÃO

Os alemães, talvez pelo apurado senso de organização inerente à sua cultura, não desmembraram os requisitos formais de admissibilidade do processo. Em outras palavras, *o sistema processual germânico não prevê as condições da ação, mas tão somente os pressupostos processuais*. Segundo destaca Arenhart (2003, p. 232), “o direito alemão não conhece a categoria das condições da ação, sendo certo que ela não lhe faz falta.”

O professor da Universidade Federal do Paraná (2003, p. 232) explica que o direito processual civil alemão faz menção apenas à “necessidade de tutela” (*Rechtsschutzbedürfnis*), figura assemelhada ao interesse de agir, que naquele sistema configura um pressuposto processual.

¹⁹ Celso Barbi (1998, p. 23) faz interessante indagação: “Quando o juiz, depois de ter sido desenvolvida larga atividade jurisdicional, conclui que o autor não tem direito de ação, porque falta uma daquelas três condições, como se explica a movimentação da máquina estatal por quem não tinha o direito de ação?”

Para Rosemberg (1955, t.2, p. 11), alguém possui interesse na tutela jurídica quando esta se mostra necessária. Cita como exemplo de falta de interesse, nas ações condenatórias, a demanda temerária, ajuizada sem prova alguma e “quando o autor não tem necessidade da sentença, porque pode obter por si mesmo a prestação.”

Ao estudar o direito alemão, Teresa Arruda Alvim Wambier (citada por DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 73) esclarece que parte da doutrina designa os pressupostos processuais e as nossas condições da ação (com exceção da legitimidade) numa única expressão: “*pressupostos de sucesso da demanda*” (*Erfolgsvoraussetzungen*). Essa categoria, por sua vez, compreende os pressupostos de admissibilidade (*Zulassigkeitsvoraussetzungen*) e os pressupostos relacionados com os fundamentos da ação (*Begründetheitsvoraussetzungen*). Parecer semelhante é expendido por Barbosa Moreira (1989, p. 83), para quem o significado de pressupostos processuais, no sistema tedesco, tem amplitude maior que o do sistema brasileiro, pois abrange os requisitos a que entre nós se costuma dar o nome de condições da ação.

Acreditamos que a distinção técnica existente entre o direito brasileiro e o alemão não representa mera sutileza. Significa o repúdio a um método processual obscuro e burocrático, de “corte italiano”,²¹ cujo maior feito foi ensejar construções teóricas de escassa coesão, limitadoras do acesso à jurisdição.

A relevância do debate sobressai das palavras de Leonardo Greco (2003, p. 20), quando, ao perquirir sobre a utilidade das condições da ação, indaga: “*Será que a teoria processual não pode prescindir de instituto tão fluido e impreciso como as condições da ação? Será que os alemães não estão com a razão de incluí-las entre os pressupostos processuais?*”

7 – CONCLUSÕES

²⁰ Sustentando a possibilidade de julgamento preliminar de mérito, no caso de ausência de possibilidade jurídica do pedido, José Joaquim Calmon de Passos (1998, p. 217) e José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 98). No mesmo sentido, na hipótese de ausência manifesta de legitimidade, Kazuo Watanabe (1987, p. 61).

²¹ Expressão utilizada por José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 83).

Muito ainda há de ser estudado sobre a teoria eclética e seus desdobramentos. Não ignoramos a complexidade do assunto, assim como a necessidade de abordá-lo com cautela e precisão, porque o contrário nos levaria antes a comprometer do que esclarecer a questão. Trazemos, portanto, as conclusões que entendemos pertinentes, sem pretensão de exaurir a matéria:

1) O mérito da ação é instituto de *origem pré-processual*, vinculado à relação de direito material transportada para o âmbito do processo, sendo a mesma composta por três elementos: partes, fato jurídico e objeto;

2) *Não há como separar condições da ação e mérito* porque cada uma delas refere-se a um elemento da mencionada relação jurídica de direito material (a legitimidade *ad causam* refere-se às partes, a situação fática aponta o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido vincula-se ao objeto);

3) A teoria eclética viola o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, na medida em que exige do autor a demonstração de existência do direito material *antes de ingressar em juízo* e não por meio do processo;

4) A vinculação feita pela teoria eclética entre processo e direito material torna inexplicável, por exemplo, a existência da ação declaratória negativa, através da qual o autor dirige-se ao Estado para obter justamente uma decisão confirmatória da inexistência de relação jurídica de direito material;

5) As três condições da ação previstas em nosso ordenamento jurídico resumem-se no *interesse-utilidade* da intervenção judicial;

6) A teoria da asserção é uma construção inócua porque mantém intacta a dicotomia carência/improcedência, desprovida de sustentação lógica (*fixou apenas um limite procedimental - recebimento da petição inicial - para declaração de carência*);

7) A única utilidade aceitável das condições da ação é a de obter economia processual, através do *controle de plausibilidade do procedimento* (intraprocessual);

8) Efetiva economia seria obtida com o reconhecimento legal de que condições da ação e mérito são inseparáveis. Isso possibilitaria, por meio de uma investigação preliminar do juiz, o *juízo de improcedência prima facie*, diante da ausência de alguma delas;

9) Se admitirmos que as condições da ação não se confundem com o mérito (como faz o CPC), sua eliminação como terceira categoria (e inserção no grupo de pressupostos processuais, como fazem os alemães) apresenta-se como a melhor alternativa, já que os pressupostos processuais desempenham o papel de filtro, pretendido por Liebman, porém sem condicionar o direito de ação;

10) Uma teoria que foi objeto de várias adaptações ao longo da história, todas elas fruto de um infatigável esforço de seus defensores (incluindo seu próprio criador) em afastá-la da teoria concreta, inspira pouca credibilidade. Fato espantoso é que, não obstante todos os reparos feitos, nosso legislador adotou a fórmula italiana sem maiores ressalvas.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Mérito causal e mérito recursal: aspectos distintivos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) **Estudos continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. (Coleção temas atuais de direito processual civil, 6).

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir: indeferimento de petição inicial. In: **Temas de direito processual**: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Sobre pressupostos processuais. In: **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação. **Justitia**, São Paulo, n. 53, p. 48, out/dez. 1991.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: RT, 1993.

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

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

ÉRIX, Álvaro. Garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 659, set. 1990.

FAGUNDES, Seabra. Conceito de sentença definitiva. **Revista Forense**, v. 111, n. 527/528, maio/jun., 1947, p. 328 *apud* LACERDA Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990.

GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRECO, Leonardo. **Teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, 3.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica Universitária, 1969.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROSEMBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955. t. 1, 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar. **Direito processual ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. v. 4.
- VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 90-107, 1º sem. 1998.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 352 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Pressupostos processuais e condições da ação: O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.