

Perante as Bancas de Concurso

Jorge Amaury Maia Nunes

Professor da UnB e Advogado

que enfrentar bancas de concurso. Pensei que essa fase de minha vida já houvesse passado. Afinal as cãs, fruto de longo convívio com o pó de giz, já se instalaram decisivamente em minha cabeça, insinuando que esse ciclo de minha vida já houvesse sido cumprido.

Engano, ledο engano! Abrem-se inscrições para professor da UnB e lá estou eu entre os candidatos da área de TGP, processo, organização judiciária e prática forense, temeroso, com certeza, de pôr à prova as teses que sustento perante meus alunos, parceiros de investigação científica, sobre ação, condições da ação, poder discricionário do juiz (!?), ausência de litisconsórcio em denunciação da lide, etc.

Não só sobre os dois primeiros pontos enunciados, mas sobretudo em relação a eles, o meu afastamento da chamada escola de Direito Processual de São Paulo é flagrante (!), e cultivado diuturnamente, sempre com coloração de posição minoritária quando nada porque a contaminação editorial dos postulados da escola paulista é inafastável e grassa epidemicamente por todo o País.

A respeito desse dissenso, duas considerações me eram impostas previamente: 1) a afirmação de velho estadista, no sentido de que, numa democracia, se todos estão errados é porque todos estão certos; 2) a anedótica afirmação da mãe que considerava ser seu filho o único a marchar de modo correto na parada escolar. Essas considerações faziam tremer as minhas convicções: talvez todo o objeto de minha cogitação esteja irremediavelmente equivocado e a razão esteja com a chamada esmagadora maioria.

De outro lado, vinha-me à mente a afirmação verdadeira, fruto da inocência, da criança sem pejos: o rei está nu!

Talvez, mesmo ante público numeroso e eventualmente hostil, fosse meu dever afirmar que a teoria das condições da ação, como algo prévio ao exame do mérito, está nua; a teoria eclética da ação, nada obstante abraçada pelo Código de Processo Civil, é um rematado equívoco!

Ajudou-me entretanto, a sorte. Prova didática. Ponto sorteado: tutela cautelar, nas searas cível, penal e trabalhista. Nenhuma dificuldade, nenhum problema, nada a ver com condições da ação. Bastava cuidar das teses sobre um eventual direito substancial de cau-

bilidade do direito, e do *periculum in mora*, demonstrar o necessário caráter instrumental da tutela cautelar (e que, se houver satisfatividade em relação ao que seria o pedido de ação principal, é porque de cautela não se trata), os desvios sofridos na prática judiciária, discutir alguma coisa sobre a existência ou não de julgamento de mérito na cautelar e sobre a inaptidão para a formação da coisa julgada e estaria cumprida a missão.

A língua não coube dentro da boca. Não sei por que cargas d'água resolvi dizer (e nem sei em que momento o fiz) que as condições da ação são uma excrescência do direito brasileiro, toda vez que forem consideradas, como o faz o Código e o Processo Civil e a doutrina (ainda majoritária) brasileira, como algo prévio ao exame do mérito, acolhendo a existência do trinômio **pressupostos, condições e *meritum causae***.

A vingança veio a galope. No outro dia - prova oral sobre qualquer ponto do programa - a primeira pergunta da banca foi justamente sobre o adendo lançado na prova didática:

– Quer dizer então que o senhor acha que uma questão de legitimidade ativa, se examinada, implica exame de mérito?

– *De lege feren...*

– Não concordo. Se eu ingresso com uma ação pedindo ao juiz que condene o locatário a pagar os alugueres a meu filho, maior e capaz, credor dos alugueres, a questão aí é processual.

– Eu posso explic...

– Outra questão, o senhor falou que juiz não tem poder discricionário.

– Falei e posso prov...

– Não vejo diferença entre o ato do administrador e do juiz que escolhe uma providência apta a dar destino ao bem de um menor.

– Eu gostaria que a banca me deixasse falar, me deixasse sustentar meus pontos de vista...

Retirando o aspecto caricato que empresto à narração das questões polêmicas havidas naquelas ensanchas, esse o resumo da ópera que, evidentemente, não retrata tudo o que se passou no exame oral. Quanto a uma série de outras questões, os examinadores (aos quais agradeço a paciência e a gentileza de me haverem escutado) concederam-me o tempo disponível para justificar as posições acadêmicas que adoto.

O que não pude dizer naquele azo - quiçá por incompetência pessoal, quiçá pelo tempo destinado a cada um dos candidatos - digo-o, agora, neste espaço que gentilmente me oferecem os estudantes de Direito³³.

Vejam os que quero sustentar.

II

É USUAL DIZER-SE que legitimação é a pertinência subjetiva para a causa, e é usual, também, segundo a teoria eclética da ação, acolhida pelo Código de Processo Civil, e por entusiasmada parcela da doutrina nacional, dizer-se que o exame das condições da ação é uma coisa anterior e prévia ao exame de mérito, espécie de pressuposto (=o que vem antes) da ação, coisa diversa por óbvio, de pressupostos processuais.

O que venho afirmando, nos últimos quinze anos, é que a teoria eclética da ação e o famoso trinômio (pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa) têm padecimentos teóricos irremovíveis e que nem o fato de o legislador brasileiro haver acolhido a teoria no CPC é capaz de remediar o problema, pois a questão extrapassa os limites do controle do legislador e ingressa no campo da lógica.

Parece ocioso recordar que as primeiras formulações a respeito das condições da ação são encontradas no pensamento de Wach e Chiovenda, ambos preconizadores da autonomia do direito de ação em relação ao direito material invocado. Só que, na teoria de ambos, é de tal sorte imbricado o direito material no “autônomo” direito de ação que, ao fim e ao cabo, uma coisa acaba sendo a outra, tal como acontecia na chamada teoria civilista da ação ou simplesmente teoria imanentista.

De fato, a ambos pareceu que o direito de ação estava vinculado ao direito de obter uma **sentença favorável**. Ora, tem direito a obter uma sentença desse jaez quem, no plano do **direito material**, está, numa dada relação jurídica, em condição de subordinar a vontade de outrem.

Nem por outro motivo, Chiovenda estabelecia como condições da ação a legitimidade, o interesse e a **existência do direito**. Ora, em condições normais, existente (e exigível) o direito, não havia como não se atribuir ao pretensor a tutela jurídica vindicada. Não é necessário muito esforço, entretanto, para perceber que Chiovenda não se libertara, em definitivo, da teoria imanentista. É natural: assim como a natureza, a ciência também não é chegada a dar saltos, mormente

a ciência jurídica, misoneísta por excelência. Não se exigiria do mestre do processo que saltasse de uma realidade sedimentada em séculos e que, de um momento para outro, pusesse fora tudo o que até então era crido e afirmasse: *e pur si muove!*

E por não ter dado saltos, não conseguiu forçar-se à crítica de quantos que, estudando o mesmo tema, perceberam a sua insuficiência para explicar a existência das ações improcedentes (além de dirigir a ação contra o adversário e colocá-la no rol dos direitos potestativos, temas que, agora, não interessam a nossa preocupação). Vale dizer, entretanto, que as condições da ação, para Chiovenda, se inseriam no mérito da demanda.

Visando a corrigir o equívoco daquele mestre, Liebman retocou a teoria. A ação não é um direito abstrato, como queriam os opositores de Chiovenda (aqueles que ousaram dar salto maior, como Degenkolb e Plosz) mas também não é o direito à obtenção da sentença favorável. É, segundo esse novo entendimento, o Direito à obtenção de uma sentença de mérito.

Ao invés de binômio (pressupostos + mérito), trinômio: pressupostos processuais + condições da ação + mérito da causa.

Olvidou-se, porém, o prógona da teoria, de esclarecer onde encontrar as tais condições. Na clássica teoria Chiovediana, mesmo com toda crítica que se lhe fazia, ficava evidente que os pressupostos processuais se insculpiam na relação jurídica processual, permitindo a constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, e as condições da ação se inseriam na relação jurídica de direito material, aquela que dizia respeito ao bem da vida vindicado.

Parece que não pode sobejar dúvida de que o mérito tem pertinência com uma relação jurídica de direito material, com uma disputa, ainda que potencial, sobre um determinado bem da vida, e que, quando se fala em processo judicial, se está diante de uma referência continente e conteúdo, cada um com suas especificidades.

Costumo figurar um exemplo a respeito de um enólogo, que distingue dois momentos na atividade de degustação do vinho: um primeiro, destinado à escolha do copo adequado (continente) e o outro pertinente ao vinho em si (conteúdo) tinto, branco, seco, doce, gelado, em temperatura ambiente, não avinagrado, etc.

Continente e conteúdo, cada qual com suas especificidades inconfundíveis. Assim também se dá quando se postula em juízo. O processo, continente, necessita de seus pressupostos para servir de veículo à pretensão de direito material (conteúdo) que, para ser atendida, precisa possuir certos “requisitos”, mas que fazem parte da essência mesma do direito material. Se digo legitimidade *ativa ad causam*, estou cuidando de

³³ Num outro momento cuidarei da inexistência de poder discricionário do juiz quando atua no exercício de função judicante.

uma relação jurídica de direito material em que uma das partes se encontra apta a subordinar a conduta da outra. Se ela afirma estar apta, não o estando, porém, a sua pretensão posta em juízo será indeferida. O juiz, entretanto, para chegar a essa conclusão, terá examinado a lide, a controvérsia, etc. Não há nisso qualquer novidade, o Supremo Tribunal Federal, segundo anotado por Pontes de Miranda, nos idos de 1958, já indicava:

“No conceito de mérito se incluem todas as questões que de qualquer forma, se refiram à controvérsia existente entre as partes, cuja resolução pode levar ao julgamento do pedido para julgá-lo procedente ou improcedente, para acolhê-lo ou para rejeitá-lo, para condenar ou para absolver o réu; e não fazem parte do mérito as questões que dizem respeito ao processo, tal como foi proposto, e que visam a impedir o exame do mérito, deixando-o íntegro, de modo que possa ser reproduzido em novo processo, expurgado dos defeitos que não permitiram ao primeiro chegar à sua conclusão natural.” (Comentários, tomo VII, Forense, 1975, pág. 193)

Também Chiovenda, nas suas Instituições, afirmava que a legitimidade era uma questão de mérito. No Direito brasileiro, Calmon de Passos, desde sempre, sustenta a legitimidade *ad causam* como questão de mérito. No mesmo diapasão, caminha Ovídio Batista da Silva, demonstrando o equívoco teórico que representa a construção da teoria eclética da ação. Mais recentemente, Adroaldo Furtado Fabrício, em artigo publicado na Revista de Processo, também demonstra que o exame da legitimidade se insere no conceito de mérito. Enfim, cada vez mais a doutrina se convence de que a camisa de força criada pela teoria de Liebman não cabe no “manequim” da lógica.

É bem de ver que, quanto aos pressupostos processuais, a doutrina jamais estabeleceu dissenso. São pressupostos processuais relativos às partes: a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória. A qualidade de parte, como preleciona Calamandrei, se adquire *com abstração de toda referência ao direito substancial, pelo só fato, de natureza exclusivamente processual da proposição de uma demanda perante o juiz*. Vai ser discutida, com relação à questão processual envolvendo as partes, apenas a sua aptidão em termos de personalidade judiciária, é dizer, sua aptidão para se fazer presente em juízo, independentemente do direito material que deva ser discutido, e a necessidade de integração da capacidade da parte, por assistência ou representação. Discute-se, mais, a existência ou não da capacidade postulatória por aquele que vai a juízo e o seu exercício por meio de advogado, se for o caso.

Volto, agora, à formulação do concurso, nos estritos termos da afirmação lançada pela banca :

“Se eu ingresso com uma ação pedindo ao juiz que condene o locatário a pagar os alugueres a meu filho, maior e capaz, credor dos alugueres, a questão aí é processual.”

Data venia, não. A questão processual relativa à parte, pessoa física (ou visível, como prefere o direito argentino) será, apenas, verificar se ela se acha no exercício de seus direitos, se se acha assistida ou representada e se constituiu advogado, sendo o caso.

O fato de o pai não poder cobrar alugueres em favor do filho maior e capaz nada tem de processual. Aliás, a esse respeito, vem a talho invocar mais uma vez o magistério de Calamandrei: “la relación procesal se constituye y la calidad de parte se adquiere independientemente de la efectiva existencia del derecho y de la acción: aun quien propone una demanda sobre una relación sustancial inexistente **o sobre una relación ajena frente a la cual está desprovisto de legitimación activa** [é exatamente a questão de que se cuidava no exame], o contra una persona que no es legítimo contradictor en orden a aquella relación, da vida a una relación procesal.”³⁴

Assim, e sem embargo da devida homenagem à douta banca, que abraça a teoria de Liebman, a questão posta não se resolve na seara da relação processual e sim no campo da direito material, ou da ação de material, como bem posto por Ovídio Batista da Silva, com base no magistério de Pontes de Miranda.

³⁴ Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. II, EJE, 1986, Trad. Santiago Sentís Melendo, pág. 301.