

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO²

Afranio Silva Jardim

Mestre e livre-docente em Direito Processual Penal (Uerj).
Professor associado da Faculdade de Direito da UERJ.
Procurador de Justiça (aposentado).
caniljardimsilva@caniljardimsilva.com

Tendo em vista o sistema adotado pelo novo código de processo civil, que dá tratamento processual semelhante às condições da ação e aos pressupostos processuais, alguns relevantes autores e professores da matéria estão agora negando, doutrinariamente, a permanência do sistema de Liebman. Alegam estes mestres que não mais faria sentido usar expressões como "condições da ação" e distingui-las dos pressupostos processuais. Sobre tal controvérsia, vale a pena consultar o recente texto do professor Daniel Amorim Assunção Neves, in *Novo Cod.Proc.Civil, Inovações, alterações Supressões*, Rio, Gen/Ed.Método, 2015, p.47/510. Discordamos daqueles que negam o chamado "trinômio processual", até porque o código de processo penal, mesmo alterado recentemente, continua a falar em condições para o exercício da ação penal. Vamos agora negar a Teoria Geral do Processo?

Não resta dúvida de que podemos até colocar "tudo no mesmo saco", com algum outro nome, como "pressupostos para o exame do mérito", etc. Realmente são questões preliminares e tanto a presença das condições para o regular exercício da ação como os pressupostos processuais devem ser examinados antes da resolução do mérito do processo. Entretanto, se ação é uma categoria distinta do processo, cada um terá os seus requisitos mínimos para existir. Sem pretensão, manifestada pelo pedido, não existe a ação. Sem órgão investido de jurisdição, partes e a demanda, não existem o processo e a relação jurídica processual que dele decorre.

² Artigo recebido em 12/02/2015. Sob dispensa de revisão.

Por outro lado, sendo a ação um direito subjetivo, (para uns poder jurídico), de manifestar em juízo uma determinada pretensão (no sentido de Carnelutti), ela deve obedecer a alguns condicionantes para que não haja o abuso do exercício do direito. O direito de ação é autônomo e abstrato, mas serve de instrumento ou meio para ver tutelado ou satisfeito um outro direito, regulado pela lei material, (caráter instrumental). O direito de ação não é um fim em si mesmo. Já o processo, em existindo, deve ter os atos realizados de acordo com as normas que os regulam.

Tudo é uma questão lógica e decorre do sistema processual e não depende do legislador. Não me parece correto anular um processo porque o autor não tem interesse no exercício daquela ação, como não me parece correto que o processo deva ser extinto porque um ato, praticado lá no final, seja nulo ou anulável. Temos de fazer a distinção pela natureza dos "institutos" e por suas consequências.

Irrelevante o fato de o novo código de processo civil não ter se referido ao pedido juridicamente impossível, com hipótese de extinção do processo sem enfrentamento do mérito. Na última edição de seu Manual de Direito Processual Civil (existe excelente tradução de Cândido Dinamarco) também Enrico Liebman omitiu tal condição da ação, por entendê-la questão de mérito. Tema também controvertido. O pedido de prisão de algum devedor por ato ilícito, formulado em uma ação de indenização ou cobrança, seria apreciado pelo juiz ao final do processo? Haveria uma resolução do mérito do processo? No processo penal, o pedido de pena de morte ou açoite, pela prática de um latrocínio, suscitaria uma decisão de mérito?

Note-se que também no processo civil temos ou podemos ter condições específicas para determinadas ações, como a prova pré-constituída no mandado de segurança, segundo entendem alguns autores.

Em trabalho recente, ainda não publicado, mas divulgado pela internet, reiterei o que de há muito venho sustentando em palestras e nas minhas obras: a originalidade é também uma condição para o regular exercício do direito de ação. Para se admitir a ação, é necessário que não existam a litispendência ou a violação à coisa julgada. Nestas hipóteses, o segundo processo não deve ser anulado, mas extinto sem resolução do

mérito. O que se proíbe é a duplicidade da ação e isso nada tem a ver com a validade dos atos processuais.

Em suma, o novo Cod.Proc.Civil vai nos levar a crer que ação e processo são categorias idênticas? Se são distintas, não podem deixar de ter pressupostos, condições, requisitos (ou outro nome qualquer) diferentes. É até mesmo intuitivo.

Assim, a existência de uma categoria jurídica não depende de sua previsão expressa na lei, mas pode depender do próprio sistema. Por exemplo, a exigência de prova mínima para a admissibilidade da ação penal condenatória não está expressa no Cod.Proc.Penal e todos são unânimes em não aceitar ação penal condenatória sem que a denúncia ou queixa tenham algum lastro em prova no inquérito ou nas peças de informação. Entendemos que não bastam alguma prova da autoria e alguma prova da existência material, mas se fazem necessárias também prova mínima da culpabilidade e da ilicitude da conduta penalmente relevante, (hoje, abandono a polêmica expressão “justa causa” e a substituo por “por suporte probatório mínimo”, como quarta condição para o regular exercício da ação penal condenatória”.

Rio, outono de 2015.