PROCESSO, AÇÃO E MÉRITO – DIREITO PROCESSUAL E DIREITO MATERIAL

Darcilo Melo Costa
Procurador de Justiça aposentado

RESUMO: O presente artigo faz uma releitura do pensamento do prof. Helio Tornaghi sobre a doutrina da ação como direito abstrato e autônomo, ao desenvolver os estudos sobre o tema que ficou conhecido como trilogia básica: processo, ação e mérito.

PALAVRAS-CHAVES: Ação - processo civil - jurisdição.

ABSTRACT: The present article makes the rereading of the thought of Prof. Helio Tornaghi on the doctrine of the action as right abstract and autonomous worker, when developing the studies on the subject that was known as basic trilogy: process, action and merit.

KEY – WORDS: Action - civil action - jurisdiction.

I – TEORIA DO DIREITO DE AÇÃO. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

O processo civil, entendido como os atos que constituem a atividade jurisdicional destinada a solucionar os conflitos de interesses entre as partes, é tão antigo quanto o direito civil. O mesmo se diga do processo penal, relativamente às questões relacionadas com as infrações como definidas na lei penal. Todavia, o direito processual – civil como o penal – entendido como um sistema jurídico provido de princípios e normas próprios, distintos, conquanto conexos, dos que informam o Direito Civil, e o Direito Penal, é relativamente recente.

Os estudos de processo foram surgindo à medida que se investigavam e se aperfeiçoavam os estudos do Direito Civil e sua prática nos tribunais; constituíam a praxe forense, ficando conhecido os estudiosos da matéria como os "praxistas". Estes juristas eram os processualistas de então, com suas vistas voltadas à boa aplicação da lei civil nos tribunais, na labuta diuturna da atividade forense.

A princípio a ação era conceituada como o próprio direito "em pé de guerra"; o direito que a ação visava ser reconhecido na sentença do juiz – como alegado pelo autor, frente às resistências do réu, contra quem era dirigida a ação. Tudo era uma só coisa. Somente quando a investigação científica dos juristas foi se aprofundando; somente com o tempo, se digladiando as diversas teorias, as mentes mais esclarecidas foram percebendo que o direito de ação era uma entidade autônoma, distinta do direito que a ação visava declarar e proteger. Assim, surgia a idéia da distinção entre o direito postulado – ***res in iudicium deducta*** – a ser perseguido na sentença, através da ação – a pretensão de direito material (direito civil, comercial, penal, etc) – e o direito de ação, objeto do direito processual. Com efeito, não fosse assim, como entender-se o direito de ação nos casos em que o autor viesse a sucumbir na sentença final, quando o pedido fosse julgado improcedente?

Esta idéia de um direito de ação independente do direito material invocado no pedido – pretensão – toma corpo com a publicação por **Bernard Windescheid**, notável jurista alemão, de sua obra intitulada *A ação do direito civil romano, sob o ponto de vista do direito atual*, em 1856. A obra desencadeou famosa polêmica, visando esclarecimentos sobre a questão, suscitando críticas que foram se avolumando, partidas de vários juristas – "civilistas", quase sempre – na Alemanha e na Itália, notadamente. Dentre estes polemistas destaca-se **Theodor Muther**, ainda imbuídos, todos eles, dos estudos do direito da Roma antiga, suscitados com a notável obra de **Ihering**. A crítica de **Muther** é do ano seguinte, 1857. Partindo desta polêmica, entre aqueles dois primeiros juristas, **Oskar Bullow** escreveu, em 1868, um livro sobre os pressupostos processuais (intitulado *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, na tradução espanhola), enriquecendo, extraordinariamente, as questões suscitadas e que foi o ponto de partida para que seus continuadores chegassem aos conceitos e conclusões de hoje: ser o direito de ação distinto do direito perseguido nela, na ação. Mas ainda se estava na visão do direito concreto de ação, pois se considerava que o direito de ação somente existia se reconhecido na sentença final o pedido – a pretensão (direito material). Nesta fase também valiosa foi a contribuição de **Adolph Wach**, com o seu *Manual de Direito Processual Civil Alemão*, de 1885.

Os estudos e investigações prosseguiam com o aprimoramento dos conceitos, chegando-se, afinal, à teoria abstrata da ação (ou direito de agir), para o que contribuíram diversas obras disseminadas nos centros culturais da velha Europa, notadamente entre juristas alemães e italianos (Chiovenda, Goldschimidt, Pekelis, Liebman, Ugo Rocco, Alfredo Rocco). Finalmente, a corrente que defendia o conceito de ação como direito abstrato vem a ser predominante, para o que influíram, decisivamente, aqueles que continuaram na investigação científica do processo: **Dagenkolf** na Alemanha e **Plosz** na Hungria. Por fim, a doutrina atravessa o Atlântico e chega ao Brasil.

Aqui, salvo engano, os primeiros estudos sistemáticos de direito processual – onde assumem papel relevante questões como pressupostos processuais e condições da ação – surgiram com **Hélio Tornaghi**, em sua tese de concurso à Faculdade Nacional de Direito, em 1945, intitulada *A Relação Processual Penal*. Neste mesmo tempo, **Alfredo Buzaid** desenvolve o tema em seu *Do Agravo de Petição* (o Buzaid, relembre-se, autor do primeiro projeto de Código de Processo Civil, lá nos idos de 1962). Os estudos iniciados na referida tese de concurso são retomados pelo Prof. **Tornaghi** em *Processo Penal* (1963), desaguando nesta obra monumental as *Instituições de Processo Penal* (segunda edição, revista em 1977).

Com o propósito de difundir entre nós a doutrina da ação como direito abstrato e autônomo, o Prof. **Tornaghi** desenvolve os estudos sobre o tema que ficou conhecido como trilogia básica: processo, ação e mérito. Como se vê, aí já está incluída a questão de direito material – a pretensão ou mérito da causa. Mas antes passa a rever estudos de questões que ficaram consideradas como trinômio estrutural de direito processual – jurisdição, ação e atos processuais – paralelamente, **José Frederico Marques e Ramiro Podetti** (este último, na Argentina). Numa visão mais ampla, as atenções se voltam para todo o processo, e já agora, repetimos, se fala em processo, ação e mérito. Disse o Prof. **Tornaghi**:

"Uma coisa é, pois, o processo, atividade das partes, do juiz e de terceiros (testemunhas, peritos, escrivões, etc), que estão relacionados entre si; outra, é a ação, direito de pedir ao Estado que por seu órgão específico, o juiz, faça justiça; finalmente, outra coisa ainda é o eventual direito (pretensão) desconhecido ou lesado, cuja afirmação ou reparação se pede ao juiz. A relação processual está regulada nas leis do processo; a substantiva (ou que outro nome se lhe dê) nas leis substantivas (Código Civil, Comercial, Penal,

etc). E a ação? Em que lei deve ser disciplinada? Goldschmidt entende que existe um terceiro ramo do Direito, o Judiciário-material que regula a ação" (*Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, vol. II, págs. 326 e 327).

Este, o ensinamento da teoria geral do processo, doutrina comum ao processo civil como ao processo penal (os dois ramos do direito processual) e bem assim ao processo do trabalho.

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Escreveram **Ada Pellegrini, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco:**

> "O art. 82 do Código Civil, que dita norma de teoria geral do direito, dá como requisito para a validade do ato jurídico em geral a capacidade do agente, a licitude do objeto e a observância das exigências legais quanto à forma. Porém, desde quando se viu com clareza a relação jurídica que há no processo (relação jurídica processual), bem como a autonomia dessa relação perante a de direito material, estava aberto o caminho para se chegar também à percepção de que ela está sujeita a certos requisitos e de que esses requisitos não são os mesmos exigidos para os atos jurídicos em geral, nem para os atos privados em especial. Trata-se dos pressupostos processuais que são requisitos para a constituição de uma relação processual válida (ou seja, com viabilidade para se desenvolver regularmente – CPC art. 267, IV)" – Teoria Geral do Processo, págs. 286 e 287.

Para o Prof. **José Frederico Marques** pressupostos processuais constituem espécie do gênero "pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional", que abarca a outra espécie : as condições da ação. Trata-se de questões prévias que condicionam o exame do mérito da demanda pelo juiz. Ressalta o processualista

que o Código de Processo Civil refere-se a eles no inciso IV do art. 267, usando das expressões "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido". Todavia, este mesmo art. 267 refere-se no inciso seguinte – o V – às hipóteses de "perempção, litispendência e coisa julgada", que também são pressupostos. Continuando na análise crítica da lei, observa o mestre paulista que no inciso VII outro pressuposto é tratado, a "convenção de arbitragem". Conclui, pois, da falta de sistematização, pois leitura apressada desta disposição poderia dar a entender que os citados incisos V e VII não se referissem também aos pressupostos processuais. Das condições da ação trata o inciso VI deste mesmo art. 267.

São pressupostos processuais:

a) uma demanda dirigida ao juiz;
b) jurisdição – juiz ou tribunal investido das atribuições jurisdicionais;
c) partes com capacidade processual de estarem em juízo (*legitimatio ad processum*).

Detalhando a questão, os doutrinadores costumam classificar estes mesmos requisitos em pressupostos de existência ou de constituição e pressupostos de desenvolvimento ou validez.

São pressupostos de constituição :

1) pedido dirigido ao juiz (através da petição inicial, que formaliza a demanda – arts. 262 e 263);
2) partes capazes de estarem em juízo (arts. 7º a 13, 301, VIII) e bem assim capacidade postulatória de seus advogados (arts. 36 a 38);
3) órgão investido de jurisdição (conforme as disposições da Constituição Federal, do CPC e da lei de organização judiciária);
4) procedimento adequado ao pedido (arts. 282 e 295, V);
5) citação do réu (art. 213 a 233).

São pressupostos de desenvolvimento:

1)inexistência de perempção, litispendência, coisa julgada e convenção de arbitragem (art. 267, IV, V e VII);

2) depósito nas hipóteses previstas nos arts. 488 e 268 e cumprimento das determinações judiciais dos arts. 39, § único e 284;
3) transmissibilidade do direito postulado (se o autor alega ser herdeiro ou sucessor do titular do direito, art. 267, IX);
4) intervenção do Ministério Público (art. 82 c/c art.84).

Vistos por uma outra ótica, a doutrina ainda classifica estes citados pressupostos em objetivos e subjetivos.

Pressupostos objetivos (relativos à demanda):

1) uma demanda regularmente formalizada;
2) órgão judicial (juiz ou tribunal) investido de jurisdição;
3) procedimento adequado ao pedido;
4) citação do réu;
5) inexistência de perempção, litispendência, coisa julgada e convenção de arbitragem;
6) observância de exigências legais (arts. 488, 268, 39 e 284);
7) transmissibilidade do direito postulado;
8) intervenção do Ministério Público.

Pressupostos subjetivos (relativos ao juiz e às partes)

1) juiz competente, não impedido e não suspeito;
2) capacidade das partes – *legitimatio as processum* – e capacidade postulatória dos advogados.

Alguns dos pressupostos são peremptórios, importam em improcedência da ação – litispendência, coisa julgada, intransmissibilidade do direito, etc – trancando a ação; outros, têm caráter dilatório – dilatam ou retardam o itinerário processual. Sanada a falta, o processo prossegue.

III – CONDIÇÕES DA AÇÃO

ão espécies do gênero requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, de que constituem a outra espécie (como dito acima) os pressupostos processuais. Já agora, trata-se de requisito mais ligado ao mérito da causa (pedido ou pretensão). Com efeito, se

possível é que, não obstante faltando algum dos pressupostos, possa o pedido, uma vez sanada a falta, ser atendido pelo juiz, a falta de uma das condições da ação contamina de tal ordem a demanda, que é impossível a procedência do pedido. Tão estreitas são as relações entre as condições da ação e o mérito que alguns autores não as situam (as condições) dentre as questões prévias de admissibilidade, por entenderem que as mesmas já se confundem com o mérito da causa.

São condições da ação:

1 – possibilidade jurídica do pedido;
2 – interesse de agir;
3 – legitimidade de parte (*legitimatio ad causam*).

Proibindo o estado de direito a "justiça de mão própria", o ordenamento jurídico obriga o interessado fazer pedido ao Estado-juiz que venha dirimir o litígio, ante a violação de seu direito pelo réu. Em todas as demandas há, de logo, este pedido – ao órgão judicial – através do qual o autor pede o reconhecimento do direito postulado. Escreve **Humberto Theodoro Júnior**:

> "Com feito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido imediato, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; 2º, o pedido mediato, contra o réu, que se refere à providência de direito material" (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 55).

O pedido imediato, é o óbvio, está contido em todas as demandas – na invocação ao juiz – e não implica maiores comentários. As atenções se voltam ao pedido mediato: a pretensão de direito material; a providência requerida ao juiz contra o réu, ante sua resistência ou negação a seu direito (dele, autor). Importa aqui – como questão prévia a ser apreciada pelo juiz – a averiguação se o direito reclamado está ou não declarado pelo ordenamento jurídico; por outras palavras: se o pedido encontra previsão legal (previsão abstrata, é o óbvio, na lei). Esta, a primeira condição: possibilidade jurídica do pedido. Há impossibilidade jurídica, por

exemplo, se o autor pede pagamento de dívida contraída em jogo; se requer autorização para alienar imóvel de propriedade do seu pai (por expectativa de direito, esquecendo da proibição legal de o herdeiro negociar com bens da herança antes de aberta a sucessão). Também, anteriormente à Lei 6.515, se o autor, ao invés de pedir desquite, pedia divórcio. No processo penal : se a Promotoria pede pena de morte ou prisão perpétua são exemplos citados. O CPC trata da matéria nos arts. 267, inciso VI e 295, parágrafo único, item III.

A segundo condição da ação é o interesse de agir (interesse processual- CPC, art. 3º, 295, III). Ressalte-se que não se confunde com o interesse no sentido do direito material. O filho do proprietário do imóvel que teve suas terras invadidas pelo réu (em determinada ação possessória) tem interesse em que o réu seja vencido na ação, para que as terras retornem à posse tranqüila de seu pai; mas não o "interesse processual" para a ação. Somente o pai, o proprietário, tem o interesse de agir, na hipótese formulada.

Na aferição do interesse de agir indaga-se da necessidade ou proveito, conveniência, oportunidade; entenda-se: necessidade de conjurar um prejuízo ou situação desfavorável. Exemplo: o locador dar entrada em juízo de uma ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis, pelo locatário; no dia seguinte este (o locatário) vai a casa do locador e efetua o pagamento dos aluguéis, inclusive acrescidos de juros; prejuízo algum há para o locador e assim, evidentemente, lhe falta interesse em prosseguir na ação.

Legitimidade de parte é a terceira condição da ação – *legitimatio ad causam* (CPC. Art. 3º e 295, III). É requisito estreitamente ligado ao direito material, devendo o juiz perquirir da titularidade do direito postulado. Somente o titular do direito é parte legítima a ir a juízo. O prof. **Buzaid** falava em "pertinência subjetiva da ação". Liga-se, repetimos, ao exercício do direito reclamado na demanda, surgindo, caso a caso, o problema da representação em juízo. Normalmente o próprio titular do direito é parte na ação; todavia, há exceções , como proclamado no art. 6º do CPC : "ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei". Os casos de representação ressalvados em lei são chamados de "substituição processual" e considerados como de "legitimação extraordinária". Exemplos: legitimação da entidade associativa em nome do associado – CF. Art. 5º, XXI, LXX e LXXIII; art. 129, III e § 1º e art. 103; Cód. Def. do

Consumidor, art. 82 c/c art. 81, § único; Lei 6.515 (Divórcio), art. 3º, § 1º; Lei 4.717/65 (ação popular), art. 1º.

IV – PROCESSO, AÇÃO E MÉRITO

Com estes princípios teóricos e disposições legais, o **Professor Tornaghi** (inspirado naquela idéia de Goldschmidt, de um Direito Judiciário Material) desenvolveu o seguinte esquema:

1. DIREITO JUDICIÁRIO (instrumental)
2. Processo
3. Pressupostos processuais
4. Inexistência ou invalidez
5. Questões preliminares
6. Decisão liminar
7. Recurso de nulidade
8. Negativa do processo

1. DIREITO JUDICIÁRIAL MATERIAL
2. Ação
3. Condições da ação
4. Carência de ação (inadmissibilidade)
5. Questões intermediárias
6. Saneador
7. Agravo
8. Negativa da ação

1. DIREITO MATERIAL
2. Litígio
3. Razões (de direito material)
4. Improcedência do pedido
5. Questões de mérito
6. Sentença
7. Apelação
8. Negativa do pedido

Este esquema foi objeto, repetimos, da referida tese "A Relação Processual Penal", 1945; os estudos continuaram e em 1953 são desenvolvidas na obra "Processo Penal" (como dito acima). Destarte, são escritos anteriores ao Código de Processo Civil vigente (que é de 1973). Anos depois, comentando o art. 267 deste código processual, o autor reproduz o esquema (*Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, VOL. II, págs. 324 a 332). Do exposto, impõe-se uma atualização, em face do novo Código. Ressaltamos que, hodiernamente, a expressão "Direito Processual" é preferível a "Direito Judiciário".

As questões preliminares da linha 5, primeira coluna, correspondem aos pressupostos processuais (competência do juízo, capacidade das partes, procedimento adequado, etc); as da segunda coluna (ainda linha 5), correspondem às condições da ação, que, não preenchidas, conduz à carência da ação. Presentes os pressupostos e as condições, o juiz prolata decisão de saneamento (art. 331), caso contrário, extingue o processo sem julgamento de mérito (art. 267). Estas condições da ação constituem as questões intermediárias porque situadas entre as questões preliminares (processuais) e as de mérito. A decisão nesta fase – saneamento do processo – desafia o recurso de agravo. Da decisão negativa, ou seja, se o juiz não profere decisão saneadora e extingue o processo, bem como se indefere liminarmente a petição inicial, cabe recurso de apelação (art. 296 – a denominação "recurso de nulidade" não foi adotada pelo legislador).

Da linha 8 – "negativa da ação" e "negativa do pedido", registre-se, os conceitos continuam rigorosamente corretos. Comum é os juízes ao julgarem procedente o pedido consignarem na sentença "julgo procedente a ação" (ou improcedente a ação, se rejeitam o pedido); na verdade, o que o juiz está julgando é pela procedência ou improcedência do pedido. O julgamento de improcedência da ação é o de extinção do processo sem julgamento de mérito – por falta de uma ou mais das condições da ação, art. 267. Este esquema é empregado também no processo penal (CPP. Arts. 24, 27, 29, 41, 43, entre outros). Relembre-se que o processo civil e processo penal se irmanam nas mesmas fontes da teoria geral do processo.

V – CONCLUSÃO

Diz o Promotor e Professor **Afrânio Silva Jardim** que "a controvérsia sobre a autonomia da ação é página virada na história do direito processual" (Ação Penal Pública, pág. 28). Ora, considerando que alguns autores ainda adotam a teoria de **Chiovenda** (teoria do direito abstrato, mas temperado com a idéia de direito potestativo), não vemos como a discussão tenha perdido interesse, como "página virada" nos estudos processuais. Indubitavelmente predomina, por expressiva maioria, a teoria do direito abstrato de ação, sem condicionamentos (Dagemkolf e Plosz). Entenda-se: o fato de a pretensão processual passar a ser o objeto principal do direito processual, civil ou penal, não quer dizer que a discussão sobre a natureza jurídica da ação tenha perdido de interesse doutrinário.

A delimitação e precisão de conceitos entre processo, ação e mérito é a grande contribuição dos processualistas, a partir do século XIX, ao estudo da ciência do processo, onde avultam de importância as obras de Hélio Tornaghi, , Frederico Marques, Ada Pellegrini Grinover, Alfredo Buzaid, Enrico Tullio Liebman (que permaneceu no Brasil por mais de uma década como professor em São Paulo), Fernando da Costa Tourinho Filho, Calmon de Passos, dentre outros nomes gloriosos do direito brasileiro.

BIBLIOGRAFIA:

HÉLIO TORNAGHI – *Comentários ao Código de Processo Civil,* Vol. II, ed. Revista dos Tribunais, 1975;

_____ *Instituições de Processo Penal,* vols. I e II, 2ª ed. Saraiva, 1977;

ANTÔNIO CARLOS ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO -*Teoria Geral do Processo,* 14ª ed. Malheiros Editores, 1998;

JOSÉ FREDERICO MARQUES – *Manual de Direito Processual Civil,* vols. I e II, 2ª ed. Saraiva, 1974;

ADA PELLEGRINI GRINOVER – *O Direito de Ação* (in Revista dos Tribunais, Nº 451 – Maio de 1973);

_____ *As Condições da Ação Penal,* Bushatsky Editor, 1977,

_____ *O Processo Em Sua Unidade* (cap. XI – Pressupostos Processuais em Processo Penal), ed. Saraiva, 1978;

MOACYR AMARAL SANTOS – *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil,* vol. I, 14ª ed. Saraiva, 1990;

HUMBERTO THEODORO JUNIOR – *Curso de Direito Processual Civil,* vol. I, 29ª ed. Forense, 1999;

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO – *Processo Penal,* Vol. I, 17ª ed. Saraiva, 1995;

CELSO AGRÍCOLA BARBI – *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. I, 3ª ed. Forense, 1983;

AFRÂNIO SILVA JARDIM - *Ação Penal Pública,* 2ª ed. Forense 1994.