

DIREITO DE AÇÃO: UMA CRÍTICA À TEORIA ECLÉTICA E A ADOÇÃO DA TEORIA ABSTRATA

RIGHT OF ACTION: A CRITICAL TO ECLECTIC THEORY AND THE ADOPTION OF THE ABSTRACT THEORY

Paulo de Almeida Pena¹

Vitor Hugo Gomes Vitor²

José Jair de Oliveira Júnior³

RESUMO: O presente artigo vislumbra sobre as teorias da ação no Direito Processual Civil, trazendo em breve síntese a trajetória histórica e os principais elementos constituídos em cada uma delas. Dentre as teorias adotadas ao longo do tempo, o estudo apresentado possui um enfoque principal na Teoria Eclética de Liéberman a qual foi adotada no CPC/73. A teoria trazia consigo características das Teorias Concreta e Abstrata do direito de ação, porém com um ponto falho nas Condições da Ação qual o presente artigo surgiu. O estudo é feito com um olhar analítico e crítico, buscando compreender e apontar o ponto falho da teoria e o porquê de adotar no nosso código processual a teoria abstrata. O método utilizado foi o dedutivo, pesquisa com profissionais da área e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito de ação. Crítica. Teoria eclética.

ABSTRACT: The present article looks at how theories of action not Civil Procedure Law, bringing in brief synthesis the historical trajectory and the main elements constituted in each of them. Among the theories adopted over time,

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev. Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: paulinho.pena@hotmail.com

² Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev. Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: vitorhugovitori@hotmail.com

³ Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev. Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: jjadvq@hotmail.com

the study presents a main focus in Liébman's Eclectic Theory, which was adopted in CPC/73. The theory brought with it characteristics of the Concrete and Abstract Theories of the right of action, but with a flaw in the Conditions of Action of this article. The study is done with an analytical and critical look, seeking to point out the faulty point of the theory and why to adopt in our procedural code the abstract theory. The method used for the deduction, research with professionals of the area and bibliographical.

Keywords: Right of action. Critical. Eclectic theory.

INTRODUÇÃO

Por meio do presente trabalho será indagado um tema de suma importância para o direito processual, o chamado direito de ação, que teve uma evolução gradativa na história com criação de diversas teorias de renomados doutrinadores. Foram utilizadas no seguinte artigo, pesquisas bibliográficas não empíricas em doutrinas, norma infraconstitucional, Constituição Federal e artigos de autores de notório saber jurídico.

As teorias discutidas no presente trabalho sobre o direito de ação são: a teoria civilista; a concretista; a abstrativista e a teoria eclética, que no Brasil foi desenvolvida e adotada. As teorias da ação têm notável importância dentro do estudo processual civil.

No desenvolvimento deste artigo, foi dada ênfase às críticas enfrentadas pela concepção eclética e assim depois de demonstrar tais vícios, vai ficar claro que não é adequada adotá-la no ordenamento jurídico brasileiro, e sim adotar a teoria abstrata de agir.

Para se entender o direito de ação de cada um deve-se entender antes como o Estado adquiriu o poder de pacificar os conflitos, e com isso as pessoas podem acessar o Estado-juiz para resolverem seus problemas.

Com a proibição da autotutela, onde as soluções dos conflitos de interesses eram resolvidas pelas próprias partes, e a limitação da

autocomposição, que é um consentimento espontâneo de um dos contentores em sacrificar o seu próprio interesse, em favor do interesse alheio.

Desta forma o Estado centralizou a solução dos conflitos da sociedade para si, pelo exercício da função jurisdicional, de acordo com as normas jurídicas.

A jurisdição deve ser provocada por estar inerte, e o interessado com uma pretensão deve acionar o poder jurisdicional para que atue diante o caso concreto. Assim, o individuo exerce um direito, conhecido por ação, que seu contentamento é feito pelo Estado através da prestação jurisdicional:

Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009 p. 267)

Direito de ação pode ser entendido como um direito fundamental, garantindo a quem o exerce o poder de acessar o judiciário e obter uma tutela jurisdicional adequada. É equiparado a um princípio que está destacado no artigo 5º, XXV da Constituição brasileira de 1988, o princípio da inafastabilidade: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Constituição faz uma breve referência ao direito de ação, sendo o direito à jurisdição fornecida pelo Estado para solução de conflitos, exercida por um terceiro imparcial substituindo a vontade das partes.

1 TEORIAS DO DIREITO DE AÇÃO

A partir do momento em que o Estado chama para si o exercício da função jurisdicional, retirando das mãos dos particulares o poder de fazer justiça inicia-se o estudo das teorias do direito de ação.

Ao longo do presente artigo, será estudado as principais teorias da ação ao longo da evolução histórica do estudo processual civil, passando pela teoria

civilista, concretista, abstrata e a eclética, a qual terá um enfoque principal pois a mesma é passível fortemente de crítica.

1.1 Teoria civilista

Foi o doutrinador Savigny quem desenvolveu a teoria civilista, que tinha como base a o conceito dos romanos lembrado por Gomes:

Savigny foi quem inicialmente desenvolveu a denominada Teoria Civilista, tornando-se seu maior sustentáculo. Partindo do conceito formulado pelos romanos, e invocado a celebre definição de Celso (Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debetur iudicio persequendi – Inst., L. IV, t. VI – A ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido), asseverou Savigny que a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou a violação. (1999 p. 20)

Nesta teoria se tinha o direito de ação quando o direito material fosse violado. Gomes relatou: “Para Savigny, a violação do direito gera uma relação ou um direito para quem a sofre, direito este que se chama “direito de ação” ou “ação” (1999 p. 20).

Savigny foi muito criticado em sua teoria, por ligar o direito de ação ao direito subjetivo material:

[...] Windscheid, demonstra ser insustentável a tese da “imanência do direito de ação ao direito subjetivo material, pois existem direitos de ação independentes dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles. Basta ter-se em vista a ação declaratória negativa. (GOMES, 1999 p. 21)

O debate entre Windscheid e Muther, dois romanistas que teve como marco a divisão de direito lesado e a ação:

Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009 p. 268)

1.2 Teoria concretista

Antes de se falar da teoria de ação concreto e abstrato de agir deve-se lembrar da ação como direito autônomo, onde se leva em consideração se reconhecer o direito subjetivo material protegido no seu caráter de direito público subjetivo, que se teve quando foi proibida a autotutela, tornando o Estado devedor da jurisdição:

Dessas novas ideias partiram outros estudiosos, para demonstrar, de maneira irrefutável, a autonomia do direito de ação. Distinguindo-o do direito subjetivo material a ser tutelado e reconhecendo em princípio seu caráter de direito público subjetivo, duas correntes principais disputam a explicação da natureza do direito de ação: a) a teoria do direito concreto à tutela jurídica; b) a teoria do direito abstrato de agir. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009 p. 268)

Será analisada primeiramente a teoria do direito concreto de ação, antes da abstrata de agir por ser considerada uma teoria mais evoluída e que é utilizada até hoje ao redor do mundo.

Na teoria concretista o direito de ação, se entendia por ser um direito a um julgamento favorável, é o direito de acessar o judiciário e ter um resultado procedente:

Fácil entender a razão pela qual ficou a teoria conhecida por esse nome. Na verdade, à exceção da declaratória negativa, condicionava a ação ao direito subjetivo material, que só poderia conduzir a uma sentença favorável. (GOMES, 1999, p. 31)

Sendo assim, o direito de ação sempre está vinculado a um direito material violado ou ameaçado, observa-se:

Segundo Wach, o direito de ação, embora não nasça junto com o direito subjetivo material, dele haverá de decorrer sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa. Assim, distinguem-se os dois direitos, mas o segundo nascerá depois do primeiro, seja da violação deste, seja da ameaça ao mesmo. (GOMES, 1999 p. 31)

Para garantir a vitória e exercer o direito de ação foram criadas algumas condições, e quando não preenchidas tais condições o sujeito entrava

na carência e por consequência o seu resultado era a improcedência. Com isso se percebe que para os concretistas só se tinha decisões de mérito fazendo coisa julgada:

Disso resulta haver Wach imposto três condições para ação, a saber: a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse que deveria ser real, e não imaginário; b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; e c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados. (GOMES, 1999 p. 31)

Essa teoria não conseguiu se firmar por não conseguir dar explicação razoável a diversos problemas que lhe foram colocados, por exemplo, qual o fundamento para provocação do Estado-juiz quando a ação não era procedente, porém foi muito importante na evolução do direito processual por dar base as outras teorias:

A crítica a essa teoria não é difícil. Fácil perceber que por ela só seria admitido o exercício do direito de ação quando resultasse em uma sentença favorável em decorrência das condições impostas, restando inexplicável o fenômeno da ação improcedente; nesta última hipótese, que direito teria exercido o autor para exigir a tutela jurisdicional? A resposta negativa, que se impõem segundo a concepção concretista, fez que esta teoria não resistisse às críticas. (GOMES, 1999 p. 32)

Para Chiovenda, a teoria da ação também deve ser elaborada como um direito concreto atual e potestativo, com sua existência antes do processo, um poder que o autor tem com o réu sujeitando-o a decorrência jurídica visada pelo requerente, com a atuação da vontade da lei, o ilustre doutrinador ainda fala que a natureza da ação pode ser pública ou privada, tudo depende do que o autor tenha interesse:

Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito – um direito de poder, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009 p. 269)

Chiovenda também sofreu críticas por expor sua teoria:

A ausência de qualquer obrigação por parte do réu, em decorrência do exercício de um direito potestativo por parte do autor, geraria, conforme Alfredo Rocco, uma relação jurídica deformada, já que teria um só termo. O que a doutrina de Chiovenda erigiu em direito autônomo e chamou de potestativo, continua Alfredo Rocco, nada mais é do que a faculdade, naquele direito compreendida, de o titular respectivo iniciar o exercício do mesmo por meio de expressa declaração de vontade (GOMES, 1999 p. 34)

1.3 Teoria abstrata

Antes de Chiovenda demonstrar sua doutrina do direito de ação com a concepção concretista, Degenkolb e Plósz criaram a concepção do direito de ação, assim se deu início a teoria da ação como direito abstrato de agir.

Diferente dos concretistas, na teoria do direito de ação abstrato é identificado o direito de ação mesmo se o indivíduo não tenha direito material violado, mesmo se o resultado do processo foi negativo ao esperado, um julgamento improcedente ao seu pedido. Por isso o termo abstrato: abstrai o resultado da decisão.

Neste caso, como não depende do direito material, pode-se dizer que o direito de ação é o direito à jurisdição, independente de qual for o resultado. É o direito de provocar o Judiciário e dele ter uma resposta:

Além disso, o direito de ação não se vincula a nenhum tipo de direito material afirmado: o direito de ação permite a afirmação em juízo de qualquer direito material. Por isso, diz-se que o direito de ação é abstrato, pois independe do conteúdo do que se afirma quando se provoca a jurisdição. (DIDIER JR, 2017 p. 321)

Para o direito de ação abstrato não se fala em condições da ação. Há uma separação em duas opções: ou o Estado-juiz analisa o direito afirmado, assim se decide o mérito, podendo sua decisão ser procedente (positiva para o autor) ou improcedente (positiva para o réu). A outra opção para os abstrativistas são os pressupostos processuais, que teve sua

proveniência através de Oskar Bülow. Conhecida como juízo de admissibilidade do processo, que confere aptidão para o julgamento do mérito, sendo assim, um vício processual. Tal defeito processual pode ser corrigido, logo após ser sanado se analisa o pedido:

Assim como o reconhecimento da relação jurídica deduzida (a cujo respeito discutem os litigantes) pressupõe a verificação de certos fatos, “também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, depende da presença de determinados elementos, que condicionam, em termos globais, a existência. Tais seriam os pressupostos processuais”. (DIDIER JR, 2017 p. 349)

Costuma-se em falar que os pressupostos processuais são: pressupostos de existência e requisitos de validade. Didier Jr diz:

“Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade[...]” (2017 p. 350).

Os pressupostos de existência ainda se dividem:

- a) Subjetivos (capacidade de ser parte e órgão investido de jurisdição) e;
- b) Objetivos (a demanda que é o elo da parte com o órgão investido de jurisdição)

Os requisitos de validade se dividem:

- a) Subjetivos (competência, imparcialidade e legitimidade);
- b) Objetivos intrínsecos (são as regras utilizadas dentro do processo, se da previsibilidade ao procedimento);
- c) Objetivos Extrínsecos positivos (interesse de agir de acordo com a sua utilidade e necessidade de ter uma intervenção jurisdicional) e negativos (não pode existir para o processo ter validade, ex. inexistência de coisa julgada).

Depois de se ter conhecimento das duas opções que abrangem o direito de ação na concepção abstrata, o direito de ação é identificado como um direito de qualquer cidadão de ter uma tutela jurisdicional

do Estado, não se vinculando à efetiva procedência do direito afirmado alegado:

O direito de ação é, portanto, um direito subjetivo público do cidadão contra o Estado, tendo por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato à intervenção deste para a eliminação dos obstáculos que a incerteza ou inobservância das normas válidas no caso concreto possam opor à realidade dos interesses tutelados. O objeto desse direito é a prestação por parte do Estado de sua atividade jurisdicional, para o acerto do direito incerto e para a realização forçada do interesse para o qual seja certa a tutela. (GOMES, 1999 p. 38)

O direito de ação na teoria abstrata é um direito que existe anteriormente do provocamento do judiciário, sendo um direito de agir:

É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido com abstração de qualquer outro direito (por isso denominou-o Plósz direito abstrato); preexiste à própria demanda, constituindo-se esta tão somente o meio através do qual pode ser exercido. Competiria a qualquer cidadão que viesse invocar a proteção de uma norma legal em benefício do interesse alegado. (GOMES, 1999 p. 37)

É importante lembrar que, a decisão que examina o mérito faz coisa julgada, está expresso no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 506: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”.

Didier Jr diz: “A coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada. (2017 p. 184)”.

Portanto, para a concepção abstrata, na situação que tenha algum problema de admissibilidade no processo, não se pode analisar o mérito e conseqüentemente não se faz coisa julgada. Mas também quando o autor consegue sanar o vício processual, esse poderá repropor a ação. Um exemplo clássico é a ação ajuizada por um advogado sem procuração, o juiz não analisará o mérito. Extinta a ação, quando ajuizada novamente, com a procuração anexada nos autos, o juiz conhecerá o mérito.

O direito de ação é um direito preexistente a demanda, decorrente do direito fundamental à inafastabilidade, deixando claro que é um direito de acessar a justiça independente do resultado ulterior. Lembrando que a teoria abstrata é a que predomina no mundo.

1.4 Teoria eclética

Sendo assim, Liebman tentou aproveitar a teoria concretista e abstrativista e formar uma nova teoria, denominada de teoria eclética:

E a “nova síntese” proposta por Liebman consistiu na tentativa de conciliar aquelas duas principais correntes, de forma que tal conciliação se ajustasse à sua definição de atividade jurisdicional, segundo suas próprias palavras. (GOMES, 1999 p. 42)

Enrico Tullio Liebman foi professor em São Paulo e teve sua ideia aceita pelos seus alunos na graduação de Direito. Lembrando que, o Brasil foi o único país do mundo a aderir essa teoria de ação, que constituía em dizer que o direito de ação é um direito a um julgamento que analisa o mérito, percebamos:

Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 271)

Anteriormente foi visto que, na teoria concreta, o direito de ação era um direito a uma decisão procedente, e no caso do direito de ação abstrato, não precisava da decisão e sim que todos tinham o direito de ação que é preexistente à demanda:

A ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, deve ser tida, segundo propugna Liebman, como direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide ou, em suma, a análise do mérito. Impõe-se, neste passo, o esclarecimento sobre a posição de Liebman a respeito de “lide, mérito e jurisdição”. (GOMES, 1999,p. 43)

Liebman tem sua própria conceituação de jurisdição:

Entende Liebman por jurisdição a atividade do poder judiciário que viabiliza, na prática, a realização da ordem jurídica, mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas. E essa realização só é conseguida pela decisão de mérito. (GOMES, 1999 p. 43)

Na concepção eclética volta a se falar na categoria de condições da ação, sendo que tais condições precisariam ser preenchidas para se ter uma decisão de mérito, não sendo questões de mérito e nem de admissibilidade e sim apenas questões relacionadas ao processo, como foi dito em seu artigo Fredie Didier: “As condições da ação não seriam questões de mérito nem seriam propriamente questões de admissibilidade; seriam, simplesmente, questões relacionadas à ação.”

Nas palavras de Gomes, “as chamadas condições da ação, juntamente com o conceito de mérito e o de jurisdição, constituem a pedra angular, ou esteio, que sustenta a teoria eclética.” (1999 p. 41)

Em singelas palavras, Didier Jr (2017 p. 344) conceitua esta categoria de condições da ação como algo pré-existente a ação em si: “condição da ação é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo, com o propósito de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial.”

Sendo assim, uma condição da ação teria um elo com os elementos da ação:

Uma condição da ação seria uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), que estaria em uma zona intermediária entre as questões de mérito e as questões de admissibilidade. (DIDIER JR, 2017 p. 344)

Para se ter uma decisão de mérito o autor deveria preencher as condições da ação, que diferente da concepção concretista não se trata de condições para a vitória. Assim são três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir e legitimidade, não preenchidas tais condição para a corrente eclética o autor entra na carência da ação, onde o mérito não será examinado, aqui é encontrada outra diferença com a teoria

concretista, onde carência de ação é improcedência do pedido, é decisão de mérito e no caso da concepção de Liebman quando não se preenche as condições não se analisará o mérito e não fazendo coisa julgada, considera-se:

Para Liebman e seus seguidores, três são as condições a serem satisfeitas para que o autor não seja julgado “carecedor de ação”, quais sejam:

- A possibilidade jurídica do pedido: consiste na previsibilidade, pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor. Em outras palavras, o pedido formulado deve obter correspondência, in abstracto, na lei. O exemplo clássico de pedido juridicamente impossível é a cobrança de dívida de jogo, excluída da apreciação jurisdicional pelo art. 1.477 do Código Civil.

- O interesse de agir: implica a necessidade e/ou utilidade da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado. Esta necessidade pressupõe, assim, um conflito de interesse, pois sem a lide não haverá lugar para a invocação da tutela jurisdicional. Em suma, o interesse, ou necessidade, de tutela jurisdicional decorrerá da ameaça ou da violação do direito subjetivo.

- A legitimidade: o autor, para da Teoria Eclética, deve também ser um dos titulares da relação substancial posta à apreciação do juiz. Já o réu deverá ser o outro sujeito da relação litigiosa. Implica a legitimatio ad causam, portanto, a correspondência, ou identidade, entre os dois sujeitos da relação processual (autor e réu) e os sujeitos da relação de direito material discutida em determinado processo. Assim, “A” será parte legítima para propor uma ação de despejo contra “B”, caso seja o locador do prédio objeto da mesma; na hipótese de vir a ação ser proposta contra “C”, deverá o juiz reconhecê-lo parte ilegítima para suportá-la.” (GOMES, 1999 p. 41)

Lembrando que, para Liebman não se tem direito de ação caso as condições não forem preenchidas:

Há determinados requisitos, segue Liebman, cuja ausência inviabiliza o exame do mérito, ou a decisão da lide. São requisitos para a própria existência da ação, tendo por isso sido denominados “condições da ação”. Assim sendo, conclui-se que para esta doutrina a atividade desenvolvida pelo juiz ao perquirir sobre as condições da ação não terá natureza jurisdicional. Aliás, Liebman é expresso no sentido de que nessa fase preparatória o processo funciona, em certo sentido, como um filtro, de modo a evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios. (GOMES, 1999 p. 43 e 44)

Essa teoria ficou consagrada no direito brasileiro com o Código de Processo Civil de 1973, por ser elaborado por um seguidor de Liebman. Alfredo Buzaid fez uma homenagem a seu professor:

O CPC-1973 consagrou essa categoria. O inciso VI do seu art. 267 autorizava que o processo fosse extinto, sem resolução de mérito, quando “não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. No inciso X do art. 301, o CPC-1973 mencionava a carência de ação como matéria de defesa do réu – carência de ação é a falta de alguma das condições da ação. (DIDIER JR, 2017 p. 344)

Porém, a teoria de Liebman era repleta de críticas: Uma delas é que o direito de ação é um direito a uma decisão de mérito, então o que é o período da propositura da ação até a sua extinção se o processo não julgar o mérito? Que direito seria esse de provocar a atividade jurisdicional? Então Liebman não sabia responder, como segue:

A primeira e irrespondível crítica imposta à concepção de Liebman foi justamente quando à indefinição da natureza da atividade do juiz enquanto examina e decide sobre as condições da ação, já que não a enquadrava no âmbito da jurisdição, nem da administração e tampouco da legislação. Para Victor FairénGuillén faltou a Liebman, por igual, explicitar se em tal hipótese estar-se-ia frente a um processo ou não; e uma das consequências dessas indefinições é que não se saberia identificar o marco inicial de um processo enquanto não certificada a presença das condições da ação. (GOMES, 1999 p. 52)

Outra crítica é do princípio lógico do terceiro excluído (entre dois extremos lógicos, não há terceira opção), ou o juiz decide o mérito ou ele não decide, não existiria a categoria condição da ação, é absolutamente desnecessária essa última categoria:

[...] se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. (DIDIER JR, 2017 p. 345)

Não tem como a possibilidade jurídica do pedido ter uma decisão sem analisar o mérito, já que mérito é pedido. Então se o pedido é impossível, assim não sendo acolhido, então terá uma decisão de mérito, diz Didier Jr, (2017, pg. 402) “Consagra-se o entendimento, praticamente unânime

até então, de que a impossibilidade jurídica do pedido é causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade”.

Com a vigência do NCPC 2015 se tem mais uma baixa para a teoria de Liebman, já que extingue de um texto normativo os termos Condição da ação e Carência de ação. Também se tem a ausência da possibilidade jurídica do pedido não ser mais questão de admissibilidade, sendo agora examinada como hipótese de improcedência liminar do pedido e a legitimidade e interesse de agir passam a fazer parte como pressupostos processuais, como segue:

[...] criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido. (DIDIER JR, 2017 p. 346)

a) o assunto “condição da ação” desaparece, tendo em vista a inexistência da única razão que o justificava: consagração em texto legislativo dessa controvertida categoria;

b) a ausência de “possibilidade jurídica do pedido” passa a ser examinada como hipótese de improcedência liminar do pedido [...]

c) legitimidade ad causam e interesse de agir passam a ser estudados no capítulo sobre os pressupostos processuais.” (DIDIER JR, 2017 p. 347)

O NCPC ainda poderia ter avançado ainda mais e reconhecer a legitimidade ordinária como questão de mérito:

Se a parte não for titular da situação jurídica litigiosa, a decisão é necessariamente de mérito: o órgão jurisdicional examina o mérito da causa (situação jurídica litigiosa), para reconhecer que a parte não titulariza a posição jurídica afirmada (a posição de credor ou possuidor, por exemplo). (DIDIER JR, 2017 p. 401)

2 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Entendimento do fim da categoria condição da ação com projeto do novo CPC surgiu um debate entre Fredie Didier Jr e Alexandre Freitas Câmara.

Com o novo CPC não se teria mais o sistema trinômio dividindo em questões de mérito ou pressupostos processuais, professor Fredie Didier Jr da sua opinião: “Diante disso, a possibilidade jurídica do pedido não seria mais uma condição da ação. Se o pedido for juridicamente impossível, deverá o juiz

proferir sentença de improcedência, e não de carência de ação”. (CUNHA, 2013)

Mesmo abolindo os termos essenciais da teoria eclética de um texto normativo existe um lado que afirma que o novo CPC não acabou com as condições da ação relata Alexandre Câmara:

Embora o projeto do novo CPC não faça uso da expressão “condições da ação”, nem do termo “carência de ação”, não se poderia entender, na sua opinião, que a categoria “condição da ação” seria eliminada ou abolida. Isso porque esta diz respeito à ação, enquanto os pressupostos processuais concernem ao processo. Sendo a ação e o processo institutos distintos, cada um tem seus próprios requisitos, não sendo possível confundir as condições da ação com os pressupostos processuais. Tanto aquelas como estes persistiriam com o advento do novo CPC. (CUNHA, 2013)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que, o presente estudo, teve por objetivo principal analisar as teorias do direito de ação e demonstrar que a teoria eclética é um retrocesso na ciência processual, sendo alvo de muitas críticas, ficando claro que a teoria abstrata seria a correta para ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Demonstrou-se as falhas da teoria eclética e que a teoria abstrativista é a mais adequada a ser utilizada no ordenamento jurídico, oferecendo informações da criação de cada teoria, vícios encontrados e a mais apta a ser utilizada no ordenamento jurídico.

Portanto, tendo em vista que o Estado centralizou para si resolver os problemas da sociedade, proibindo a autotutela e limitando a autocomposição, através da jurisdição.

Pensando que, o direito evolui continuamente, a concepção eclética por caracterizar que para se ter o direito de ação, deve ter um julgamento de mérito, ou seja, uma decisão sobre o pedido. Entende que as condições não se enquadram em questões de mérito, nem processuais, e sim, apenas como questão de condição da ação, Liebman deixou essa situação

vaga e confusa, com isso teve muitas críticas que não conseguiu dar explicação como foi apontado no desenvolvimento deste artigo.

Pode-se dizer que, ao adotar a teoria eclética, o Brasil estaria retroagindo, assim a melhor definição para o direito de ação está na teoria abstrata onde descreve como um direito público abstrato de agir, não estando atrelado a um direito material a ser tutelado, sendo um direito preexistente, que a pessoa tem de acessar o judiciário e conseqüentemente receber uma resposta abstrata, é o direito à jurisdição, independente do resultado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição 88. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 out. 2017

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 22 out. 2017

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 2009. 378 p.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Doutor em Direito pela PUC/SP, com pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. 2013. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sera-o-fim-da-categoria-condicoes-da-acao-uma-intromissao-no-debate-travado-entre-fredie-didier-jr-e-alexandre-freitas-camara/>> Acesso em: 22 out. 2017

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v 1, 880 p.

_____. Condições da ação e o projeto de novo CPC. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>> Acesso em: 22 out. 2017

GOMES, Fábio. **Carência de ação**: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 115 p.