

DIFERENÇAS DE TRATAMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Débora Carvalho Fioratto*

Flaviane de Magalhães Barros**

RESUMO

O presente estudo pretende discutir a adoção integral da teoria das condições da ação de Liebman ao direito processual penal. As condições da ação, possibilidade jurídica, legitimidade “*ad causam*” e interesse de agir, foram totalmente agasalhadas pela legislação processual civil brasileira, sendo consideradas, portanto, condições para admissibilidade do provimento de mérito. Quando verificada a carência de ação, conforme norma expressa do CPC pátrio, de 1973, o processo deve ser extinto por sentença terminativa. Ao passo que, as condições da ação no processo penal, por não existir legislação explícita sobre o tema, acarretam profundas discussões doutrinárias em relação à extinção do processo, já que a simples transposição de conceitos já estruturados no processo civil, em busca de uma Teoria Geral do Processo, não satisfaz as peculiaridades do Processo Penal em um Estado que se intitula Democrático de Direito, devendo as condições da ação serem repensadas. Assim, tomando como marco a compreensão do processo como garantia constitucional, que defende a existência de uma teoria do processo, fundada em uma base principiológica uníssona, o trabalho desenvolveu-se por meio da construção e da reconstrução das condições da ação, através de uma análise crítica, direcionada à superação da Teoria Geral do Processo defendida pelos instrumentalistas, para que o conteúdo das condições da ação se adéque ao processo penal constitucional brasileiro, modificando entendimento já enraizado na

* Estudante de Direito da PUC Minas, estudante de Letras da UFMG, membro fundadora do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Seccional Minas Gerais. Diretora Administrativa do IHJ/MG. Bolsista de Iniciação Científica PUC Minas/FAPEMIG.

** Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto a Università degli studi di Roma TRE. Professora adjunta da PUC Minas. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogada.

jurisprudência brasileira de que carência de ação induz arquivamento do processo sem julgamento de mérito.

PALAVRAS CHAVES: CONDIÇÕES DA AÇÃO; PROCESSO CIVIL; PROCESSO PENAL; DEVIDO PROCESSO LEGAL; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

The aim of this study is to discuss the integral use of Liebman's Theory of conditions of the action into criminal law process. The conditions of the action, such as juridical possibility, action legitimation and action interest were totally accepted by the Brazilian Civil legislation of process, being considerate, therefore, as conditions for admissibility of merit decision. When it is verified that one of those conditions is not present, according to Brazilian Civil Process Code, from 1973, the process must be extinguished by a terminated sentence. On the other hand, the conditions of the action in the constitutional criminal process do not have an explicit legislation about them; therefore, there are deep doctrines discussions about how the process must be extinguish. Once, it is verified that the simple transposition of concepts that were already structured in the civil process, trying to reach a General Theory of Process, does not satisfy the particularities of the Criminal Process in a State that is called State of Law, therefore, these conditions should be rethought. Moreover, having as a reference the comprehension of process as a constitutional guarantee, that defends the existence of a theory of process, based in principles that are common in all processes, this work was developed through the construction and reconstruction of these conditions of the action, by a critical analysis, in order to overcome the General Theory of Process defended by instrumentalists, and also to have an adequacy of these concepts in Brazilian constitutional criminal process, in order to modify previous knowledge in Brazilian Jurisprudence, in which states that the absence of one of those conditions of the action has as a consequence the filing of the process without analyzing its merit.

KEYWORDS: CONDITIONS OF THE ACTION; CIVIL PROCESS; CRIMINAL PROCESS; DUE PROCESS OF LAW; STATE OF LAW.

INTRODUÇÃO

O tema das condições da ação foi trazido ao Brasil por Liebman, e introduzido ao Código de Processo Civil (1973) já no anteprojeto feito por Buzaid, seu discípulo. Na legislação processual civil brasileira verifica-se, portanto, a total aceitação da Teoria do Trinômio de Liebman, que dispõe que o mérito somente será analisado se existentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Eram três as condições para admissibilidade do provimento de mérito, a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a legitimidade para agir. Entretanto, depois de aprofundados estudos acerca da possibilidade jurídica, Liebman verificou que ela estava ligada ao direito material, ao mérito. Portanto, para manter-se condizente com sua teoria, ele passou a considerar somente duas, as condições da ação: interesse de agir e legitimidade “*ad causam*”.

É importante ressaltar que nem o ordenamento jurídico brasileiro nem os discípulos de Liebman, como Dinamarco, Cintra e Grinover, acompanharam as mudanças introduzidas por ele em sua teoria.

No processo civil, juristas como Passos, Silva e Gomes criticam profundamente o instituto das condições da ação, divergindo-se dos discípulos de Liebman, ao considerar este instituto ligado ao mérito, ou seja, de direito material.

O tema é bastante controvertido na legislação processual civil, que contém previsão explícita sobre as condições da ação e as conseqüências advindas da carência de ação. Verifica-se que, na legislação processual penal, onde não existe nenhuma previsão legal deste instituto, o tema é totalmente controvertido, uma vez que as condições da ação do processo civil foram adaptadas nas normas do processo penal, com o intuito de validar a Teoria Geral do Processo defendida pelos instrumentalistas, Dinamarco, Cintra e Grinover.

Interessante, portanto, o estudo do tratamento das condições da ação no processo civil e, principalmente, no processo penal, tomando como base para a crítica a teoria do

processo definida por Fazzalari e a proposta de uma teoria geral do processo fundada nos princípios do processo que formam uma base principiológica uníssona.

2 – A BASE TEÓRICA DO DIREITO DE AÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Giuseppe Chiovenda (2000), na introdução bolonhesa intitulada “*L’azione nel sistema dei diritti*”, em sua obra “Princípios de Direito Processual Civil”, em 1903, apresentou o seu conceito pessoal de ação, – “como o poder jurídico autônomo de realizar por meio dos órgãos jurisdicionais a atuação da lei a benefício próprio” (CHIOVENDA, 2000, p. 7) – que foi considerado inovador, devido à ausência de precedentes na doutrina italiana. Tornou-se, pois, referência na ciência processual, uma vez que grandes trabalhos científicos, como de Liebman (1984), acerca das condições da ação, foram produzidos a partir de sua Teoria.

Antes de se definir o conteúdo da ação como “direito potestativo” e autônomo, e explicitar suas características inerentes, é necessário esclarecer os conceitos de direito subjetivo e de direito potestativo, dos quais se utilizou Chiovenda para formular sua teoria.

Chiovenda define direito subjetivo como “a expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei”, (CHIOVENDA, 2000, p. 17) que se resume em um poder sobre a conduta alheia, para que a vontade concreta da lei seja atendida, já que uma pessoa se sujeita em relação à outra, a uma determinada prestação, seja ela positiva ou negativa. O direito subjetivo conjectura-se em uma relação entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei, qual seja, uma relação jurídica, que por sua vez é parte estruturante do conceito de processo. “A função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela”. (CHIOVENDA, 2000, p. 59) Esse bem da vida refere-se aos direitos absolutos ou relativos, reais ou pessoais da parte lesada, através do cumprimento de determinada prestação pela parte ré.

Os direitos absolutos ou relativos, reais ou pessoais, que englobam a classe dos direitos à prestação e, que por sua natureza, são passíveis de lesão, divergem-se, pois, dos direitos potestativos, que se caracterizam pela ausência de prestação e pela

impossibilidade de lesão por outrem. Nestes, a manifestação de vontade, por si só, já configura o exercício destes direitos, mesmo que seja necessária a intervenção do juiz quando se tratar de sentença constitutiva, uma vez que os efeitos jurídicos são produzidos mesmo não havendo sujeição alheia a uma determinada prestação. Os direitos potestativos tendem “à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção”. (CHIOVENDA, 2000, p. 31). Chiovenda, para ilustrar os direitos potestativos e torná-los de fácil entendimento, diz que a lei confere “ao mandante, ao doador o poder de revogar o mandato, a doação;” (CHIOVENDA, 2000, p. 31), ou seja, o ato de revogar, por si só, já produz os efeitos desejados, sem que o mandatário ou o donatário tenha que consentir.

Baseado nas características inerentes à categoria dos direitos potestativos e, sendo estes amplamente aceitos pela doutrina, Chiovenda inseriu a ação nesta categoria:

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública. (CHIOVENDA, 2000, p.42)

É importante ressaltar que a ação tem natureza de direito potestativo, visto que o que se espera não é que uma pessoa se sujeite a uma determinada prestação, mas sim que ela se sujeite aos efeitos jurídicos decorrentes da simples manifestação de vontade do autor. Ela é um direito autônomo, uma vez que assegura um bem que decorre da vontade concreta da lei, por meio de um processo.

Para que o juiz exerça a sua função pública, declarando-se favoravelmente ao pronunciamento do autor, é necessário que na ação que originará o processo, estejam presentes três condições, quais sejam: a existência de um bem garantido pela lei, a qualidade e o interesse. Portanto, três são as condições da ação, para que o pronunciamento do autor seja recebido: “1º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.” (CHIOVENDA, 2000, p. 89).

Na ausência de quaisquer destas condições, a sentença será em parte favorável ao réu, com uma única exceção. Na falta de interesse ou de qualidade, a sentença negará a existência da ação, contudo ela pode vir a surgir novamente, seja fundando-se em um novo interesse, ou fundando-se em um fato novo que conceda ao autor a qualidade necessária, respectivamente. Ao passo que, se inexistir lei que garanta um bem, a sentença será totalmente favorável ao réu, sendo este absolvido.¹

Liebman, partindo da Teoria de seu mestre Chiovenda, já que fora aluno dele na Faculdade de Direito da Universidade de Roma, de 1920 a 1924, (LEAL, 2004, p. 238) desenvolveu sua própria Teoria do Trinômio acerca do direito de ação e, aprofundou seus estudos sobre as condições da ação, que ele então, passou a denominar “condições de admissibilidade do julgamento do pedido” (LIEBMAN, 1984, p. 154).

Na concepção de Liebman, o direito de ação garantido a todos na norma do artigo 24 da Constituição Italiana era o “direito de agir em juízo” (LIEBMAN, 1984, p.147), para garantir que “interesses legítimos e direitos próprios” fossem tutelados. (LIEBMAN, 1984, p. 150).

A parte tinha o direito de “provocar o exercício da jurisdição com referência a uma situação jurídica em que ela é interessada, visando a obter do juiz a proteção de um interesse próprio ameaçado ou violado, ou a satisfação de um interesse próprio que se afirma insatisfeito” (LIEBMAN, 1984, p.146) e ao mesmo tempo incumbia-se à parte o ônus, de, por iniciativa própria buscar a tutela do seu direito, por meio da propositura de ação adequada e, portanto, apta, a iniciar o processo, conforme norma do artigo 2.907 do Código Civil Italiano, cominado com norma do artigo 99 do Código de Processo Civil.

Esse direito de ação garantido constitucionalmente era genérico ao direito de ação concebido como um direito a uma sentença de mérito. Motivo pelo qual Liebman distingue, em sua teoria, “a ação como garantia constitucional “(LIEBMAN, 1984, p. 153) da “ação como instituto disciplinado a nível de direito processual civil”. (LIEBMAN, 1984, p. 153) Esta ação, proveniente dos estudos processuais, era definida “como direito ao processo e ao julgamento de mérito” (LIEBMAN, 1984, p. 151), já que ao ajuizar uma ação, o autor busca obter um provimento quanto ao que foi pleiteado, ainda que o resultado seja desfavorável a ele. Logo, o que vai determinar se o

¹ Conferir CHIOVENDA (2000, p. 89 e 90).

autor terá direito, ou não, a um provimento de mérito, é a presença das condições da ação, que são “*conditio sine quibus non*” para a existência da própria ação. É importante, ressaltar que Liebman, institui a Teoria do Trinômio, dizendo que para que o mérito seja julgado, é necessário estar presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, isto é, o processo passa por três momentos cognitivos diferentes, um para verificação da existência e validade da relação jurídica processual (pressupostos processuais), um segundo para verificação das condições da ação e um terceiro que é a apreciação do mérito.

Logo, se analisadas as condições da ação e verificada a ausência de uma delas, estar-se-ia diante da carência de ação, devendo o juiz extinguir o processo sem julgar o mérito. A função do juiz era analisá-las antes de adentrar no mérito, motivo pelo qual ficaram conhecidas também como “condições de admissibilidade do julgamento do pedido” (LIEBMAN, 1984, p. 154), pois, se presentes, existente a ação, devendo o juiz manifestar sobre o mérito, seja acolhendo-o ou rejeitando-o. Ao passo que, se ausentes as condições, a ação é inexistente, e o juiz se nega a julgar o mérito, sendo o processo extinto.

Necessária a análise conceitual de cada uma das condições da ação, na Teoria de Liebman. Em um primeiro momento, Liebman entendia, assim como Chiovenda, que eram três os requisitos da ação, quais sejam: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade “*ad causam*”.

A possibilidade jurídica era representada pela “admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido.” (LIEBMAN, 1984, p. 161) A legitimidade para agir era entendida como “a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio, [...] poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional com referência àquele que foi chamado em juízo.” (LIEBMAN, 1984, p. 159) Ao passo que interesse de agir era definido como “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”. (LIEBMAN, 1984, p. 156).

Definidas, pois, as condições da ação, necessário explicar como estas idéias de Liebman influenciaram o direito processual brasileiro.

3 – A INCOERÊNCIA DA APLICAÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Quando de sua vinda ao Brasil, em 1940, Liebman leciona na Faculdade de Direito em São Paulo, iniciando assim, o “estudo científico do processo no Brasil”. (LEAL, 2004, p. 238). Lá, inaugura a Escola Processual de São Paulo, dissemina suas idéias, e ganha vários discípulos, dentre eles, Buzaid, responsável por reproduzir fielmente o instituto das condições da ação de seu mestre Liebman, no anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro. Passados cinco anos, Liebman deixa o Brasil, mas suas idéias permanecem, visto que o contato com a Escola de São Paulo persiste. Criase, portanto, o Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, vigente até o momento no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto das condições da ação encontra-se previsto nos artigos 267, 295 e 301 do CPC. A norma do caput do artigo 267, cominada com a norma do inciso VI, do mesmo dispositivo legal, dispõem que o mérito não será analisado se inexistentes qualquer das condições da ação. O artigo 295 enumera as hipóteses de indeferimento da inicial, esclarecendo em quais circunstâncias a petição inicial deverá ser emendada para que o autor obtenha a prestação jurisdicional pleiteada. O inciso I remete à legitimidade “*ad causam*”. O inciso II, ao interesse de agir, e por fim, o parágrafo único, inciso III do referido artigo, refere-se à possibilidade jurídica. Já a norma do artigo 301 estabelece que o juiz só poderá analisar o mérito se presentes as condições da ação.

Através de uma análise sistemática do código, percebe-se que a legislação processual civil brasileira recepcionou todo o instituto das condições da ação de Liebman. Dinamarco reconhecia que o anteprojeto do Código elaborado por Buzaid, discípulo de Liebman, já continha “posições seguras e coerentes quanto a certos pontos fundamentais, como a abstração da ação e as condições desta, [...]” (DINAMARCO, 2002, p. 38)

Os juristas brasileiros acompanharam o legislador pátrio, ao colocar, em seus manuais, os estudos de Liebman sobre as condições da ação. O “*Manuale*”, referência no processo civil brasileiro, foi traduzido para o português em 1984.

Entretanto, é importante ressaltar que Liebman, precursor das condições da ação no Código de Processo Civil, reestruturou-as, no que diz respeito à possibilidade

jurídica do pedido, ou seja, depois de aprofundados estudos com o intuito de manter-se coerente com seu conceito de ação, ele verifica que possibilidade jurídica está ligada ao mérito, e, portanto não pode ser considerada uma “condição de admissibilidade do julgamento do pedido” (LIEBMAN, 1984, p. 154). Significando que, ainda que ausente a possibilidade jurídica do pedido, o juiz deve proferir decisão meritória, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor. Liebman reduz as condições da ação, ao interesse de agir e à legitimidade para agir.

Portanto, já em sua obra traduzida para o português, Liebman não mais faz menção à possibilidade jurídica. Para ele, “as condições da ação, há pouco mencionadas, são o interesse de agir e a legitimação.” (Liebman, 1984, p. 153).

Cândido Rangel Dinamarco, tradutor da obra italiana a qual já continha a modificação de entendimento em relação à possibilidade jurídica, discípulo e profundo conhecedor dos pensamentos de Liebman, não acompanhou as mudanças contidas na obra de 1984 quanto às condições da ação. Em seus manuais, Dinamarco, incoerentemente, mantém o tríduo, possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade “*ad causam*”, como condições indispensáveis para a análise do mérito. “Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação *ad causam*).” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p.274).

Tendo como fundamento a legislação processual brasileira, a jurisprudência também se equivoca quanto à possibilidade jurídica do pedido, devendo reiteradas vezes a decisão de 1º grau ser reformada, pois, o pedido formulado na inicial, considerado impossível de ser tutelado no ordenamento jurídico, em uma análise mais profunda pelo juízo “*ad quem*”, verifica-se que está ligado ao mérito, devendo seu conteúdo material ser julgado. Tomando como base um caso concreto, percebe-se que a seguinte apelação foi provida, e a sentença cassada.

INDENIZAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO -IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA - SENTENÇA CASSADA. A possibilidade jurídica do pedido, que revela uma das condições da ação, adstringe-se à abstração da pretensão sob o manto do ordenamento jurídico, e não ao seu conteúdo material. A defesa do consumidor é garantia constitucional e, uma vez invocada em juízo, não pode ser afastada de plano, sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido. Não ocorrendo a impossibilidade jurídica do pedido,

constante da inicial, é de se cassar a sentença, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito. (MINAS GERAIS, 2004)

O juízo “*a quo*” extinguiu o processo sem análise do mérito, pois acreditava estar ausente a possibilidade jurídica do pedido, mas esqueceu-se que o pedido demandado estava adstrito a uma garantia constitucional, qual seja, a defesa do consumidor, devendo, portanto o conteúdo material ser julgado.

Conclui-se que, assim como previu Liebman (1984), possibilidade jurídica não pode ser considerada requisito anterior para análise do mérito, porque ela se confunde com o próprio mérito, ou seja, o direito material alegado na pretensão do autor.

Dinamarco, ao considerar possibilidade jurídica uma condição da ação, indo contra os ensinamentos de Liebman, não consegue sustentar sua tese, de que possibilidade jurídica e mérito não se confundem, ao afirmar que os próprios juízes não conseguem distingui-los.²

Passos (1961) desconstrói toda a teoria de Liebman ao defender que as condições da ação, não podem ser consideradas requisitos para que o mérito seja analisado, visto que o direito de ação não se vincula à existência do direito material, não podendo, portanto, estar condicionado. Para ele, a legitimidade para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica, em uma análise mais profunda, “vai revelar estarem situados os três no campo do direito material e no mérito da causa, levando à improcedência, jamais à carência de ação, entendida esta como rejeição da demanda por falta de requisito que se situe fora ou antes do mérito.” (PASSOS, 1961, p. 57)

A expressão condições da ação leva o jurista ao erro, visto que o induz ao pensamento de que direito de ação está vinculado ao direito material e somente a quem tem a tutela do direito. Segundo Passos (1961) há duas soluções. Considera-se abstrata a ação, sendo esta desvinculada do direito material, “repudiando-se condicionamentos em termos de direito substancial ou de logo se afirma, [...] a natureza concreta do direito de ação, atribuído somente àquele que tem razão. O meio-térmo é equívoco e insustentável, segundo nos parece.” (PASSOS, 1961, p. 57 e 58)

Passos (1961) defende que o juiz ao se pronunciar sobre as condições da ação, está proferindo sentença de mérito. Para sustentar sua assertiva, ele faz uma análise da possibilidade jurídica do pedido, definindo-a como “a possibilidade para o juiz, na

² Conferir DINAMARCO (2004, p. 319 e 320).

ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Há apenas impossibilidade em abstrato.” (PASSOS, 1961, p. 61)

Liebman (1984) entendia que se o autor pleiteasse em juízo um direito, com a possibilidade de sua existência em abstrato no ordenamento, ele teria ação. Agora, se ele pleiteasse em juízo um direito em que não houvesse a possibilidade de tutela pelo direito brasileiro, ele seria carecedor da ação. Passos (1961) comprova que estas duas assertivas acima estão ligadas ao mérito, exemplificando-as.

No primeiro exemplo Passos (1961) diz que o autor ingressa em juízo pleiteando a propriedade por usucapião, mas relata na inicial que sua posse é de apenas oito anos. A solução adotada pelos discípulos de Liebman, e pelo próprio Código de Processo Civil, seria indeferir a inicial, já que o autor carece de ação, o pedido pleiteado é impossível de tutela pela direito vigente.

No segundo exemplo, Passos (1961) relata que ao invés do autor afirmar ter a posse da propriedade por oito anos, ele afirma na inicial estar na posse por dez anos, configurando a hipótese da ação de usucapião. Neste caso, o juiz verificaria estar presentes a legitimidade para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica. Mas diante das provas, e verificada a não incidência da usucapião, visto que o autor só estava na posse do imóvel por oito anos, o juiz profere uma decisão de mérito, julgando o pedido improcedente. Ao final, ele afirma que as situações são “substancialmente idênticas”, (PASSOS, 1961, p. 62) sendo que na primeira havia “uma improcedência verificável *prima facie*, enquanto na segunda essa improcedência somente se veio a configurar ao final de longa indagação probatória.” (PASSOS, 1961, p. 62) Logo, ambas as decisões devem analisar o mérito, ocorrendo a coisa julgada material.

Silva e Gomes, adeptos dos argumentos de Passos também sustentam que “a análise de qualquer das chamadas condições da ação demonstra que elas se referem à relação de direito material” (2002, p. 125), ou seja, que as condições da ação estão ligadas ao mérito, ao direito material alegado na pretensão demandada em juízo.

Em relação à legitimação para agir, Silva e Gomes (2002) defendem que não há de se falar em ilegitimidade da parte como condição da ação, pois “sendo parte um conceito de processo com o qual identificamos autor e réu, não se há como falar em parte processualmente ilegítima; a própria identificação das partes, exige, como pressuposto, um processo pendente.” (SILVA E GOMES, 2002, p. 126). E, se a parte

não tiver legitimidade para o processo, pode-se concluir que “a referida parte não é parte, como também que a verdadeira parte não é sujeito do processo”. (SILVA E GOMES, 2002, p. 126).

O interesse de agir também foi criticado por ser considerado uma condição da ação, já que para se concluir que inexistesse esse interesse, necessária a análise do mérito. Silva e Gomes (2002) afirmam que para se verificar se a tutela pleiteada pelo autor é necessária para se garantir o direito ameaçado ou lesado, é imprescindível que se investigue sobre essa violação ou ameaça que se relaciona ao direito material.

Passos esclarece que todas as condições da ação “gravitam em torno do interesse de agir, porquanto a necessidade da tutela jurídica exige a possibilidade da tutela reclamada, não só possibilidade em relação ao objeto (possibilidade jurídica), como possibilidade em relação ao sujeito (legitimação)”. (PASSOS, 1959, p. 34)

Silva e Gomes (2002) concluem as críticas feitas à doutrina de Liebman, e, portanto, aos seus discípulos, sobre as condições da ação, afirmando que se o juiz extingue o processo por sentença terminativa devido à ausência das condições da ação, ele comete o “*error in procedendo*,”[...] sob este prima, o provimento à apelação implicaria a devolução do conhecimento ao juízo de 1º grau para que o mérito fosse então julgado, sob pena de estar ferido o princípio do duplo grau de jurisdição.”(SILVA E GOMES, 2002, p. 128) Ao passo que, para aqueles que defendem que as condições da ação estão ligadas ao direito substancial, “o correto é que o Tribunal conheça, desde logo, os demais pontos, ainda que a sentença não os tenha julgado por inteiro, como, aliás, expressamente prevê o §1º do art. 515 do CPC.” (SILVA E GOMES, 2002, p. 128)

Em uma análise das normas do supracitado artigo 515, verifica-se que ainda que o processo seja extinto sem julgamento de mérito, em fase recursal, pode o tribunal julgar a lide, se considerar em uma análise aprofundada, que estão presentes as condições da ação. Silva e Gomes (2002) acreditam que esta norma acarretará discussões, já que viola o princípio do duplo grau de jurisdição, mas admitem que a inovação é importante, pois, “na maioria dos casos de julgamento de carência de ação o juiz, por não examinar apenas hipoteticamente as chamadas condições da ação, acaba por julgar o mérito.” (SILVA E GOMES, 2002, p. 128 e 129)

Depreende-se do estudo deste instituto que há divergência doutrinária quanto à aplicação e ao entendimento das condições da ação no ordenamento jurídico brasileiro. De um lado Cintra, Grinover e Dinamarco (2007) fundamentam que as condições da ação são três, assim como primeiro pensou Liebman. Ao passo que Passos (1959), Silva e Gomes (2002) sustentam que as condições da ação se referem ao direito material e, portanto, ao mérito, assim como pensou Liebman sobre a possibilidade jurídica do pedido, e a conseqüente reestruturação do seu instituto, reduzido à legitimação para agir e ao interesse de agir.

Averigua-se que as condições da ação somente encontram respaldo legal no processo civil e, ainda que previstas explicitamente na legislação, são alvos de profundas discussões doutrinárias. Ao passo que não há previsão legal deste instituto na legislação processual penal, apesar de serem mencionadas, estudadas e criticadas nos manuais de processo penal. Necessário, portanto, entender como as condições da ação foram “adaptadas” ao processo penal.

4 – CRÍTICAS À TEORIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal, promulgado em 1941, não sofrera influência direta do instituto das condições da ação, visto que as idéias liebmanianas, estavam, apenas, recém chegadas no Brasil.

Com a ampla aceitação dos pensamentos de Liebman pelos juristas brasileiros e pela própria legislação processual civil, a saída encontrada por seus discípulos instrumentalistas, para efetivar a idéia de uma Teoria Geral do Processo, a qual Liebman era favorável, foi encontrar um dispositivo legal no direito processual penal para a tentativa de reconhecimento das condições da ação.

É importante ressaltar que a Teoria Geral do Processo, definida por Dinamarco como “um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual” (DINAMARCO, 2003, p. 69), tem como fim precípua aproximar diversos

ramos do direito processual, através da abstração de um conceito unitário de processo, de ação, de jurisdição e de defesa³.

É necessária uma nova compreensão das condições da ação no processo penal, a partir de uma raiz democrática de processo, que se desvencilha do conceito de processo como relação jurídica – não mais condizente com o Estado Democrático de Direito – e se efetiva com a Teoria de Fazzalari, na qual processo é “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p. 118 e 119)

Deve-se tomar por base o processo como procedimento em contraditório, para o entendimento das críticas feitas à “importação” das condições da ação do processo civil, para o processo penal, já que inadequados são os argumentos dos instrumentalistas para a defesa de uma Teoria Geral do Processo, com respaldo na relação jurídica processual.

A norma escolhida para a “adaptação” e, portanto, validação desta Teoria Geral do Processo, foi a do artigo 43 do CPP, que dispunha as hipóteses em que a denúncia ou queixa não seria aceita. O inciso I do referido artigo, aponta como primeiro requisito que o fato narrado “evidentemente” não seja típico. O inciso II refere-se à extinção da punibilidade, e o III à ausência de requisito legal para o exercício da ação penal ou que a parte seja manifestamente ilegítima.

Os instrumentalistas reconheceram e adaptaram o instituto das condições da ação do processo civil, no processo penal e fizeram a seguinte “interpretação” do artigo 43 do CPP. O inciso I passou a “representar” a impossibilidade jurídica do pedido; o inciso II, a ausência de interesse de agir; e, por fim, o inciso III, a ilegitimidade para agir.

Feita a adaptação, inúmeros foram os questionamentos levantados pelos processualistas penais sobre o verdadeiro significado da norma do artigo 43 do CPP, dentre eles, se deveria “adaptar” também a solução do processo civil, quando da ausência de um destes requisitos da ação, qual seja, a extinção do processo sem julgamento de mérito; se somente seriam três as condições da ação, visto que o artigo

³A defesa de uma Teoria Geral do Processo com base na compreensão do processo como relação jurídica entre o juiz e as partes e estruturada a partir da Jurisdição, não se adéqua ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, o presente trabalho labora a partir de uma teoria do processo fundada na compreensão de um modelo constitucional de processo, que possui uma base principiológica uníssona. Confere BARROS, 2006.

648 do CPP elenca como requisito para a ação de impugnação autônoma – Habeas Corpus –, a justa causa; se a interpretação da norma do artigo 386, III do CPP, que dispõe que o réu será absolvido se o fato for atípico, não se equivale à interpretação que deve ser dada ao artigo 43, I do CPP, qual seja, que se o fato narrado evidentemente for atípico, deve o juiz julgar o mérito.

Dentre as críticas, faz – se presentes e imprescindíveis as de Coutinho (1998), em relação ao inciso I, do supracitado artigo 43, que os instrumentalistas “denominam” impossibilidade jurídica do pedido. Coutinho afirma que no processo penal, diferentemente do processo civil, a tese da possibilidade jurídica deve ser vista de forma positiva, ou seja, o crime que se imputa ao autor da conduta deve estar tipificado na legislação processual penal, sendo, portanto, inaceitável considerar o referido inciso como possibilidade jurídica.

Ainda em relação a este inciso, mas levando em consideração o texto “*ipsis literis*” da norma, Coutinho faz a seguinte explicação em relação à expressão “evidentemente”. Se os fatos narrados pelo autor forem considerados “*prima facie*” típicos, somente no curso do processo, verificar-se-á se os são. Ao passo que se o juiz ao analisar a inicial verificar que “o fato, absolutamente, não constitui crime”, (COUTINHO, 1998, p. 151) ele deve extinguir o processo com julgamento de mérito. “Qualquer dúvida, a mínima que seja, leva o juiz a decidir positivamente, instaurando o processo”. (COUTINHO, 1998, p.151)

A interpretação dada por Coutinho, a este dispositivo legal, revela que o juiz deve julgar o processo, analisando o mérito, visto que o fato narrado não se enquadra a nenhum tipo legal, para a configuração do crime. Logo, deve-se considerar o pedido feito pela parte autora – vítima ou Ministério Público – improcedente. Ressalta-se que o próprio Liebman, considera possibilidade jurídica adstrita ao mérito.

Coutinho se manifesta em relação à Grinover, afirmando que apesar de instrumentalista, ela é uma reação contrária à “própria doutrina processual civil” (COUTINHO, 1998, p. 148). Ela passa a analisar as condições da ação, levando em consideração as particularidades do processo penal.

Grinover (1977) critica a doutrina brasileira que ensina que os incisos I e II do artigo 43 do CPP referem-se à possibilidade jurídica. Tanto a tipicidade quanto a inexistência de punibilidade são matérias de mérito no processo penal. Logo, para ela, a

possibilidade jurídica no processo penal, que acarretaria o arquivamento do processo, quando da sua ausência, seria porque “não se satisfaz um requisito, ou não se praticou um ato prévio, sem o qual o ordenamento nega ao autor o exercício do direito de ação” (GRINOVER, 1977, p. 80) e não as assertivas dos incisos I e II do artigo 43.

A legislação brasileira prevê que na hipótese do inciso III do artigo 386 do CPP, o juiz deve extinguir o processo com julgamento de mérito, absolvendo o réu, já que o fato imputado a ele não é considerado infração penal, ou seja, o fato é atípico. Como considerar a atipicidade do inciso I do artigo 43 como possibilidade jurídica e a atipicidade do artigo 386, III como mérito? A atipicidade “preclui a via judiciária ao novo exercício do direito de ação, por configurar sentença de mérito, quer quando pronunciada a final (art. 386, III, CPP), quer quando pronunciada antecipadamente (art. 43, I, CPP).” (GRINOVER, 1977, p. 72) Grinover conclui dizendo que “não é tecnicamente correto enquadrar a mesma circunstância, ora como condição da ação, ora como sentença de mérito, apenas com vistas ao momento procedimental no qual o juiz a pronuncia.” (GRINOVER, 1977, p. 74 e 75).

Grinover expõe nos manuais em que é co-autora o seu entendimento de que a tipicidade e a ausência de punibilidade são matérias relativas ao mérito.⁴

Em relação ao interesse de agir, Grinover pondera que ele “está implícito em toda acusação, porquanto o Estado não pode impor a pena senão através das vias jurisdicionais.” (GRINOVER, 1977, P. 109) Logo, ele não pode ser “condição de admissibilidade da ação penal condenatória”.(GRINOVER, 1977, p. 132/)

Em relação à justa causa – condição prevista no artigo 648, I do CPP, para que na sua falta, seja proposto Habeas Corpus – Grinover defende ser esta “condição de procedência do pedido” (GRINOVER, 1977, p. 133) motivo pelo qual somente com novas provas a ação penal poderá ser novamente iniciada.

Em relação ao inciso III do artigo 43 do CPP, “denominado” legitimidade para agir, Grinover expõe que “quando o autor não é titular da ação ajuizada, falta-lhe legitimação para agir”. (1977, p. 148). Ao passo que a outra parte, o legitimado passivo, “deve ser o titular da relação jurídica substancial litigiosa: a pertinência da ação àquele que a propõe há de ser vista em confronto com a outra parte.” (GRINOVER, 1977, p.

⁴GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 78 e 79 e CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 275.

150). Grinover (1977) cita como exemplo de ilegitimidade passiva, propor a ação penal condenatória em face de uma testemunha, e não em face do autor da infração penal.

A questão da ilegitimidade da parte, para ser condizente com o Estado Democrático de Direito há de ser interpretada em relação ao autor e ao réu. Conforme Fazzalari (2006) tem direito de ação qualquer das partes no processo como procedimento em contraditório, uma vez que “cada parte tem uma série de poderes, faculdades, deveres, assinalados exatamente para realizar, como uma série de atos, a sua participação no processo, ou seja, o contraditório.” (FAZZALARI, 2006, p.505) Assim, ambas as partes tem direito de ação, aqui entendido como legitimados ao provimento, superando assim a proposta relacionista de legitimados ativos e passivos.

Segundo Grinover (1977), a ilegitimidade para agir, acarreta o arquivamento do processo, sem o julgamento de mérito, já que analisando a norma do parágrafo único do artigo 43 do CPP, chega-se à conclusão de que se permite novo exercício da ação penal, se a ação for proposta por parte legítima ou satisfeita a condição do inciso III. Logo, a inexistência de legitimidade “*ad causam*” não faz coisa julgada material, possibilitando o ajuizamento da ação penal. “É que o desprezo da demanda não prejudica o pedido, não significa decisão sobre o mérito e, portanto, não preclui a via judiciária a novo exercício da ação, desde que satisfeito o requisito que faltou anteriormente.” (GRINOVER, 1977, p. 154).

Percebe-se, entretanto, que apesar dos questionamentos e críticas, a solução adotada pelos magistrados no processo penal é a mesma utilizada no processo civil. Verificada a existência dessas “condições de admissibilidade do julgamento do pedido”, (LIEBMAN, 1984, p. 154) a denúncia ou queixa será aceita, com todas as suas fases até a análise do mérito, que julgará o pedido da vítima ou do Ministério Público procedente, condenando o acusado, ou improcedente, absolvendo o mesmo. Entretanto, se faltar uma das condições da ação, ocorre a rejeição da queixa ou da denúncia – Caput do artigo 43 do CPP –, e o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito, conforme o seguinte caso concreto:

Queixa-Crime - Recebimento - Impossibilidade - Inexistência de elementos a comprovar a viabilidade da acusação - Inicial rejeitada - Não se exige prova plena para o recebimento da denúncia ou queixa, mas não se pode fazê-lo sem a existência de elementos que tornem viável a acusação. (MINAS GERAIS, 2002)

Coutinho defende que “parte da doutrina do processo penal, de regra livre das raízes do processo civil, desde logo não aceita a adaptação, apresentando as condições da ação no processo penal a partir da interpretação do art. 43 do CPP.” (COUTINHO, 1998, p. 148). Para ele, as condições da ação seriam: “a) tipicidade objetiva; b) punibilidade concreta; c) legitimidade da parte; d) justa causa (referente ao art. 43, III, 2ª parte do CPP).” (COUTINHO, 1998, p. 148 e 149) E não a classificação de Liebman usada no processo civil: interesse de agir, legitimação para agir e possibilidade jurídica do pedido. Ele conclui dizendo que, “basta, por enquanto, deixar claro a impossibilidade de transferir ao processo penal a postura do processo civil. Como definidas naquele ramo, hoje, não se amoldam ao processo penal.” (COUTINHO, 1998, p. 149).

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condições da ação penal devem ser interpretadas levando em consideração às particularidades do processo penal. Poder-se-ia considerar as normas do artigo 43 do CPP como as condições da ação penal, se as conseqüências da inexistência de uma destas condições fossem distintas da do processo civil.

Possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade *ad causam*, conforme norma expressa da legislação processual civil, acarretam na sua ausência, extinção do processo sem julgamento de mérito. Interpretação esta que deve ser reconstruída no processo penal.

Quanto à possibilidade jurídica, que deve ser vista sob a forma positiva, sempre que o fato for atípico, deve o juiz extinguir o processo por sentença definitiva, por duas razões, quais sejam: atipicidade é matéria ligada ao mérito e para evitar antinomia entre as normas do artigo 43, I e do artigo 386, III ambos do CPP, que dizem respeito à atipicidade do fato imputado. O que deve ocorrer é uma interpretação expansiva do artigo 386, III que prevê a absolvição do réu, sempre que o fato não for considerado infração penal, que é o mesmo que dizer, sempre que o fato for atípico. Em relação ao inciso II do artigo 43, CPP sempre que estiver extinta a punibilidade do réu, deve-se o juiz prolatar sentença definitiva, visto que a punibilidade é matéria de mérito, não podendo mais punir o imputado pelo fato típico e culpável cometido.

Quanto ao interesse de agir, a ação penal condenatória deve sempre ser proposta fundada em indícios de autoria e materialidade, demonstrando o interesse-necessidade implícito nesta ação, sendo que se inexistente o interesse de agir, deve o juiz arquivar o processo sem o julgamento do mérito, para se evitar uma lide desnecessária, visto que a ação penal coloca o acusado em uma situação ímpar em relação aos direitos da personalidade, à violação da sua intimidade e de sua dignidade.

Conforme norma expressa do parágrafo único do artigo 43 do CPP, a ação penal poderá ser proposta, desde que por parte legítima ou que seja satisfeita as condições do artigo 43, III. Quanto à legitimidade “*ad causam*” duas interpretações, a priori, poderiam ser aceitas: o juiz arquivaria o processo por sentença terminativa baseando-se na assertiva de que para se propor ação penal, não pode haver coisa julgada material; o juiz extinguiria o processo por sentença definitiva, já que a ação somente poderá ser proposta por parte legítima, o que significa dizer que em relação à parte ilegítima o processo estaria extinto com julgamento de mérito. Ambas as interpretações estão fundamentadas no parágrafo único do artigo 43 CPP. É interessante ressaltar que a norma do parágrafo único somente faz referência ao inciso III, do mesmo dispositivo legal. Logo, em relação aos incisos I e II, a rejeição da denúncia ou queixa obstará ao exercício da ação penal, já que ocorreu a coisa julgada material, tendo sido o processo extinto por sentença de mérito. O direito de ação cabe ao autor e ao réu, isto é, aos legitimados ao provimento, para que seja efetivado o entendimento de Fazzalari do processo como procedimento em contraditório. Logo, na inexistência de legitimidade ativa da parte, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, sendo possível o exercício da ação penal, se promovido pela parte legítima, conforme parágrafo único do artigo 43 do CPP. Ao passo que, na inexistência de legitimidade passiva, o processo deve ser extinto com julgamento de mérito, garantindo a coisa julgada material em relação à parte passiva e possibilitando à parte ativa que ajuíze nova ação em relação ao verdadeiro legitimado passivo.

Enfim, as condições da ação penal é mérito e é preliminar. Mérito em relação à possibilidade jurídica e à legitimidade “*ad causam*” passiva, e preliminar em relação ao interesse de agir e à legitimidade “*ad causam*” ativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma Teoria Geral do Processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. In: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). O Brasil que queremos- Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Puc-Minas, 2006, v. 1, p. 227-238.
- BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Institui o Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 de dez. 1941.
- BRASIL. Decreto- Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de jan. 1973.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas (SP): Bookseller, 2000. v.1
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.
- DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido R. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo: volume 5 : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Indenização – Relação de Consumo – Impossibilidade Jurídica do pedido – sentença cassada. Apelação Cível nº. 445.835-3. Lilitex Indústria e Comércio LTDA *versus* UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S/A. Relator: Des. Nilo Lacerda. Belo Horizonte, 14 de Abril de 2004. Disponível no site <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/>. Acesso em 23 de Fevereiro de 2008.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Queixa-Crime - Recebimento - Impossibilidade - Inexistência de elementos a comprovar a viabilidade da acusação - Inicial rejeitada. Queixa-Crime n. 000.257.180-0/00. Sebastião Roberto de Paiva *versus* Gérson José Alves, Prefeito Municipal de Passa Perto. Relator: Des. Kelsen Carneiro. Belo Horizonte, 27 de Agosto de 2002. Disponível no site <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/>. Acesso em 23 de Fevereiro de 2008.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Progresso, 1959.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Em torno das condições da ação – A possibilidade jurídica**. Revista de Direito Processual Civil, v. 2, n. 4, p. 57-66, jul./dez., 1961.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.