

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Wendell Larruscain da Silva

**DA (IN)APLICABILIDADE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO  
CONSTITUÍDAS PELA TEORIA GERAL DO PROCESSO COMO  
CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA**

Porto Alegre

2018

WENDELL LARRUSCAIN DA SILVA

**DA (IN)APLICABILIDADE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO  
CONSTITUÍDAS PELA TEORIA GERAL DO PROCESSO COMO  
CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2018

**DA (IN)APLICABILIDADE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO  
CONSTITUÍDAS PELA TEORIA GERAL DO PROCESSO COMO  
CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Aprovado em .....

**BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

\_\_\_\_\_

Prof. Dr. Odone Sanguiné

\_\_\_\_\_

Prof. Dr. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

*À sociedade brasileira, destinatária de tudo o que construí e construirei ao longo da minha trajetória no Direito.*

## **AGRADECIMENTOS**

Eis que me vejo na iminência do término do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Definitivamente, eu não escolhi o curso de Direito. Eu costumo dizer que ele é que me escolheu. Isso porque nunca foi uma opção para mim transformar-me em um profissional da área.

Decidi inicialmente cursar engenharia mecânica. Prestei o vestibular da UFRGS para este curso.

Mas não deu certo. Decepcionei-me com o curso. Já no primeiro semestre sucumbi. Fiz “meio” semestre de engenharia mecânica e tranquei a matrícula.

Não sabia mais o que fazer. Até que, por sugestão da família, decidi que ia fazer Direito.

Quando comecei a cursar Direito, me vislumbrei com a Egrégia Faculdade de Direito. Descobri um mundo totalmente novo e, em um verdadeiro processo de imersão, comecei a me modificar, a amadurecer e, enfim, finalmente encontrei meu caminho.

Meus agradecimentos não são somente por este trabalho. As pessoas que a seguir mencionarei são responsáveis pela mudança operada em minha vida, e pela felicidade e o preenchimento que o Direito me proporciona diariamente.

Por ter chegado até aqui, agradeço à minha família. A meus pais, Flavio e Elisete, e a meus irmãos, Willian e Wallison, que foram e ainda são a minha base, alicerces do meu ser.

Agradeço à minha namorada (futura esposa), Larissa Pagliarini, por compartilhar comigo dos momentos mais críticos, de dificuldades exacerbadas, incertezas, anseios, mas também de felicidades, alegrias e sucessos. Agradeço a ela por me corresponder, me entender, me apoiar, sonhar junto comigo e por sempre estar ao meu lado, incondicionalmente, me ajudando a ser alguém melhor e construindo comigo o futuro maravilhoso que certamente nos espera.

Agradeço a meu primo, Maurício, e a sua esposa, Andressa, por me influenciarem a cursar Direito, no princípio, me mostrando as vantagens e as belezas desta ciência maravilhosa, que tanto amo.

No âmbito profissional, e também de amizades, agradeço ao escritório Pinho, Salum & Possebon Advogados, por ter me proporcionado, ao longo do curso, o aprendizado prático que foi decisivo para meu aperfeiçoamento técnico e pela potencialização das minhas capacidades cognitivas, facilitando minha trajetória acadêmica. Em especial aos advogados Gabriel Nogueira Salum, Bruno Possebon Carvalho, pela compreensão, amizade, conselhos e auxílios de todas as ordens. Ainda, aos advogados Gabriel Paczek Sousa e Fabio Baraldo, por terem contribuído diretamente para a execução deste trabalho, afora pela amizade que forjamos a partir das relações profissionais.

Ainda, sou grato a minha *Alma Mater*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela excelência no ensino, pelos professores, mas, principalmente, pelas amizades que por ela me foi proporcionada ao longo do curso.

A principal amizade com a qual a UFRGS me presenteou, sem dúvida, foi a dos guris do Atlético Constituinte, meu segundo clube do coração, que espero levar para além dos muros da Faculdade de Direito, sonhando que meus amigos um dia se tornem grandes nomes do Direito, certo de que não faltará neles capacidade e competência para tanto. Em especial, ao querido Vinícius Adami Casal, por ter contribuído diretamente, com sua inteligência e paciência, na execução deste trabalho.

Por fim, agradeço ao meu orientador e professor, Dr. Mauro Fonseca Andrade, não só pelo auxílio relacionado diretamente com a execução do presente trabalho, mas também pelo exemplo de profissional, tanto como operador do direito, com atuação no Ministério Público, quanto como professor. Uma pessoa de fibra, coragem e que encara seu papel com seriedade e responsabilidade, educando pelo exemplo.

*A vida do direito é o diálogo da história.*

*Miguel Reale*

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar se as condições da ação criadas pela Teoria Geral do Processo e remanescentes do direito processual civil são aplicáveis no direito processual penal, como condições da ação penal condenatória, ou se subsiste uma visão que confere ao direito processual penal autonomia e independência para estruturar seus pressupostos teóricos e, conseqüentemente, ditar quais são as condições da ação penal condenatória, sob uma perspectiva própria, levando em conta suas peculiaridades e necessidades.

Para isso, começa-se com uma retrospectiva histórica do direito de ação e o contexto de surgimento das condições da ação. Ao depois, verifica-se a configuração e aplicação das condições da ação no direito processual civil. Passando-se a analisar da perspectiva do direito processual penal, será exposta a visão dos processualistas da área criminal que adotam a Teoria Geral do Processo como aplicável a ele, para, por fim, expor a visão da doutrina que pugna pela autonomia da ciência processual penal, bem como as condições da ação penal condenatória sob uma perspectiva autônoma e independente.

**Palavras- Chave:** Condições da ação. Condições da ação penal. Direito Processual Civil. Direito Processual Penal. Liebman. Ação Penal Condenatória.



## ABSTRACT

This paper aims to analyze whether the causes of action, as created by the General Theory of Procedure Law and deriving from the civil procedure law as well, are applicable or appropriate to the adjudication process of criminal procedure law or, instead, whether a vision conferring criminal procedure law autonomy and independence to structure its own theoretical premises (therefore stipulating the conditions of criminal procedures, taking into account solely peculiarities and necessities of this field of Law) still subsists.

To this purpose, this paper firstly presents both a historical background concerning the right to bring an action in courts and the context to which the causes of action are connected. Secondly, it examines the conformation and the enforcement of causes of action in the realm of civil procedure law. Afterwards, it exposes the legal doctrine which recognizes the applicability of the General Theory of Procedure Law to the realm of criminal procedure law. Lastly, it exposes the legal doctrine which supports the autonomy of criminal procedure law instead and the approach to the conditions of admissibility of criminal proceedings in an autonomous and independent perspective.

**Keywords.** Causes of action. Conditions of admissibility of criminal proceedings. Civil procedure law. Criminal procedure law. Liebman. Criminal proceedings.

## **LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS**

CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
MJ	Ministério da Justiça
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TGP	Teoria Geral do Processo

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO</b> .....	15
2.1. UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA .....	15
2.2. CONTEXTO DE SURGIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO.....	16
<b>3. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NA VISÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL</b> .....	33
3.1. ORIGEM DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A TEORIA DE LIEBMAN. BREVES COMENTÁRIOS.....	34
3.2. LEGITIMAÇÃO.....	35
3.3. INTERESSE DE AGIR .....	43
3.5. A EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO COMO FATOR (IN)DISPENSÁVEL PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO. VISÃO ADOTADA E MUDANÇAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	53
<b>4. VISÃO CLÁSSICA: AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA COMO REFLEXO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL</b> .....	56
4.1. LEGITIMIDADE.....	60
4.2. INTERESSE DE AGIR .....	64
4.3. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO .....	66
4.4. JUSTA CAUSA.....	69
4.5. CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE .....	72
<b>5. UMA NOVA VISÃO: AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NA DEFINIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA. PELA BUSCA DE UMA AUTONOMIA TEÓRICA E CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	74
5.1. ASPECTOS GERAIS .....	75
5.2. TIPICIDADE APARENTE OU INJUSTO APARENTE OU <i>FUMUS COMISSI DELICTI</i> .....	79
5.3. PUNIBILIDADE CONCRETA.....	82
5.4. LEGITIMIDADE DE PARTE.....	83
5.5. JUSTA CAUSA.....	84
5.6. CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO PENAL EM SENTIDO ESTRITO .....	86
<b>6. CONCLUSÕES</b> .....	88
<b>7. REFERÊNCIAS</b> .....	90

## 1. INTRODUÇÃO

Não se discute que hoje em dia as condições da ação são imprescindíveis para o manejo de processos judiciais. Elas atribuem uma tarefa tanto para o autor que promove uma demanda, quanto para o juiz que inicialmente a recebe, de observarem requisitos formais, a serem analisados precedentemente ao mérito da causa que está sendo levada a juízo, de modo que a ausência ou irregularidade das condições inviabilizam o exame do mérito. Isso ocorre tanto no âmbito do direito processual civil, quanto no âmbito do direito processual penal.

Todavia, a noção de condições da ação não surgiu concomitantemente à noção de processo, ou mesmo à noção de ação. Ela é resultado de uma evolução histórica, mas, sobretudo, doutrinária, por meio do trabalho de muitos processualistas atuantes ao longo do século XX, que da mais primitiva noção do direito de ação, em Roma, desembocou na noção das condições da ação, consagradas na Teoria da Ação, de Enrico Tullio Liebman.

A teoria de Liebman é a base da noção atual das condições da ação. Mesmo essa teoria já sofrendo algumas alterações e interpretações pelos autores que sucederam a Liebman na linha do tempo, adequando a teoria à realidade jurídica de seu tempo, sua essência se manteve ao longo dos anos.

Dessa forma, não se discute que, na seara processual civil, a teoria de Liebman se consagrou, principalmente sob o rótulo de uma chamada Teoria Geral do Processo.

Todavia, paira controvérsia sobre se a chamada Teoria Geral do Processo, insculpida sob os pressupostos teóricos e pelos autores consagrados na seara processual civil, seria aplicável, sem ressalvas, à seara processual penal.

Percebe-se uma crescente linha doutrinária, moderna, que rechaça sobremaneira a aplicação da Teoria Geral do Processo ao direito processual penal, pugnando por uma autonomização da ciência processual penal, devendo ela ser construída sobre seus próprios alicerces teóricos, adequados a suas peculiaridades e a seus próprios anseios.

Principalmente em função da inadequação do conceito de *litis* ao processo penal, essa linha doutrinária defende assiduamente que as condições da ação, na forma em que proposta por Liebman, são sobremaneira incompatíveis com a realidade do direito processual penal, sendo necessária e urgente uma reforma, não só das condições da ação penal

condenatória, mas também dos pressupostos teóricos do direito processual penal, vislumbrando uma autonomia e independência em relação ao direito processual civil.

Dito isto, este trabalho abordará a evolução história do direito de ação, demonstrando as teorias que se sucederam no tempo, e a forma pela qual elas foram se modificando até que se chegasse à noção de condições da ação, veiculadas pela teoria de Liebman.

Basicamente, serão expostas três grandes linhas teóricas a respeito do direito de ação e das suas respectivas condições para o seu exercício.

A primeira delas diz com a visão clássica, tal como trabalhada por Liebman, a qual pugna pela existência de três condições da ação, quais sejam, legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Essa é a linha teórica adotada pelo revogado Código de Processo Civil de 1973.

A segunda linha teórica dirá respeito à evolução do pensamento de Liebman, que modificou-se nos idos dos anos setenta do século passado, para considerar a existência de apenas duas condições da ação, quais sejam, legitimidade e interesse de agir, suprimindo a possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação.

Ao depois, será apresentada uma nova proposta de condições da ação penal condenatória, na linha doutrinária que defende uma autonomização do direito processual penal, para que ele tenha seus próprios pressupostos teóricos, científicos, e se desvincule do direito processual civil, deixando de lado os conceitos e pressupostos simplesmente herdados dessa outra área do direito.

Após, trabalhar-se-á as condições da ação de uma perspectiva específica, tecendo alguns comentários sobre as referidas condições, sua configuração e modo de atuação a partir da Teoria Geral do Processo, com aplicação no direito processual civil.

Pretendemos, com isso, examinar as condições da ação de Liebman e sua aplicação no âmbito do direito processual penal, bem como verificar o modo de funcionamento das condições da ação penal condenatória, sob o pálio da Teoria Geral do Processo.

Nossa proposição vai no sentido de responder a pergunta sobre qual linha doutrinária é mais viável à realidade do direito processual penal. Ou seja, se deve prevalecer a Teoria Geral do Processo que, justamente por ser geral, encontraria aplicação em qualquer ramo do

direito; ou se, de fato, a realidade do direito processual penal diverge muito com a do direito processual civil – sobre o qual foi construída a referida teoria geral – e, diante disto, se faz necessária uma urgente reforma e uma autonomização da ciência processual penal com relação ao direito processual civil

Por fim, importa ressaltar que o presente trabalho utilizou o método dedutivo, partindo da hipótese-problema sobre se seria aplicável a ideia de Teoria Geral do Processo às particularidades inerentes ao direito processual penal, cuja resposta negativa ensejará a filiação à corrente doutrinária que pugna pela autonomia teórica deste ramo do direito.

## 2. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

### 2.1. UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Para a realização de um trabalho cujo propósito seja a análise comparativa, sob perspectivas distintas, do fenômeno jurídico intitulado *condições da ação*, impõe-se a indagação, a pesquisa e a consequente demonstração do contexto fático, histórico, social, econômico, político e normativo que deu ensejo ao surgimento da necessidade de se começar a trabalhar, em nível processual, com o referido fenômeno.

Desde há muito tempo iniciou-se a discussão sobre o direito de ação e seus consectários, sempre carregada de peculiar polêmica, situação evidente até os dias de hoje, em função das controvérsias doutrinárias que permeiam a análise do tema.

Mesmo diante da referida polêmica, o evoluir dos tempos trouxe, em certa medida, na evolução doutrinária e legislativa, situação de majoritariedade com relação à separação do direito de ação e do direito material, por aquele veiculado, de modo que a maioria dos autores que trabalharam o tema pressupuseram esta separação.

Diversas foram as teorias da ação, todas buscando justificar sua existência e sua aplicação. E menciona-se o contexto de surgimento do direito de ação porquanto estar ele umbilicalmente ligado ao contexto de surgimento das suas próprias condições, de modo que, para poder-se falar destas, impõe-se o cotejo da evolução do direito de ação, até o momento em que, para falar do direito de ação, tornou-se imprescindível trabalhar com as condições autorizativas ao seu exercício.

Neste sentido, impera mencionar que o direito de ação, em sua origem, justificou seu surgimento, faticamente, pelo fato de que o Estado proibiu aos particulares de fazer justiça com as próprias mãos, cabendo a estes se dirigirem ao primeiro para reclamar sanção contra quem tenha violado o direito.

Neste sentido, já defendia Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>1</sup> que “Uma vez que o Estado proibiu aos particulares de fazerem justiça com as próprias mãos [...] surgiu para estes o direito de se dirigirem ao Estado [...] para reclamar a sanção contra aquele que, por acaso,

---

<sup>1</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 351.

lhes violou o direito”. De modo que, mesmo em sua forma primitiva, o direito de ação era uma alternativa melhor à forma que se adotava para resolução das controvérsias.

Arremata, referindo que a proibição imposta pelo Estado aos particulares de resolverem os conflitos *manu militari* fundamenta, o direito de ação. Surge, então, o direito de se dirigir ao Estado para que ele aplique o direito objetivo<sup>2</sup>.

A principal constatação a ser feita, no contexto de surgimento do direito de ação e, por consequência, das condições da ação, insere-se no debate doutrinário que levou à consolidação da separação entre o direito de ação e o direito material, por aquele veiculado.

Em Roma, entendia-se que o direito de ação nada mais era do que o direito de perseguir em juízo o que lhe era devido. A ação era vista como uma face do direito material violado em estado de reação. Era exercido contra o violador e estava muito longe de constituir um direito autônomo em relação ao direito material<sup>3</sup>.

Vê-se, pois, e repise-se: desde Roma, já delineavam-se apontamentos a propósito do direito de ação, da relação deste com o direito material envolvido, bem como – e por consequência – das condições para o exercício e incidência de cada um desses direitos, situação que evolui ao longo dos séculos XIX e XX, para desembocar, por derradeiro, na Teoria de Liebman, que até hoje serve de referência teórica para a disposição legislativa atual do Código de Processo Civil (CPC) e, em certa medida, do Código de Processo Penal (CPP).

## **2.2. CONTEXTO DE SURGIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO**

Desde os apontamentos a respeito da ação à época romana, muitos séculos se passaram, até que, finalmente, as referências por lá feitas a propósito da relação entre direito de ação, direito material e condições da ação viessem a ganhar relevância no cenário do direito processual, o que se deu com maior intensidade na Europa.

Neste sentido, diversas e inúmeras foram as teorias que tentaram explicar essa relação entre o direito material e o direito de ação, bem como o mecanismo de funcionamento e de exercício desses direitos, de forma independente ou interdependente, em maior ou menor medida, variando de autor para autor, de teoria para teoria.

---

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 189-190.



A título exemplificativo, tem-se a polêmica entabulada entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, cujos frutos renderam o abandono da vinculação do direito material ao direito de ação.

Windscheid defendia que a *actio* era o equivalente à pretensão. Significava dizer que se alguém tinha uma *actio*, em verdade, tinha uma pretensão juridicamente perseguível, ou simplesmente uma pretensão<sup>4</sup>.

Muther, por sua vez, defendia a existência de um direito de agir contra o Estado, sendo a *actio* o direito a uma fórmula constituinte da tutela jurídica. Defendia a existência de um “direito originário”, direcionado ao particular, e de um “direito à fórmula”, cujo destinatário seria o Estado. Difere, pois, de Windscheid ao declarar que a ordem era de direitos, não de pretensões. O direito subjetivo fundamentava o direito à referida fórmula<sup>5</sup>.

Ainda, na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho, ao expor a controvérsia doutrinária histórica que consistiu na gênese da atual configuração do direito de ação, pontua que, na visão de Windscheid, a *actio* romana seria o que hoje entende-se por pretensão, estando vinculada a um direito material reputado existente. Seria a *Anspruch*. Mas que não significaria um direito exercido em juízo contra o réu<sup>6</sup>.

Ainda na visão do professor paulista, diz ele que, para Muther, a *actio* romana, na verdade, não seria um direito do autor contra o réu, mas sim um direito direcionado ao Estado. Seria a *Klage*, ou seja, o direito de reclamar ao Estado que confira validade ao direito violado<sup>7</sup>.

Não obstante a polêmica e inclusive a troca de ofensas que permeou o cenário doutrinário da processualística civil à época de Windscheid e Muther, suas dissidências culminaram em resultados inovadores e decisivos para que o tema das condições da ação se desenvolvesse e ganhasse contornos mais concretos, evidentes e coesos. Entre essas consequências, Tourinho Filho indica o fato de se negar a identidade entre direito de ação e

---

<sup>4</sup> WINDSCHEID, Bernhard. **La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual. Polemica sobre la actio**. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 12.

<sup>5</sup> MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesión singular en las obligaciones. Polemica sobre la actio**. Buenos Aires: Ejea, 1974. pp. 236-254.

<sup>6</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. pp. 357-358.

<sup>7</sup> Idem.

direito material; diferença entre pretensão e direito material e, por fim; qualificar o direito de ação como um direito público <sup>8</sup>.

Desse modo, a partir dessa polêmica, surgiu terreno fértil para que, cada vez mais, se sustentasse essa separação entre direito de ação e direito material, o que, mais à frente, seria decisivo para que se pudesse começar a delinear a forma do exercício do direito de ação, consubstanciado na existência de condições.

Isso, em decorrência da autonomia que passou-se a vislumbrar na existência desse direito, desvinculado, pois, do direito material, modificando-se a visão até então consolidada.

A partir desta constatação de separação entre os direitos material e de ação, seguiram-se outras teorias, que tiveram em comum justamente esse pressuposto de separação entre direito material e direito de ação.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, referindo Degenkolb e Plósz, por exemplo, expõem que estes suscitaram o questionamento a propósito da possibilidade de o autor de uma ação valer-se do Poder Judiciário e obter uma sentença que nega-lhe o direito material postulado, ou seja, da prolação de uma sentença desfavorável.

Para eles, isso passou a ser viável, ante a visão que se consolidara, e na medida em que o direito de ação, tal como vislumbrou Muther, passaria a ser visto como um direito abstrato, com autonomia e independência do direito material, arrematando este que existiriam dois direitos de ação: um processual, de caráter público; e outro material, referente à pretensão <sup>9</sup>.

Tourinho Filho leciona que os dizeres doutrinários de Degenkolb e Plósz pilarizaram, na sua forma mais extrema, o caráter abstrato do direito de ação, considerando a ação como direito público, subjetivo, abstrato, genérico, indeterminado. Era direito que acudia, até mesmo, as pessoas que não possuíam razão <sup>10</sup>.

Mortara, Wach, Chiovenda e Couture, apresentados pela doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero - a seu tempo - também expuseram suas teorias sobre a ação e a relação desta com o direito material.

---

<sup>8</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. pp. 357-358.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 195-196.

<sup>10</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 360.

Marinoni, citando Lodovico Mortara, expõe que, em sua teoria sobre a ação, assenta que o direito à ação não está vinculado à existência de um direito material, o que o coloca perfilhado com Degenkolb e Plósz. Porém, deles se afasta ao dispensar a boa-fé como elemento fundamental à existência da ação, haja vista que, segundo ele, bastava que o autor da ação afirmasse a existência de um direito<sup>11</sup>.

Ainda, Mortara afirma que só existirá direito mediante a obtenção de uma sentença favorável. Todavia, para o direito de agir, basta, repise-se, que o autor afirme a existência de um direito subjetivo (ainda não reconhecido como tal), e que haja um obstáculo a esse direito exercido por alguém (no caso, o réu). Assim, segundo ele, se dá o exercício da ação<sup>12</sup>.

Além de Mortara, Adolf Wach também constroi sua teoria da ação. Inicia sua teoria divergindo de Plósz e Degenkolb, pois não acata integralmente a tese do direito de agir. Sua teoria une elementos de direito processual e de direito material, assentando que a pretensão à tutela jurídica voltava-se contra o Estado, que deveria concedê-la, e contra o adversário, que simplesmente a suportava<sup>13</sup>.

Entendia, todavia, que o direito material não era pressuposto para o direito à tutela jurídica. Mas, segundo ele, só haveria que se falar em tutela jurídica mediante obtenção de uma sentença favorável. De modo que, tanto autor quanto o réu, possuíam pretensão à sentença, mas somente a parte que obtivesse a sentença favorável possuiria pretensão à tutela jurídica<sup>14</sup>. Estaria o direito de ação, para Wach, revestido de caráter autônomo e de natureza pública, porquanto exigiria do Estado, a proteção jurídica, e do adversário, a submissão.<sup>15</sup>

Na mesma linha de entendimento lecionou Giuseppe Chiovenda, cuja teoria influenciou sobremaneira uma geração de processualistas brasileiros e italianos, ao mesmo

---

<sup>11</sup> MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle leggi di procedura civil**. Milano: Giuffrè, 1923, v.2 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 196-197.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> WACH, Adolf. **Handbruch des deutschen Civilprozessrechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1886, vol.1 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 197.

<sup>14</sup> WACH, Adolf. **Handbruch des deutschen Civilprozessrechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1886, vol.1 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 198.

<sup>15</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 359.

tempo em que, depois de Mortara, foi a primeira tentativa “genuinamente italiana” de configurar a ação<sup>16</sup>.

Pontuou Chiovenda que Wach não bem demonstrou que a ação se dirigia contra o Estado. Segundo aquele, a ação só existiria mediante o acolhimento da demanda, ou seja, mediante a prolação de uma sentença favorável. A ação, pois, provocava um efeito jurídico em face do adversário. Era verdadeiro direito potestativo exercido contra o adversário, que apenas a ele se sujeitava, podendo até optar por quedar-se inerte, devido à inevitável atuação da lei veiculada pela sentença favorável<sup>17</sup>.

Ainda, impende mencionar Eduardo Couture. Explicado por Marinoni, o doutrinador uruguaio, apresenta sua teoria da ação referindo que ela possui caráter de “direito de petição”. Curiosa a referência feita pelo doutrinador, porquanto nenhum dos outros autores pesquisados, que trataram sobre a teoria da ação, valeram-se de tal expressão, o que confere originalidade e autenticidade às suas lições<sup>18</sup>.

Assim, ele defende que tal direito de petição funciona como uma garantia individual e também como um direito constitucional, de expressão formal, exercido de maneira indistinta perante todas as autoridades.

Finalmente, após séculos de discussão, da apresentação de várias teorias, por vários autores, em diferentes localidades do mundo (mas, principalmente, na Europa), eis que surge o autor que originaria e configuraria o quadro teórico que serve, ainda hoje, de inspiração em matéria de condições da ação.

Trata-se de Enrico Tullio Liebman, renomado processualista italiano que, no século XX, em sua aula inaugural na Universidade de Turim (*prolusione*) delineou sua teoria da

---

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.198.

<sup>17</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti (1903)*. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930, pp.3-99 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 198-199.

<sup>18</sup> COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil. 17ª reimpr.da3.ed. (1958) Buenos Aires: Depalma, 1993** *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 199-201.

ação<sup>19</sup>, que reverbera até hoje nos códigos de processo mundo afora, delineando a processualística pluralmente aplicável a diversos campos do Direito.

Liebman inicia sua exposição considerando que o direito de ação possui natureza constitucional e é garantia de todos os cidadãos<sup>20</sup>, que podem recorrer ao Poder Judiciário para verem seus direitos atendidos, caso entendam possuí-los.

Liebman, todavia, difere o *direito de ação* da *ação propriamente dita*. Esta, conquanto origine-se naquele, não é genérica, relacionando-se com uma situação concreta, onde exista uma alegação de violação a direito e identifica-se mediante três elementos: os sujeitos (autor e réu), a *causa petendi* (direito ou relação jurídica indicada como fundamento do pedido) e *petitum* (provimento judicial postulado)<sup>21</sup>.

Liebman confere, dessa forma, maior minúcia ao direito de ação, diferenciando-o, de forma única, da ação em si. Em regra, os doutrinadores que o precederam limitavam-se a diferenciar o direito de ação do direito material. Não havia se falado ainda em diferença do direito de agir e da ação em si, ganhando esta contornos mais concretos pelo trabalho do jurista italiano, ora em exposição.

Assente-se, ainda, que, para Liebman, não significava que a ação dependesse do reconhecimento do direito material, ou de uma sentença favorável, tal como defenderam outros processualistas, como antes exposto. Em verdade, a ação era um direito ao processo, ou a um julgamento de mérito, independentemente de o autor, ao final, receber uma sentença favorável ou desfavorável<sup>22</sup>.

Introduz, ainda, importante ideia de que, para que a ação exista, é necessário que ela preencha determinadas condições, que, no princípio, foram delineadas pelo jurista como sendo três: legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido<sup>23</sup>.

Gize-se que, pouco tempo depois, ele reviu seu posicionamento, assentando que as condições da ação seriam somente duas: legitimação para agir e legitimidade jurídica do pedido, curiosamente no ano da entrada em vigor do Código de Processo Civil – CPC de

---

<sup>19</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. vol. 1. p. 150 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.201.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>23</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. vol. 1. P. 150 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 201-202.

1973, que foi construído com base na visão tradicional do autor. Ou seja, o CPC/73 já entrava em vigor desatualizado doutrinariamente.

Dessa forma, segundo o autor, se determinada ação fosse movida sem que as referidas condições fossem observadas, ter-se-ia a *carência da ação*, porquanto sejam essas condições requisitos constitutivos da ação, que lhe conferem existência e provocam o exame e a decisão do mérito. Depois, tal decisão, independentemente se for favorável ou desfavorável ao autor, não alterará o fato de que a ação existiu, e que o direito de agir foi exercido<sup>24</sup>.

Vê-se, pois, já de antemão, que Liebman e seu trabalho foram peças fundamentais para o delineamento da atual noção das condições da ação. Foram, na verdade, sua origem. E os ensinamentos do doutrinador italiano reverberam até os dias de hoje nos conceitos do referido instituto, encontrado tanto em âmbito doutrinário, quanto em âmbito legal.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a seu tempo, identificaram que Liebman adotava uma posição intermediária entre aqueles que entendiam que a ação depende do reconhecimento de um direito material e aqueles que a veem como um direito de agir abstrato, não dependendo do reconhecimento de uma sentença favorável, mas que dependia, de qualquer forma, do preenchimento das condições da ação<sup>25</sup>.

Os mesmos, ainda, referem da conclusão de Liebman: a de que se o juiz verifica que as condições da ação não estão preenchidas, nega-se o julgamento de mérito e, desta forma, não há “*vero esercizio della giurisdizione*”, ou seja, não há exercício da jurisdição<sup>26</sup>.

Dessa forma surgiu, pois, a teoria que inspira até hoje a configuração das condições da ação, ainda que com algumas modificações, vista e aplicada sob o aspecto do direito processual civil e do direito processual penal, mas que, por contribuir para a construção de uma visão de uma teoria geral do processo, seria extensível a qualquer campo do Direito.

Tanto é verdade que o trabalho de Enrico Tullio Liebman teve importância inquestionável no desenvolvimento do tema das condições da ação, começando no direito

---

<sup>24</sup>LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. vol. 1. P. 150 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 203.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile**. Napoli: Morano, 1962. p.47 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 203-204.

processual civil, e posteriormente migrando para o direito processual penal, que tais condições influenciaram inclusive o Código de Processo Civil de 2015.

E o CPC de 2015, em seu art. 17, elenca as condições da ação pensadas por Liebman.<sup>27</sup>

De antemão, percebe-se que o atual CPC alinha-se não com a visão tradicional de Liebman – a qual enuncia três condições da ação - mas sim com a visão do autor consolidada após revisão por ele efetuada, excluindo-se a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, subsistindo, pois, apenas a legitimidade e o interesse de agir.

O detalhamento das condições da ação no CPC, bem como a influência que a visão de Liebman exerceu na configuração do atual código de processo serão examinadas com mais vagar em momento oportuno.

Além das visões já apresentadas, cujas análises foram delineadas a partir da visão individual dos autores que as expunham, existem outras classificações das teorias da ação, recorrentes nas mais diversas obras que tratam sobre o tema.

Isso porque, a completude da análise da evolução das condições da ação, historicamente e também tecnicamente, permitirá expandir o campo de visão sobre sua adequação e aplicabilidade na resolução de casos civis e penais, de modo a viabilizar, de forma inequívoca, a opção por uma visão mais geral (de teoria geral do processo) ou mais autônoma das condições da ação penal condenatória.

A referida classificação divide as teorias da ação em Imanentista, Concreta, Abstrata e Eclética do direito de ação.

De uma forma ou de outra, as teorias acima delineadas retratam as visões apresentadas, de forma específica, a partir de cada autor de relevância na processualística desenvolvida entre os séculos XIX e XX.

O que elas fazem, em verdade, é agrupar todas essas visões individuais em visões maiores, que acabam por classificar de outra forma as teorias da ação, trabalhando mais sua essência, desvinculada, pois, da visão estrita de tal ou qual autor.

---

<sup>27</sup> Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade." in (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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. (Acesso em 11 de julho de 2018).

A primeira delas, como dito, seria a Teoria Imanentista da Ação. Em pesquisa realizada, foram encontrados alguns autores que a mencionam em suas obras, tais como Gustavo Henrique Badaró, Marco Aurélio Nunes da Silveira e Daniel Amorim Assumpção Neves (os mesmos autores foram utilizados para retratar todas as três de teorias dessa nova classificação ora apresentada).

Badaró, por exemplo, inicia sua exposição a propósito da Teoria Imanentista lecionando que, para ela, não há autonomia entre o direito de ação e o direito material<sup>28</sup>.

Refere o doutrinador que essa teoria remete aos períodos romanos, tempo das *legis actiones* e *per formula*. Aduz que, à época, não havia direitos, mas apenas ações para defendê-los. *Actio* seria a existência de um direito suscetível de ser perseguido em juízo<sup>29</sup>.

Uma evolução dessa teoria seria a representação do direito subjetivo violado pela própria ação, sempre ficando evidente que direito material e direito de ação permaneceriam vinculados<sup>30</sup>.

A crítica apresentada por Badaró está em que, por vezes, a defesa dessas teorias poderia admitir a existência de processos sem que houvesse ação alguma (como no caso de sentença de improcedência, não reconhecendo direito algum ao autor; ou mesmo na hipótese de ação declaratória negativa: declarando-se a inexistência de relação jurídica, inexistiria direito de ação)<sup>31</sup>.

Vê-se, pois, que a essência da Teoria Imanentista da Ação está na vinculação inarredável existente entre direito de ação e direito material. Esses direitos confundem-se, de modo que chega-se ao ponto de admitir um processo sem que haja o exercício do direito de ação, nas hipóteses – tal como visto acima – em que não se verifica que ao autor acudiria algum direito, como na improcedência e na ação declaratória negativa.

Por fim, arremata que o direito de ação era exercido contra o réu, e não contra o Estado, enquanto ente encarregado da prestação jurisdicional<sup>32</sup>. Badaró não trabalha com a ideia de Teoria Eclética da Ação.

Faz-se uma pequena observação de que é importante perceber que a análise de todas essas teorias não deixa de possuir suma importância para que se cumpra o objetivo a que se

---

<sup>28</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 65.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 66.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Idem, Ibidem..



propõe a parte inicial do presente trabalho, qual seja, a apresentação da evolução histórica do direito de ação, para que se possa verificar como se chegou à conclusão de que, para que se pudesse falar em direito de ação, inevitável seria falar em condições para a sua existência.

Além disso, a análise trará a compreensão de como tais condições repercutem nos vários campos de aplicação do Direito que demandam a existência de um processo (civil, penal, trabalhista, tributário, etc. Com enfoque, repise-se, nos dois primeiros).

A respeito da Teoria Imanentista, ainda, Marco Aurélio Nunes da Silveira assenta que, até a metade do século XIX, a concepção acerca da ação estava vinculada ao direito civil, em função do fato de ainda não se ter reconhecido a autonomia do direito processual.<sup>33</sup>

Ainda, citando Savigny, aduz que a conclusão veiculada pelo trabalho deste nobre jurista, apoiado em Celso, consubstancia-se na ação como uma metamorfose do próprio direito material, decorrente de sua violação.<sup>34</sup>

Também, refere que o Código Civil de 1916 adotou a teoria imanentista da ação, o que poderia ser verificado a teor do art. 75<sup>35</sup>, da antiga lei material civil. Tal visão decorria daquela adotada por seu criador, Clóvis Bevilacqua, que foi um dos defensores da visão imanentista no Brasil.<sup>36</sup>

A visão imanentista, segundo Marco Aurélio Nunes da Silveira, citando os ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva, reputa que não haveria ação sem direito, nem direito sem ação. A ação segue a natureza do direito<sup>37</sup>.

Todavia, a crítica à teoria, feita por Marco Aurélio, está em que há situações em que o direito de ação não é um mero aspecto do direito material. Sendo assim, não há como

---

<sup>33</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016. p. 61.

<sup>34</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. v.5. Turim:Utet, 1893 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 62.

<sup>35</sup> Art. 75. A todo o direito corresponde uma cação, que o assegura." *in* (BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em 13 de julho de 2018.

<sup>36</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 63.

<sup>37</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 95. *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 63.

subsistir a ideia de imanência, sendo fundamental o reconhecimento da autonomia entre direito de ação e direito material para o desenvolvimento e evolução da ciência do direito processual<sup>38</sup>.

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao expor sobre a teoria imanentista da ação, refere que para os defensores desta o direito de ação seria o próprio direito material posto em movimento, reagindo a uma agressão ou a uma ameaça de lesão a direito. O direito material corresponde ao estado estático; e o direito de ação corresponde ao estado em movimento. Afora isto, seria um poder dirigido contra o adversário, e não contra o Estado<sup>39</sup>.

De tudo o quanto foi dito a propósito da teoria imanentista da ação, é quase unanimidade entre os doutrinadores que é inviável a aplicação da mesma nos dias atuais, restando ela totalmente superada, tendo em vista o entendimento preponderante da separação entre direito de ação e direito material, solapando a confusão fomentada pela teoria imanentista da ação. Essa teoria, como visto, virou apenas história.

A Teoria Concreta, por sua vez, é alinhada aos ensinamentos de Adolf Wach.

Nesta teoria, fala-se em separação do direito de ação e direito material, divergindo, pois, da teoria imanentista. Porém, ainda que o direito de ação seja tido como autônomo, não é independente. Está vinculado a uma sentença favorável, que é sempre veiculada por um pedido dirigido contra o Estado; mas, de outro lado, é direito dirigido contra o adversário, que somente se submete aos efeitos jurídicos da decisão<sup>40</sup>.

Ainda, se diz que o direito de ação, para essa teoria, está vinculado à legitimidade do interesse perseguido em juízo. E o direito dirigido ao Estado possuía natureza pública. Além disso, que o direito de ação, estando vinculado a uma sentença favorável<sup>41</sup>, automaticamente só acudiria a quem tem razão, o que não se pode conceber no atual entendimento que prepondera em tema de exercício do direito de ação.

---

<sup>38</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 65.

<sup>39</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 123-124.

<sup>40</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 124.

<sup>41</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 76.

Giuseppe Chiovenda, a seu turno, substancialmente, não divergia de Wach. Mas, no ponto em que não concordava com o referido autor, sustentou não haver direito de natureza pública à ação processual, pois ela não era dirigida contra o Estado. Além disso, o direito de ação, na verdade, seria espécie de “poder jurídico”, um direito potestativo, pois ao exercer o direito de ação, o autor cumpre os requisitos necessários para a atuação concreta da vontade da lei<sup>42</sup>.

Grosso modo, a teoria concreta da ação prega que só existe direito de ação mediante a obtenção de uma sentença favorável. É um direito-poder, que produz efeitos jurídicos, os quais colocam o adversário em um estado de sujeição. Faz valer a vontade concreta da lei<sup>43</sup>.

Todavia, as mesmas críticas dirigidas à teoria imanentista são extensíveis à teoria concreta, pois ela não oferece resposta, a partir da configuração que apresenta, para os casos de sentenças de improcedência e de tutelas declaratórias negativas<sup>44</sup>.

Dando continuidade a essa nova classificação apresentada, com fins de delinear o evoluir histórico do direito de ação e de suas condições, chega-se à Teoria Abstrata da Ação.

Como o próprio nome sugere, a abstração está ligada a uma separação completa entre direito de ação e direito material. Aqui, além de autônomo, o direito de ação é independente.

O direito de ação, pois, não se confunde com o direito subjetivo debatido no processo. Sequer depende que este exista para que possa ser exercido à sua plenitude<sup>45</sup>.

Surge essa teoria, como já noticiado, da polêmica entre Degenkolb e Plósz. Nela, haverá direito de ação mesmo quando a sentença for de improcedência, com uma sentença injusta ou mesmo uma sentença que sequer julgue o mérito<sup>46</sup>.

Além disso, o direito de ação será movido contra o Estado, detentor do exercício da jurisdição<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, pp. 77-79.

<sup>43</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 66

<sup>44</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 67.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Idem, ibidem.

Leciona Marco Aurélio Nunes da Silveira, apoiado em Chiovenda, que, para a teoria abstrata da ação, o direito de ação é direito subjetivo de natureza pública, competindo a qualquer cidadão, e de forma absolutamente independente de existir ou não direito material<sup>48</sup>.

Seria o direito de ação, como também aponta a doutrina, o de obter, por meio de uma decisão judicial, um pronunciamento do Estado. É abstrato, amplo, genérico e incondicionado<sup>49</sup>.

Questão interessante é trazida por Daniel Amorim Assumpção Neves, ao trabalhar a teoria abstrata da ação, porquanto afirma que, para os adotantes dessa teoria, não há falar em condições para o exercício da ação. Estando o direito de ação completamente desvinculado do direito material, seu exercício é absoluto e incondicionado. É exercido livremente<sup>50</sup>.

Consequência disto é que não existirá, no âmbito da teoria abstrata da ação, o termo “carência da ação”, porquanto as condições da ação serão, na verdade, matéria de mérito, e, havendo alguma irregularidade no manejo ou configuração da legitimidade de parte ou interesse de agir, ou mesmo da possibilidade jurídica do pedido – o vício seria corrigido mediante sentença de improcedência, restando o pedido do autor rejeitado e declarado inexistente seu direito material<sup>51</sup>.

Consequências práticas da adoção dessa teoria tem-se, como exemplo, pode ser citada a existência de uma sentença de mérito que declara a carência da ação; além disso, transitada em julgado, essa sentença estará coberta com o manto da coisa julgada material, fato que não ocorre com a sentença terminativa que declara a carência da ação; ainda, tem-se o fomento do princípio da economia e celeridade processuais, pois a coisa julgada material evita a repositura de ações nas quais a pretensão autoral já foi rejeitada<sup>52</sup>.

E, por fim, mas não menos importante, exsurge a Teoria Eclética da Ação.

Esta teoria surge como uma crítica às duas anteriormente apresentadas (concreta e abstrata). Cronologicamente posterior a elas, reputa-as insuficientes e insatisfatórias, e,

---

<sup>48</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, p. 12 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 74.

<sup>49</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 125.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Idem, ibidem.

<sup>52</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, pp. 125-126.

substancialmente alicerçada na teoria de Liebman sobre as condições da ação, intenta reformular o cenário teórico até então vigente, em tema de teoria da ação.

A construção da referida teoria inicia-se a partir das críticas àquilo que as teorias concreta e abstrata mais têm de negativo, por assim dizer.

À teoria concreta, por exemplo, Liebman aponta a insuficiência nos casos de sentença de improcedência, infirmando o pressuposto de que o autor da demanda sempre teria razão, o direito buscado. Nesses casos, os processos seriam apenas fenômenos, sem relevância jurídica alguma<sup>53</sup>.

Liebman aponta que, em verdade, a teoria abstrata não identifica a ação propriamente, mas sim a sua base, de direito constitucional, esta sim genérica, abstrata e ilimitada. A ação seria, pois, o direito garantido pelo genérico e constitucional poder de agir. A ação processual, pelo contrário, nada teria de genérica, porquanto, necessariamente, ela guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma lesão ou ameaça de lesão a direito ou a interesse legítimo<sup>54</sup>.

A partir daí, passa-se a propor uma leitura conciliatória entre as teorias concreta e abstrata. Liebman busca extrair o que de melhor havia nessas duas teorias.

Então, propõe uma teoria eclética, referindo que a abstração do direito de ação não seria ilimitada, e que da ação emana um direito de natureza pública, vocacionado para a tutela de um interesse ou direito legítimo. Dessa forma é que contribui a teoria abstrata para o desenvolvimento da teoria eclética<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 33 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 80.

<sup>54</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 199 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 81.

<sup>55</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 199; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p.48 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 82.

E o autor da demanda, para poder dizer que possui direito de ação, deve demonstrar a ocorrência de uma situação concreta que o legitime para tanto. Deve demonstrar que possui a necessidade de tutela estatal. Essa é a contribuição da teoria concreta da ação<sup>56</sup>.

Arremata Liebman que o direito de ação e o direito material são marcados por uma relação de instrumentalidade, consubstanciada justamente pelo preenchimento das condições da ação, objeto deste trabalho<sup>57</sup>.

As condições da ação, por sua vez, não se confundem com o mérito. Seu exame o precede, são analisadas preliminarmente. E quando há irregularidade, o juiz proclama uma sentença terminativa de carência da ação, tal como previsto no art. 485, VI, do CPC<sup>58</sup>. Não há, como consequência, formação de coisa julgada material<sup>59</sup>.

Urge salientar que se trata de matéria de ordem pública, não se sujeitando, pois, à preclusão. Pode ser alegada a qualquer momento no processo, em qualquer grau de cognição. Se reconhecidas irregularidades ou ausência das condições da ação, o processo será extinto, sem resolução de mérito<sup>60</sup>.

O Código de Processo Civil, como será adiante demonstrado, adotou a teoria eclética, pois prevê, que a ausência de uma das condições da ação gera uma sentença que não analisa o mérito, nem produz, repise-se, coisa julgada material<sup>61</sup>.

Badaró, a seu turno, afirma que, para a teoria eclética, a teoria de Liebman não deixa de ser uma teoria abstrata do direito de ação. Mas afirma que o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito<sup>62</sup>.

Afirma que as condições da ação representam a conexão com a pretensão material. Refere, ainda, das críticas dirigidas à teoria de Liebman, sendo esta reconhecida como uma teoria concreta, porquanto condiciona a existência da ação a questões ou condições afetas ao

---

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 59 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 82.

<sup>58</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...]VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; *in* (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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 11 de julho de 2018).

<sup>59</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 126.

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 127.

<sup>62</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal: tomo I**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 67.

direito material. Com isso, serviria para essa teoria todas críticas outrora direcionadas à teoria concreta<sup>63</sup>.

Mas Badaró reitera que a teoria de Liebman não deixa de ser uma teoria abstrata da ação, porquanto a ação existirá independentemente do direito material debatido em juízo<sup>64</sup>.

Por fim, elogia a teoria no ponto em que ela tenta encontrar um equilíbrio entre as teorias concreta e abstrata. O direito de ação, pois, não seria um direito somente ao ingresso em juízo; mas também não seria um direito existente somente em caso de sentença de procedência. Está presente o direito de ação em sentenças de mérito, favoráveis ou desfavoráveis<sup>65</sup>.

Apenas a título de menção, encerrando o ciclo de exposição das teorias que compuseram a evolução histórica do direito de ação e de suas condições, tem-se ainda outra teoria, pouquíssimo mencionada pelos doutrinadores, que trabalha a teoria da ação: trata-se da Teoria da Asserção.

Referida teoria prega que as condições da ação devem ser analisadas pelo juiz, com os elementos fornecidos pelo próprio autor, em sua petição inicial, o que será feito sem nenhum desenvolvimento cognitivo<sup>66</sup>.

Em um primeiro momento, ela não difere da teoria eclética da ação porque, embasada no princípio da celeridade processual, e sabendo que o processo não reúne condições da ação para a resolução do mérito, deve o julgador extinguir o processo, por carência da ação<sup>67</sup>.

Ao depois, a teoria aproxima-se da teoria abstrata, pois considera que o julgador pode aprofundar-se na cognição, sem considerar as condições da ação, transformando-as em matéria de mérito. Nesse sentido, ao aprofundar a cognição, a ausência daquilo que no início seria chamado de condições da ação gerará uma sentença de rejeição do pedido autoral, gerando coisa julgada material<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 68.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> Idem, ibidem.

<sup>66</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 127.

<sup>67</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 128.

<sup>68</sup> Idem.

Sintetizando, a existência de condições da ação, para a teoria da asserção, dependerá daquilo que o autor alegar na petição inicial. Admite-se, provisoriamente, que o autor está dizendo a verdade. A análise da legitimidade, por exemplo, é matéria de mérito, considerando-se que o autor, em princípio, é parte legítima ao ingressar com a ação<sup>69</sup>.

O interessante é que referida teoria tem sido adotada, largamente, pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ<sup>70</sup>.

Por um lado, a adoção de tal entendimento contribui para a diminuição de sentenças terminativas por carência da ação. Por outro, sendo as condições da ação enfrentadas como matéria de mérito, elas despem-se da natureza de ordem pública, passando então a poderem ser cobertas pelo manto da preclusão<sup>71</sup>.

Mas a principal crítica está na impossibilidade de transformar a natureza de um instituto jurídico de acordo com a base cognitiva ou o momento em que é proferido um pronunciamento. Em outras palavras, a teoria viabiliza a que o autor da demanda simplesmente minta na petição inicial para adaptá-la às condições da ação, merecendo, pois, sempre, um julgamento de mérito. Esta é a Teoria da Asserção<sup>72</sup>.

O importante é que, desde o surgimento da teoria eclética, a ação não é ilimitada, nem está vinculada à procedência do pedido. Ao autor é garantido, em verdade, o direito a um pronunciamento, que poderá ser procedente ou improcedente, negada ou concedida, pois, a tutela jurídica<sup>73</sup>.

À vista de todo o exposto até o momento, procurou-se demonstrar o processo de surgimento e consolidação das condições da ação, através do evoluir teórico da própria teoria da ação, apresentada sob duas perspectivas: a primeira, tendo como referência o pensamento

---

<sup>69</sup> Idem, ibidem.

<sup>70</sup> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA. HIPÓTESE DE IMPROCEDÊNCIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. AFASTAMENTO.

1. Não tendo os autores da ação de reintegração se desincumbido do ônus de provar a posse alegada, o pedido deve ser julgado improcedente e o processo extinto com resolução de mérito.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 930.336/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 20/02/2014). Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200700466472.REG>> Acesso em 25 de julho de 2018.

<sup>71</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 128.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 83.



dos autores, individualmente, expondo seus pontos de vista, as discussões entabuladas entre eles e o acréscimo que à teoria da ação era conferido a cada processualista que sucedia cronologicamente ao anterior.

Ao depois, demonstrou-se a teoria da ação a partir de uma classificação puramente teórica, analisada, pois, do ponto de vista das próprias teorias e desvinculada, na forma de apresentação, do pensamento de seus autores.

Da rigidez da teoria concreta ao desapego da teoria abstrata, sucedidas pela teoria eclética, que tentou conciliá-las, desembocando nas condições da ação, pensadas por Liebman e depois desvirtuadas pela teoria da asserção, esse foi o processo de evolução e consolidação das atuais condições da ação, tão presentes no cenário doutrinário atual e servindo como requisitos básicos de configuração e viabilização do julgamento de mérito nas demandas propostas em juízo.

A partir de agora, passa-se a analisar as condições da ação de forma específica e individualizada. Objetivar-se-á, na segunda parte do trabalho, expor as referidas condições do ponto de vista de uma teoria já consolidada – no direito processual civil, de forma indubitável – mas que, no âmbito do direito processual penal, ainda encontra resistência, por parte de doutrina minoritária, para que seja aplicada de forma absoluta.

### **3. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NA VISÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Já delineado e exposto o evolver histórico da ideia do direito de ação e de suas condições, cumpre agora analisá-las especificamente, uma a uma.

Neste contexto, é indubitável concluir que, para falar de condições de ação no âmbito do direito processual civil, necessariamente Liebman será lembrado, pela teoria que construiu e pela influência que a mesma possui até os dias de hoje, configurando comandos normativos constantes do atual Código de Processo Civil, em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo isso em mente, passa-se, pois a tecer uma análise mais detida a propósito das condições da ação no âmbito do direito processual civil, à luz, repise-se, da Teoria da Ação de Liebman.

### 3.1. ORIGEM DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A TEORIA DE LIEBMAN. BREVES COMENTÁRIOS.

Consoante previamente exposto na parte inicial do presente trabalho, a Teoria da Ação de Liebman – a qual logrou êxito na criação das condições da ação – partiu de uma tentativa conciliatória entre a teoria concreta e a teoria abstrata da ação, precursoras da matéria em análise, no âmbito doutrinário.

Neste sentido, leciona Paganella Boschi que Liebman nunca descreditou que a ação guardava relação de independência com relação ao direito material, divergindo, desta forma, daquilo que a teoria abstrata pregava<sup>74</sup>.

Todavia, o professor gaúcho, apoiado em Liebman, aduz que, para este, o interesse de acionar era processual, secundário e instrumental. Tem, pois, por objeto, a providência pedida ao magistrado para obter o interesse primário, descumprido ou lesionado pelo comportamento da parte contrária<sup>75</sup>.

Tal como acima exposto, Liebman identificou uma leitura conciliatória entre as teorias concreta e abstrata. Nesse contexto, exsurtem as condições da ação como elementos de diálogo entre o direito de ação e o direito material e que, precedendo ao exame de mérito, conferem, se preenchidas regularmente, o direito a um pronunciamento judicial, podendo ser ele pela procedência ou improcedência.

Chega Liebman, então, a concluir, inicialmente, pela existência de 3 (três) condições da ação, quais sejam: legitimação, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Todavia, pouco tempo depois – como a seguir será demonstrado - ele reviu sua teoria, e suprimiu a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, passando, então, a trabalhar apenas com a legitimação e o interesse de agir.

Neste sentido, leciona Liebman:

“Le condizione dell’azione. – Le condizioni dell’azione ne, poco fa menzionate, solo l’interesse ad agire e la legittimazione. Esse sono, come già accennato, i requisiti di

---

<sup>74</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 146.

<sup>75</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Derecho Procesal Civil**, tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1976, p. 115 *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 146.

esistenza dell'azione, e vanno perciò accertate in giudizio (anche se, di solito, per implicito) preliminarmente all'esame del merito[...].<sup>76</sup>

Vê-se, pois, que após Liebman tentar conciliar as teorias concreta e abstrata, concluindo que o direito de ação possui uma relação instrumental com o direito material, preenchida pelas condições da ação, conclui que as condições da ação são o interesse de agir e a legitimidade. São requisitos de existência da ação, sendo declarados antes do exame do mérito<sup>77</sup>.

Nomina, também, as referidas condições, como condições de admissibilidade da propositura da demanda, essenciais para a o exercício da função jurisdicional<sup>78</sup>.

Como outrora referido, Liebman trabalha com a ideia de carência da ação nas hipóteses em que quaisquer de suas condições não sejam atendidas<sup>79</sup>. Nesses casos, não será possível a análise de mérito, tamanha a importância que o referido instituto possui para o mecanismo de funcionamento e andamento do processo civil atual.

Podem, é bom que se diga, as condições da ação verem-se em condição de irregularidade durante o andamento do processo. Nesses casos, segundo Liebman, nada impede que o processo inicie sem a existência dessas condições, sobrevivendo as mesmas no curso do processo, mas sendo indispensável que subsistam quando do julgamento da demanda<sup>80</sup>.

Outrossim, aduz que pode ser declarada a inexistência das condições da ação de ofício, pelo juiz, em qualquer fase do processo<sup>81</sup>, indo ao encontro do que Daniel Amorim Assumpção Neves falava a propósito da natureza de ordem pública que possuem as condições da ação, no âmbito do direito processual civil.

Passa-se, pois, à análise de cada uma dessas condições, bem como da forma como contribuem e influenciam no exercício do direito de ação.

### 3.2. LEGITIMAÇÃO

---

<sup>76</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984, vol. 1. p. 135.

<sup>77</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intelectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 138.

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Idem, ibidem.

A primeira das condições da ação que passará a ser objeto de análise, na perspectiva do direito processual civil, será a legitimação.

Segundo Liebman, legitimidade de agir (*legitimatío ad causam*) é a titularidade ativa e passiva da ação. Consiste em individualizar a pessoa a quem cabe o interesse de agir, e a outra em desfavor da qual esse interesse cabe<sup>82</sup>.

Coloca Liebman, ao discorrer sobre a relação entre as condições da ação entre si, que a legitimação precede ao interesse de agir, importando, ao fim e ao cabo, a quem cabe exercer o interesse de agir para que o juiz examine o mérito. Em verdade, somente a presença das pessoas verdadeiramente interessadas na causa viabiliza o exame do juiz sobre se aquele interesse invocado é pertinente ou não<sup>83</sup>.

Refere, ainda, que a legitimidade é também cabível para quem invoca tutela jurisdicional para interesse próprio, quanto à ativa; já quanto à passiva, cabe esta a quem sofrerá os efeitos da tutela jurisdicional invocada pelo autor. Assim, a legitimidade se revela como um problema de duas faces<sup>84</sup>.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a legitimidade ou legitimação diz com a identificação entre autor e réu com o direito material em litígio. Segundo lecionam, o legitimado ativo é o titular do direito material; já o legitimado passivo é aquele em face de quem esse direito pode ser oposto<sup>85</sup>.

Ada Pellegrini Grinover em suas lições sobre *legitimatío ad causam* no âmbito do direito processual civil, aponta que a legitimidade não é outra coisa senão a titularidade da ação, sendo necessário aferí-la diante de cada caso concreto que se apresenta, pesquisando-a em cada relação jurídica levada a juízo. Não existe, pois, critério único para identificá-la<sup>86</sup>.

Além disso, relaciona os conceitos de legitimação com o conceito de parte. Segundo ela, um conceito não depende do outro. Ou seja, para que as partes efetivamente existam no

---

<sup>82</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intellectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 140.

<sup>83</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intellectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 141.

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

<sup>86</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 142.

processo, não se faz necessário que elas sejam partes legítimas. Uma ideia independe da outra. A parte pode ser legítima ou ilegítima, mas não deixará de ser parte<sup>87</sup>.

Uma visão doutrinária contemporânea não diverge, absolutamente, do ponto de vista conceitual da doutrina mais tradicional. Neste sentido, Marco Aurélio Nunes da Silveira conceitua como parte legítima para a propositura da ação “aquela que pode reclamar a tutela jurisdicional com referência ao interesse material, em conflito, do qual é titular”<sup>88</sup>.

Arruda Alvim - recuperando uma visão mais tradicional do direito processual civil – ao discorrer sobre a legitimação, diferencia *legitimatío ad causam* de *legitimatío ad processum* ou legitimação formal, sendo este um aspecto interessante, não encontrado nas demais exposições sobre o tema.

Segundo ele, *legitimatío ad processum* ou *legitimidade formal* opera sinonímia com relação à *capacidade para estar em juízo*<sup>89</sup>.

O interessante nisso é que o autor traz uma interface entre condições da ação e pressupostos processuais, assente em doutrina que o conceito de capacidade para estar em juízo integra um conceito maior, qual seja, o de capacidade processual<sup>90</sup>. Além disso, também é classificado como pressuposto processual de validade do processo<sup>91</sup>.

Didier Júnior enriquece o debate a propósito da legitimação para agir, trazendo mais elementos, consubstanciados em ideias mais voltadas para a lógica do CPC atual, bem como das necessidades surgidas na dinâmica relacional que impera nos dias de hoje.

O processualista baiano contextualiza a legitimação para agir a partir da existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda com a situação jurídica afirmada, a ponto de autorizar-lhe a gerir o processo em que essa situação jurídica será discutida<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977. p.143.

<sup>88</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 121.

<sup>89</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil, volume 1: parte geral**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 395.

<sup>90</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume II**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 87.

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 543.

<sup>92</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 386.

Liebman, a seu turno, difere a legitimidade passiva da legitimidade de contestar: esta caberá a qualquer demandado que comparecer em juízo. É a faculdade de se defender, e existe até para quem não for o legitimado a figurar no polo passivo da demanda. Existe pelo só fato de ser chamado em juízo, cabendo inclusive, nesses casos, alegação de ilegitimidade passiva como matéria de defesa<sup>93</sup>.

Neste sentido, fala-se na regra, que ocorre quando alguém postula um direito seu, em seu próprio nome – sendo o caso de se falar em legitimação ordinária<sup>94</sup>.

Mas enuncia Liebman os casos em que se pede tutela de direito alheio em nome próprio, sucedendo, pois, os casos de legitimação extraordinária, que são exceção, previstas expressamente em lei. São os casos de substituição processual, quando o representante exerce ação do representado, em nome e por conta dele.

A legitimação extraordinária amplia o direito de ação em função de um interesse pessoal do substituto, mas legítimo a ponto de pleitar direito alheio em nome próprio. É parte, e sofre os efeitos da sentença, juntamente com o substituído.

Significa que, salvo em hipóteses excepcionais, só se pleiteia em juízo direito próprio em nome próprio, e a legitimidade consistirá exatamente nessa correspondência entre o titular do direito e o próprio direito postulado. Apenas excepcionalmente se permitirá postulação de direito alheio em nome próprio, quando, então, estar-se-á diante das hipóteses de legitimação extraordinária.

A propósito da legitimação extraordinária, Marinoni, Arenhart e Mitidiero trazem o conteúdo do art. 18, do CPC<sup>95</sup>, o qual trabalha a ideia de legitimidade extraordinária a partir da titularidade do direito postulado em juízo. Utilizam o exemplo de alguém que propõe ação popular, para defender o patrimônio público, ou mesmo uma associação para defender o meio ambiente – situações excepcionais, onde se postula proteção de direito alheio, em nome próprio<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intellectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 142.

<sup>94</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intellectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 141.

<sup>95</sup> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial; *in* (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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 17 de julho de 2018).

<sup>96</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 205.

A legitimação ordinária é atribuída exclusivamente com base na titularidade da ação. Já a legitimação extraordinária é conferida pela relação em que o legitimado se encontra com o sujeito de direito<sup>97</sup>.

Didier afirma que haverá legitimação ordinária “quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do juiz”.<sup>98</sup>

Mas sua exposição é riquíssima a propósito da legitimação extraordinária, a qual é apresentada em uma de suas obras de uma maneira didática, conquanto complexa.

Isso ocorre porque ele apresenta o conceito de uma forma inserida na realidade contemporânea. Sendo ele um autor em produção, adequa sobremaneira os conceitos clássicos de legitimação extraordinária à realidade posta pelo CPC de 2015, com ênfase na natureza negocial que pode permear a utilização do instituto na rotina forense.

Neste sentido, conceitua legitimado extraordinário como “aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito”<sup>99</sup>. Nesses casos, “não há correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do órgão julgador”<sup>100</sup>.

Refere que é possível o preenchimento simultâneo da condição de legitimado ordinário e extraordinário, tal como ocorre nas ações reivindicatórias envolvendo condôminos<sup>101</sup>.

Começa, então, a expor uma série de classificações a propósito da legitimação extraordinária, o que confere uma posição de destaque deste autor, tendo em vista que apenas poucos trabalham tão detidamente e em tamanha riqueza de detalhes o funcionamento e aplicação do instituto ora em análise.

Divide, então, legitimação extraordinária em autônoma e subordinada. A primeira ocorre quando o legitimado extraordinário conduz o processo independentemente da participação do titular do direito debatido em juízo. A segunda, por sua vez, diz com a essencialidade da presença do titular do direito discutido em juízo, principalmente para que o

---

<sup>97</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 142.

<sup>98</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 388.

<sup>99</sup> Idem.

<sup>100</sup> Idem, ibidem.

<sup>101</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 388.

exercício do contraditório ocorra. Exemplo aqui pode ser o do assistente simples, falando-se de posições jurídicas de coadjuvância ou acessoriedade<sup>102</sup>.

Em casos muito raros, porém, a legitimidade subordinada poderá ser atribuída ao próprio titular do direito discutido. Já adiantando, aqui fala-se na legitimidade extraordinária exclusiva, e pode ocorrer, por exemplo, a do agente fiduciário para a defesa dos direitos dos debenturistas, forte no art. 68, §3º, da Lei número 6.404/76<sup>103</sup>.

Outra classificação é a que divide a legitimação extraordinária em exclusiva e concorrente.

A exclusiva, conceituada sobre a possibilidade ou não do exercício do contraditório, ocorrerá quando este só puder ser deduzido mediante a presença de determinado sujeito de direito, somente a este cabendo poder jurídico para o exercício desse direito<sup>104</sup>.

Já a legitimação concorrente ou colegitimação sucederá quando o exercício do contraditório em juízo puder ser realizado por mais de um sujeito de direito. Mais de uma pessoa estará, pois, autorizada a discutir judicialmente determinada situação jurídica. Relaciona-se estritamente com o litisconsórcio unitário<sup>105</sup>.

Pode a legitimação extraordinária ser classificada, ainda, como isolada, quando o legitimado puder estar sozinho no processo; ou complexa, quando o litisconsórcio afigurar-se necessário. Esta, por sua vez, ocorre com mais frequência no polo passivo, porquanto não exista regra para o litisconsórcio necessário ativo<sup>106</sup>.

Não se pode olvidar, ainda, que parte da doutrina vê a legitimação extraordinária como um sinônimo da substituição processual. Nesse sentido, debruça-se a doutrina a propósito das principais características da legitimação extraordinária.

---

<sup>102</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. pp. 388-389.

<sup>103</sup> “Art. 68. O agente fiduciário representa, nos termos desta Lei e da escritura de emissão, a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora. [...]§ 3º O agente fiduciário pode usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas, sendo-lhe especialmente facultado, no caso de inadimplemento da companhia:[...]” *in* (BRASIL. Lei nº Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades por Ações**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6404consol.htm)>. Acesso em 20 de julho de 2018).

<sup>104</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 389.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. pp. 389-390.



A título de exemplo, tem-se que, na legitimação extraordinária, o substituído possui o direito de intervir no processo, na condição de assistente litisconsorcial, consoante dispõe o art. 18, parágrafo único, do CPC<sup>107</sup>.

O código autoriza, ainda, o substituto processual ou legitimado extraordinário, a interpor recurso, na forma prevista no parágrafo único do art. 996, do CPC<sup>108</sup>.

Outras características podem ser exemplificadas, como a qualidade de parte, e não de representante preenchida pelo legitimado extraordinário; que a substituição processual pode se dar tanto no polo ativo quanto no polo passivo da demanda; da admissibilidade da reconvenção quando o substituto autor (réu, pois, na reconvenção) também possui legitimidade extraordinária passiva, dentre outras<sup>109</sup>.

Tem-se, ainda, como características da legitimação extraordinária ou substituição processual, ora em análise, a extensão da coisa julgada oriunda de processo, em que figurou o substituto, ao substituído, com a ressalva de que, salvo se o legitimado extraordinário também figure como legitimado ordinário, os efeitos da decisão atingirão somente a esfera jurídica do substituído<sup>110</sup>.

Tem-se, ainda como característica, a possibilidade de o substituto poder ser sujeito passivo de sanções processuais, como punição por litigância de má-fé<sup>111</sup>; a constatação de que ao substituto não cabe a disposição do direito material pleiteado em juízo, reservando-se a eles, com relação a poderes, somente aqueles relativos à gestão do processo<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial; *in* (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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 23 de julho de 2018).

<sup>108</sup> Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual; *in* (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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 23 de julho de 2018).

<sup>109</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 392.

<sup>110</sup> ARMELIM, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979. p. 134. *apud* DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 392-393.

<sup>111</sup> ASSIS, Araken. **Substituição Processual**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. p. 22. *apud* DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 393.

<sup>112</sup> ASSIS, Araken. **Substituição Processual**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21 *apud* DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 393.

É importante constatar, nesta senda, que a ausência de legitimação extraordinária veda o exame do mérito da causa, sendo, pois, assente que a legitimação extraordinária é um requisito de validade do processo<sup>113</sup>.

Ressalva Didier, todavia, que sempre que possível, ante a ausência de legitimação extraordinária, deve-se diligenciar para promover a sucessão processual, procedendo-se à troca do sujeito, e evitando-se a extinção do processo sem resolução do mérito<sup>114</sup>.

Feitas estas considerações específicas a propósito da legitimação extraordinária, é importante, para concluir, dizer que não se pode confundir-la com os fenômenos da sucessão processual, e nem da representação processual.

Difere da sucessão porque, nesta, o sujeito sucede ao anterior, assumindo sua posição processual. Em verdade, há uma troca de sujeitos do processo, modificando-se a relação jurídica processual na sua forma subjetiva. Todavia, na substituição, não há mudança subjetiva na demanda, não há alteração na relação processual. Aqui, o substituto possui legitimidade processual para defender os interesses de outrem<sup>115</sup>.

Exemplificando o fenômeno da sucessão processual, tem-se a ocasião da morte da parte, situação em que o espólio assume a posição processual; ainda, nos fenômenos de incorporação de uma pessoa jurídica por outra, fundindo-se e gerando uma nova pessoa jurídica, que assumirá a posição processual<sup>116</sup>.

Da representação processual, a seu turno, difere a substituição processual porque, naquela, ocorre situação em que a pessoa defende, em nome alheio, interesse alheio. Neste, a pessoa defende, em nome próprio, interesse alheio. O representante processual não é parte, já o substituto é<sup>117</sup>.

À vista de todo o exposto, tentou-se apresentar a configuração atribuída à legitimação para agir como condição para o exercício da ação, a partir da visão de robusta doutrina brasileira e estrangeira, apresentando seus principais aspectos, características e

---

<sup>113</sup> ASSIS, Araken. **Substituição Processual**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. p. 10 *apud* DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 393.

<sup>114</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 393.

<sup>115</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 400.

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> Idem, *ibidem*.

trazendo seus conceitos para a realidade que se apresenta na rotina forense, do ponto de vista, pois, prático.

A legitimação possui desdobramentos, tais como a legitimação ordinária e extraordinária, dentre outras classificações.

Restou evidente que a forma como é trabalhada a referida condição, do ponto de vista do direito processual civil, instrumento, pois, de aplicação e efetivação da lei material civil, adequa-se sobremaneira aos ensejos ventilados nas relações privadas, consubstanciadas em sua maioria por direitos disponíveis.

Nesse sentido, a legitimação extraordinária, trabalhada pelo professor Didier, exemplifica essa adequação e compatibilidade entre a lei processual e a lei material. Aquela possui instrumentos de efetivação, tais como a substituição processual, que não permitem que os direitos postulados em juízo restem desamparados ou esquecidos.

A lei processual civil permite e viabiliza a efetivação da lei material civil, e o preenchimento da legitimação para agir, ao mesmo tempo e que abre caminhos para o exame do mérito, opera um processo civil mais efetivo, que prima pela resolução do conflito e confere a solução jurídica para as partes envolvidas.

### **3.3. INTERESSE DE AGIR**

O interesse de agir, como segunda e última condição da ação, no campo do direito processual civil e a partir da Teoria Geral do Processo, também exsurge do pensamento liebmaniano, conforme já referido.

Segundo o mestre italiano, o interesse de agir pode ser visto como o interesse em obter a tutela requerida. É elemento material do direito de ação<sup>118</sup>.

Além disso, é um interesse processual, secundário e instrumental em relação ao direito material, substancial ou primário perseguido em juízo. Objetiva obter do magistrado o provimento que satisfará o interesse primário. Surge da necessidade de obter, no processo, a

---

<sup>118</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intelectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 138-139.

proteção do interesse substancial. Pressupõe lesão ao referido interesse, bem como a idoneidade da decisão pedida, que o protegerá e o satisfará<sup>119</sup>.

Conclui Liebman que o interesse de agir pode ser obtido pela relação entre a situação antijurídica denunciada e a decisão pedida para sanar essa antijuridicidade, aplicando-se o direito. Consiste essa relação na utilidade do provimento, como meio de reparação do interesse então lesado<sup>120</sup>.

Não se pode deixar de enfatizar que o interesse de agir possui um caráter instrumental, um interesse de conseguir, pela via jurisdicional, a satisfação de um interesse material<sup>121</sup>.

Impende salientar que o autor detém interesse quando necessita de uma proteção, que pode ser conferida por meio da atuação jurisdicional, diante de uma situação concreta<sup>122</sup>.

Daniel Amorim Assumpção Neves, representante de uma processualística mais contemporânea, demonstra que o conceito de interesse de agir hoje apresentado não difere, em essência, do que outrora defenderam Liebman e Ada Grinover.

Refere Daniel Amorim que o interesse de agir é a demonstração, pelo autor, de que o provimento jurisdicional por ele almejado possui o condão de melhorar sua situação fática, justificando que os recursos que serão gastos pelo Poder Judiciário, tais como tempo, dinheiro e energia, serão adequadamente destinados e cumprirão o papel necessário à resolução da demanda<sup>123</sup>.

Neste sentido, imperioso mencionar que existem decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ que evidenciam o conceito acima demonstrado. São casos envolvendo execuções fiscais, nos quais se assentou entendimento no sentido de que se o valor do crédito

---

<sup>119</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intelectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 139

<sup>120</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intelectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1. p. 140.

<sup>121</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977. p.86.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

<sup>123</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 132.

exequendo é ínfimo, não haverá utilidade prática e, por consequência, interesse de agir por parte da Fazenda Pública em executar o crédito<sup>124</sup>.

Mas, as ideias iniciais de Liebman, a propósito da configuração do interesse de agir, evoluíram com o passar do tempo, e com isso a teoria foi desenvolvida e aprimorada.

Nesse sentido, o interesse de agir, como condição da ação, ganhou desdobramentos, foi dividido em tópicos de análise menores que, em conjunto, e se preenchidos, conferem ao autor da demanda o interesse de agir para exercício do direito de ação.

Assim, a doutrina, esmiuçando o interesse de agir, fala, majoritariamente, em interesse-utilidade, interesse-necessidade e interesse-adequação.

Noticia-se, de antemão que muito embora existam essas três modalidades de interesse de agir como as mais citadas pela doutrina que debruça-se sobre o tema, elas não são unanimidade entre todos os doutrinadores, sendo verdade que alguns deles mencionam apenas 2 (dois) dos 3 (três) e divergem entre si.

E, como será visto, tais desdobramentos servem como fundamento de diferenciação entre as formas pelas quais o interesse de agir opera efeitos no âmbito do processo civil – ora em análise – e no âmbito do processo penal – como será demonstrado.

Ada Pellegrini Grinover, a propósito do interesse de agir, aponta como primeiro requisito para sua configuração a necessidade do uso das vias jurisdicionais, ou interesse-necessidade. O segundo requisito mencionado por ela é o interesse-adequação, ao falar da “adequação do provimento e do procedimento”.<sup>125</sup>

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, acerca dos desdobramentos do interesse de agir, lecionam que o modelo procedimental escolhido para a tutela do direito - por meio do exercício da jurisdição - além de necessário, deverá ser adequado para proteger ou tutelar

---

<sup>124</sup> A Caixa Econômica Federal sustenta que não há, no ordenamento jurídico pátrio, autorização para a extinção da execução de R\$ 130,00. Porém, a Turma negou provimento ao recurso sob o argumento de que o exercício da jurisdição deve considerar a utilidade do provimento judicial, sopesando o custo social de sua efetivação, especialmente quando o exequente pertence à estrutura do Estado. Consubstancia o interesse processual a utilidade prática do provimento judicial, o que não ocorre na execução de valor irrisório. Precedentes citados: REsp 913.812-ES, DJ 24/5/2007; REsp 601.356-PE, DJ 30/6/2004, e REsp 477.097-PR, DJ 21/2/2005. REsp 796.533-PE, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), julgado em 9/2/2010. Disponível em:

<  
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=796533&operador=e&b=I&NFJ&thesaurus=JURIDICO> > Acesso em 25 de julho de 2018.

<sup>125</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977. pp. 87-88.

determinada situação concreta. Disso decorre a necessidade e a utilidade da tutela jurisdicional<sup>126</sup>.

O que é possível depreender do interesse de agir, trabalhado a partir da visão do direito processual civil, principalmente analisando as obras doutrinárias de maior renome nacional, é que, dos seus desdobramentos, os mais mencionados são realmente o interesse-necessidade e o interesse-utilidade, restando a menção ao interesse-adequação a um grupo menor de autores.

Didier, por exemplo, expõe o interesse de agir nos moldes acima referidos, mencionando duas dimensões dessa condição da ação, quais sejam: necessidade e utilidade<sup>127</sup>.

Para ele, o interesse de agir é requisito processual extrínseco positivo, sendo um fato que deve existir para que o processo possa validamente ser instaurado. Se não houver interesse de agir, o pedido deixa, pois, de ser examinado<sup>128</sup>.

Segundo ensina, o interesse-utilidade é a manifestação de um resultado favorável ao demandante propiciado pelo processo. Haverá utilidade sempre que o processo resultar em proveito ao demandante<sup>129</sup>.

O exame da necessidade, por sua vez, repousa na premissa de que a “jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito”. Nesse sentido, se não há mais formas de resolver a controvérsia voluntariamente, há necessidade de jurisdição<sup>130</sup>.

Defende, todavia, que há certos tipos de ações em que sempre haverá necessidade de se recorrer à jurisdição estatal. Como exemplo, cita as ações constitutivas necessárias, tais como a ação de interdição, ações de jurisdição voluntária, processos de falência e rescisória de sentença. Aqui, a necessidade como dimensão do interesse de agir existe *in re ipsa*<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

<sup>127</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 403.

<sup>128</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 404.

<sup>129</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 405.

<sup>130</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. pp. 405-406.

<sup>131</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 407.

Já nas ações condenatórias, o interesse se agir existirá se condicionado à afirmação de uma lesão. A verificação de sua existência pertence ao exame de mérito<sup>132</sup>.

Nas ações constitutivas não necessárias, imperioso que o autor afirme o direito à modificação jurídica que pretende efetivar<sup>133</sup>.

E, por fim, nas ações declaratórias, haverá interesse de agir se o demandante demonstrar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, diante da existência de alguma controvérsia ou dúvida, consubstanciada na incerteza que paira quanto à situação jurídica ou autenticidade de documento que busca declarar. A incerteza é elemento indispensável para configurar o interesse de agir nas ações declaratórias<sup>134</sup>.

Didier faz uma crítica ao interesse-adequação. Refere que o processo é, do ponto de vista formal, procedimento. Em verdade, o exame de adequação de procedimento pertence à sua validade, e não tem relação com o exercício do direito de ação, com a demanda propriamente dita. Neste sentido, não há falar em erro quanto à escolha do procedimento, porquanto pode o erro ser corrigido, em caso de escolha de procedimento inadequado, trocando o incorreto por aquele que se considere o correto<sup>135</sup>.

Didier dá o exemplo de alguém que impetra um mandado de segurança, e o juiz, identificando o erro na escolha do procedimento, determina que o autor emende a petição inicial, adequando o procedimento aos anseios da demanda que se intenta promover<sup>136</sup>. Isso à luz do art. 321, do CPC<sup>137</sup>.

Apenas para demonstrar a divergência doutrinária, no âmbito do direito processual civil, que existe a propósito das dimensões do interesse de agir, impende verificar a doutrina

---

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> Idem, ibidem.

<sup>134</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 408.

<sup>135</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 410.

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos [arts. 319 e 320](#) ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.; *in* (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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 26 de julho de 2018).

de Daniel Amorim de Assumpção Neves, segundo o qual o interesse de agir desdobra-se em interesse-necessidade e interesse-adequação (e não interesse-utilidade)<sup>138</sup>.

Do ponto de vista da necessidade, defende que, para configuração da necessidade, é necessário que o autor não possa obter o bem da vida pretendido de outra forma senão com a intervenção do Poder Judiciário<sup>139</sup>.

Adequação, por sua vez, haverá quando o pedido formulado pelo autor tiver a capacidade de resolver o conflito de interesses apresentados na petição inicial.<sup>140</sup>

Mas o interessante na doutrina ora em exposição é a conclusão a que chega Daniel Amorim, a propósito da relação entre o interesse-utilidade e o interesse-adequação.

É que, segundo ensina, utilidade e adequação acabam se confundindo. A ideia de interesse-adequação está relacionada à utilidade da prestação jurisdicional. A utilidade estará presente se o pedido do autor tiver aptidão para melhorar sua condição<sup>141</sup>.

E, dessa forma, ele mescla a ideia de utilidade e adequação, concluindo de forma diferente de Didier, por exemplo, que, como visto, não vislumbra pertinência na dimensão interesse-adequação.

O interesse de agir, na perspectiva do direito processual civil, está intimamente ligado à ideia de instrumentalidade, de secundariedade com relação ao direito material postulado em juízo. Pressupõe lesão, ameaça, incerteza quanto ao direito. Pressupõe, ainda, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para resolver a questão que se coloca, tenha ela natureza de litígio ou de voluntariedade.

É, ainda, o interesse de agir depreendido do teor dos pedidos veiculados na petição inicial, que devem ser capazes de resolver ou atender ao direito que reputa o autor possuir. Está vinculado, ainda, à adequação do procedimento eleito, que deve atender aos anseios do direito material, em termos de procedimento.

E, assim como se passa com a legitimação para agir, na perspectiva do direito processual civil, o interesse de agir apresenta variações, classificações diversas, contidas doutrinárias e inúmeras hipóteses de aplicação e manifestação – circunstância umbilicalmente

---

<sup>138</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 132.

<sup>139</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 133.

<sup>140</sup> Idem.

<sup>141</sup> Idem, ibidem.



ligada com a natureza do direito veiculado na seara cível – variável, disponível, com diversas possibilidades de resolução.

Essa é a razão pela qual possui uma riqueza de detalhes sobremaneira evidente quando comparado, por exemplo, com o interesse de agir manifestado no campo do direito processual penal (bem mais restrito, objetivo, enxuto – como a seguir será demonstrado), o que inclusive legitima a pretensão de se querer criar uma “Teoria Geral do Processo”, que seja capaz de atender e preencher senão a todas, pelo menos à maioria das contruções da doutrina do processo nos diversos campos de aplicação do Direito como ciência.

### **3.4. A EXCLUSÃO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO. FUNDAMENTOS.**

Não se pode olvidar que, originalmente, a Teoria da Ação de Liebman contemplava a existência de 3 (três) condições da ação, quais sejam: legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Liebman conceitua possibilidade jurídica do pedido como “a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor”<sup>142</sup>.

A possibilidade jurídica pode ser vislumbrada, ainda, quando o pedido abstratamente realizado pelo autor de uma demanda seja admissível em face das normas jurídicas presentes no ordenamento nacional<sup>143</sup>.

Ada Pellegrini Grinover o define como a admissibilidade, em abstrato, do provimento desejado. Ou que este exista dentro do ordenamento jurídico. Ou seja, só há que se falar em possibilidade jurídica do pedido, em termos de processo civil, se o direito substancial admite o pedido veiculado<sup>144</sup>.

O exemplo clássico trabalhado pela doutrina (incluindo Liebman) para configurar os pressupostos fáticos da possibilidade jurídica do pedido é o pedido de divórcio, que, à época em que Liebman criou as condições da ação, não possuía previsão no ordenamento jurídico

---

<sup>142</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945. p. 223 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p.116.

<sup>143</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 356.

<sup>144</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 40.

italiano. Não era possível obter o divórcio pela via judicial. Dessa forma, entendia-se que o autor, nesse caso, não atendia à possibilidade jurídica do pedido, e, faltando condição da ação, o processo tinha tudo para ser extinto sem resolução de mérito<sup>145</sup>.

Todavia, conforme já noticiado, Liebman mudou sua teoria, reduzindo o rol de condições da ação apenas ao interesse de agir e à legitimação para agir, excluindo, pois, a possibilidade jurídica do pedido.

Isso ocorreu porque, nos idos dos anos 70, sobreveio legislação na Itália que cuidou de regular o divórcio (Lei 898, de 01/12/1970).

E somente a entrada em vigor dessa lei foi o suficiente para excluir a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação porque a situação do divórcio era, basicamente, o único elemento, vislumbrado por Liebman, que compunha a lista de pressupostos fáticos para configuração da possibilidade jurídica do pedido, como fundamento de carência da ação.

Em vista disso, já na terceira edição do seu *Manuale de diritto processuale civile*, publicado em 1973, Liebman apresentou as condições da ação nos moldes em que hoje são conhecidas<sup>146</sup>.

A doutrina relata que Liebman, com a entrada em vigor da referida lei na Itália, “sentiu-se praticamente desencorajado de continuar a incluir a possibilidade jurídica entre as condições da ação”<sup>147</sup>.

Outro argumento apontado pela doutrina como relevante para a mudança de posição de Liebman é o fato de que não seria possível aceitar que alguém tenha interesse de agir, sem que esse interesse pressuponha uma previsibilidade, no ordenamento jurídico, do pleito veiculado pelo autor da demanda<sup>148</sup>.

E a doutrina já desferia críticas nesse sentido, pois, em suma, reconhecer que um pedido é juridicamente possível é reconhecer a admissibilidade, de forma abstrata, do provimento ou, pelo menos, sua existência dentro do ordenamento jurídico<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p.117.

<sup>146</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p.117.

<sup>147</sup> Idem.

<sup>148</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal** – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002. p. 105.

<sup>149</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal** – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002. p. 106.

Dessa forma, com sua mudança de posicionamento, Liebman foi reputado pela doutrina como adotante da teoria eclética<sup>150</sup>.

Ao que parece, para muitos autores, tais como Boschi e, citada por este, Ada Pellegrini Grinover, vislumbram os efeitos da possibilidade jurídica do pedido como, senão compatíveis, ao menos assimiláveis por aqueles presentes no interesse de agir. Tal como se esta condição da ação absorvesse a possibilidade jurídica do pedido aventada por Liebman.

O curioso é que, no mesmo ano em que Liebman publicou seu manual, já com a configuração nova das condições da ação no direito processual civil, eis que entra em vigor, no Brasil, o Código Buzaid, ou Código de Processo Civil de 1973, o qual foi construído, também, levando-se em conta os entendimentos doutrinários até então esposados pelo mestre italiano.

E, dessa maneira, o CPC que então entrava em vigor, em 1973, adotando o entendimento clássico de Liebman, exsurge como uma novidade já desatualizada, porquanto as condições da ação clássicas de Liebman constavam da redação do diploma processual, mesmo o doutrinador já tendo mudado de posição.

E não há como não vislumbrar consequências práticas nessa mudança de posição do professor italiano – precursor das condições da ação – porquanto, como já referido, as condições da ação de Liebman integraram o texto do Código de Processo Civil de 1973 que, em seu art. 267<sup>151</sup> dispunha sobre as hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito. E lá, no seu inciso VI, havia a menção da hipótese de “não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

Vê-se, pois, que a possibilidade jurídica mereceu menção, tanto como uma das condições da ação que viabilizam o exercício desta, na seara processual civil, como um elemento que, se ausente, inviabiliza o exame do mérito da ação, extinguindo-se o processo sem seu exame.

---

<sup>150</sup> Idem.

<sup>151</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual[...] *in* (BRASIL. Lei número 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm) >. Acesso em 31 de julho de 2018).

Então, diante deste quadro, a entrada em vigor do CPC/73 com esta disposição literal forçaria, entendemos, a três linhas de ação: ou se mudaria o texto, adequando-se à nova realidade doutrinária que então se colocava; ou ignorava-se a possibilidade jurídica do pedido, entendendo-a como um desdobramento do interesse de agir, por exemplo; ou então se promoveria um esforço doutrinário no sentido de preencher a possibilidade jurídica com conteúdo passível de aplicação prática, nos casos concretos levados à análise do Poder Judiciário.

Uma análise de doutrinas mais clássicas, como a de Ada Pellegrini Grinover, revela a inclinação dos operadores do direito para a terceira opção acima exposta, qual seja, a proposição de uma releitura da possibilidade jurídica do pedido, para conferir-lhe conteúdo prático e viabilizar sua utilização no ordenamento jurídico.

A releitura em questão objetivou, fundamentalmente, conferir sentido à possibilidade jurídica do pedido, principalmente tendo em vista o potencial de inutilidade que esta condição da ação teria, em face da modificação da fonte doutrinária que lhe conferiu existência, suprimindo-a do rol das condições da ação criadas por Liebman.

Basicamente, a proposta da releitura seria uma inversão de pensamento quanto à configuração da possibilidade jurídica do pedido. Enquanto Liebman vislumbrava a possibilidade jurídica de modo positivo, ou seja, que o pedido veiculado deveria ter previsão expressa no ordenamento jurídico, para a doutrina que então pugnava pela releitura, pode-se ver esta condição da ação em sentido negativo, ou seja, haveria possibilidade jurídica se não houvesse vedação expressa ao pedido no ordenamento jurídico vigente<sup>152</sup>.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover defendeu que só faltaria possibilidade jurídica caso o ordenamento contivesse proibição ao exercício do direito de ação<sup>153</sup>.

E o erro de Liebman, por assim dizer, seria não perceber que nem sempre o pedido do autor estaria amparado, expressamente, pela lei, mas que o importante é que ele não esteja vedado<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> MONIZ DE ARAGÃO. Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 522 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p.118.

<sup>153</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 40.

Enfim, a possibilidade jurídica não é conceituada vislumbrando-se a existência de uma previsão no ordenamento jurídico, mas sim com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de previsão que o inviabilize. Se a lei vetar, haverá impossibilidade jurídica do pedido<sup>155</sup>.

À vista de todo o exposto, depois de verificar que Liebman exclui a possibilidade jurídica como condição da ação após a entrada em vigor da lei do divórcio, na Itália dos anos 70, curiosamente no mesmo ano em que entra em vigor, no Brasil, o Código Buzaid, o qual trazia expressamente em um de seus dispositivos as condições da ação na visão clássica de Liebman – incluindo a possibilidade jurídica do pedido – percebeu-se também o esforço de parte da doutrina processual civil em conferir sentido a esta condição da ação, impedindo que o CPC de então já vigorasse desatualizado.

Não obstante todas as considerações feitas a propósito da possibilidade jurídica, o fato é que, atualmente, na esteira do Código de Processo Civil de 2015, não só a possibilidade jurídica do pedido, como também as demais condições da ação foram suprimidas da redação legal, pondo-se em discussão na doutrina inclusive se seria o fim das condições da ação, tal como passa-se a expor no próximo item do trabalho

### **3.5. A EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO COMO FATOR (IN)DISPENSÁVEL PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO. VISÃO ADOTADA E MUDANÇAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.**

Consoante previamente noticiado, o Código de Processo de 1973 trazia expressamente as condições da ação de Liebman, de acordo com a previsão de seu art. 267, VI, dispondo que “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual[...]”<sup>156</sup>.

Vê-se que, pela redação constante do Código Buzaid, as então chamadas condições da ação compunham o rol de situações jurídicas cuja análise antecedia ao exame de mérito e,

---

<sup>154</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p.117.

<sup>155</sup> MONIZ DE ARAGÃO. Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil.** v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 522 *apud* SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p.118.

<sup>156</sup> BRASIL. Lei número 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm) >. Acesso em 31 de julho de 2018.

caso ausentes as sobreditas condições para o exercício da ação, inviabilizar-se-ia o exame do mérito, e o processo era simplesmente extinto, sem que o juiz se debruçasse sobre o mérito da demanda.

O Código de Processo Civil de 2015 também possui dispositivo que elenca algumas situações cuja análise precede ao exame do mérito. Trata-se do artigo 485, IV, o qual dispõe que “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual [...]”<sup>157</sup>.

Comparando a redação dos dois dispositivos, que têm o mesmo objeto, qual seja – extinção do processo sem exame de mérito – verifica-se, de pronto, que o termo “condições da ação” não está mais presente na literalidade do CPC; e que a “possibilidade jurídica” também não mais integra a sua redação.

No que tange à possibilidade jurídica do pedido, a sua exclusão da redação do CPC de 2015 é compreensível, porque, ainda na vigência do CPC anterior, muitos já entendiam que ela não integrava o rol de condições da ação, ou, pelo menos, não de forma autônoma, a partir da sua inserção no interesse de agir.

Todavia, com relação à legitimidade e ao interesse, pairou a dúvida sobre se seria o fim das condições da ação, na forma como foram idealizadas por Liebman.

Autorizada doutrina debruçou-se sobre o tema. Marinoni, Arenhart e Mitidiero, são categóricos ao afirmarem que:

“Não se fala mais em condições da ação. Há apenas advertência de que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade (art. 17). Diz o art. 485 do CPC que o órgão jurisdicional não resolverá o mérito em diversas hipóteses, entre essas quando verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual (art. 485, VI). Trata-se, assim, de requisitos para a apreciação do mérito, estando muito distante a ideia de que tais elementos poderiam ter a ver com a existência da ação”<sup>158</sup>.

E diante das alterações legislativas promovidas pelo CPC de 2015, doutrina já se inclinava para o entendimento de que as clássicas condições da ação de Liebman sofreriam

---

<sup>157</sup> 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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 31 de julho de 2018.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 204.

um reenquadramento teórico, passando-se a entendê-las ora como pressupostos processuais, ora como mérito, a depender do caso concreto<sup>159</sup>.

Então passou-se a se defender que apenas o conceito *condições da ação* estaria extinto, diante da nova redação do código. Todavia, aquilo que as referidas condições buscavam, na prática, permaneceu<sup>160</sup>.

Mas, quanto a isso, não há consenso doutrinário. Daniel Amorim Assumpção Neves, por exemplo, embora descreva o entendimento doutrinário acima exposto – notadamente aquele que enquadra as condições da ação como pressupostos processuais ou como mérito – discorda desta visão. Refere expressamente que o interesse de agir e a legitimidade não podem ser tratadas como pressupostos processuais, porquanto demandam análise da relação jurídica de direito material<sup>161</sup>.

Desse modo, conclui que ainda persistem as condições da ação. E mais, refere que o atual Código de Processo Civil filia-se à teoria eclética, muito embora se pudesse entender, diante da propensão doutrinária a enquadrar as antigas condições da ação como pressupostos processuais, que o CPC atual adotara a teoria abstrata da ação<sup>162</sup>.

Didier, a seu turno, fornece mais elementos para descrever essa relação entre as condições da ação e o atual Código de Processo Civil, auxiliando a aclarar o raciocínio a respeito da exclusão ou não das mesmas do contexto do direito processual civil brasileiro.

Refere que condições 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”<sup>163</sup>.

Mais adiante, Didier, da mesma forma que Daniel Amorim Assumpção Neves, esclarece que o efeito prático da nova redação do CPC, no que toca às condições da ação, restou apenas por extinguir o conceito relativo à categoria, todavia sem extirpar do mundo

---

<sup>159</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 129.

<sup>160</sup> Idem.

<sup>161</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 132.

<sup>162</sup> Idem.

<sup>163</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 344.

jurídico-processual aquilo que as referidas condições buscavam identificar. Pelo contrário, isso permaneceu intacto<sup>164</sup>.

Em verdade, o juiz do CPC de 2015 não se eximiria de analisar a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a legitimação para agir. Ele faria isso ou quando se debruçasse sobre o mérito, ou quando do exame dos pressupostos processuais<sup>165</sup>.

Conclui, de forma muito segura, que não há mais falar em condições da ação na sistemática do atual CPC, porquanto a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir serão explicados à luz do repertório teórico dos pressupostos processuais de validade do processo<sup>166</sup>.

Demais disso, a ausência de possibilidade jurídica do pedido passa a ser objeto, à luz do novo código, de improcedência liminar do pedido, sugerindo, inclusive, que o mesmo tratamento poderia ser dispensado aos casos de falta de legitimação ordinária<sup>167</sup>.

À vista de todo o exposto, conclui-se que o CPC de 2015 provocou mudanças significativas no trato das tradicionais condições da ação propostas por Liebman. Primeiro, cogitou-se que seria o fim dessa categoria teórica como um todo. Ao depois, constatou-se que apenas o conceito de “condições da ação” foi retirado da redação do diploma processual civil, sendo certo que os objetivos almejados pela análise das clássicas condições da ação permaneceu.

Neste sentido, o julgador do CPC atual não se exime, absolutamente, da análise da legitimidade, interesse e da possibilidade jurídica (muito embora tenha sido suprimida da redação da nova Lei Processual); apenas o faz nos termos do novo reenquadramento conceitual e da superação do paradigma teórico das condições da ação então esposado pelo CPC de 1973.

#### **4. VISÃO CLÁSSICA: AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA COMO REFLEXO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

---

<sup>164</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 345.

<sup>165</sup> Idem.

<sup>166</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. pp. 346-347.

<sup>167</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 347.



Passando para uma nova etapa do presente trabalho, depois de ter sido apresentada uma reconstrução histórica e conceitual do direito de ação, apresentando sua evolução e o contexto de origem das condições da ação a partir de Liebman; ao depois, proposta uma análise a propósito das condições da ação, suas nuances e exemplos depreendidos da realidade do direito processual civil e pontuando os mecanismos de funcionamento das condições nesta seara; e apresentando, ao final, a visão que impera no CPC de 2015 e as importantes mudanças trazidas no campo teórico com relação ao CPC de 1973.

Cumprido, agora, tecer alguns escólios a propósito das condições da ação no âmbito do Processo Penal, leia-se, condições da ação penal condenatória.

Assim como fez-se uma digressão a propósito do conceito de ação precedentemente à análise das suas condições, cumpre apenas verificar, a título de notícia, o que pensam alguns autores a respeito do conceito de ação na seara penal.

Rogério Lauria Tucci, por exemplo, conceitua ação penal como uma

“ação correspondente ao exercício do direito à jurisdição criminal, para reconhecimento ou satisfação, da prevalência, enfim, do *ius puniendi* estatal ou do *ius inertatis* do ser humano envolvido em uma *persecutio criminis*”<sup>168</sup>.

Diante disto, far-se-á uma exposição do exercício da acusação a partir da visão apresentada até agora, cuja origem remonta à Teoria Geral do Processo e à aplicação puramente direcionada ao direito processual civil; e, depois, diante de um contexto de ascensão, independência e autonomia teórica do direito processual penal com relação ao direito processual civil, apresentar-se-á condições específicas ao exercício da acusação.

A primeira visão a ser apresentada a propósito das condições da ação no âmbito do direito processual penal é a que se configura a partir dos pressupostos teóricos e paradigmas doutrinários que provém da chamada Teoria Geral do Processo, os quais já foram tangenciados no presente trabalho.

---

<sup>168</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 80.

E, utilizando-se o conceito de ação – no seu, por assim dizer, último estágio de desenvolvimento - na área do direito processual penal, naturalmente que este conceito viria acompanhado das condições para o exercício da acusação.

Cumprir observar que as condições da ação, nos moldes em que expostas na chamada Teoria Geral do Processo confundem-se sobremaneira com aquelas do direito processual civil, sendo inclusive associados a este ramo do direito, talvez porque tenham sido apresentados, ganhado contornos e notoriedade a partir da produção doutrinária de processualistas da área civil.

O fato é que, hoje em dia, a visão majoritária entre os processualistas da área penal é a de que sim, aplicam-se ao processo penal as condições da ação do direito processual civil, ou melhor, da Teoria Geral do Processo.

É bom ressaltar, todavia, que em geral, no direito processual penal direito processual penal os autores costumam dividir as condições da ação em genéricas e específicas. As genéricas são as consagradas na Teoria Geral do Processo, acrescidas da *justa causa*, que será trabalhada com maior detidão; as específicas, por sua vez, são as chamadas *condições de procedibilidade*, as quais, possuindo nuances e peculiaridades, serão melhor trabalhadas adiante.

Neste sentido, tanto a legitimidade, quanto o interesse de agir, ou mesmo a possibilidade jurídica do pedido, foram transpostas para o âmbito processual penal para lá serem aplicadas e submetidas à análise do julgador diante de cada caso penal levado ao seu conhecimento.

E, como dito, vários doutrinadores brasileiros da área do direito processual penal esposam referido entendimento.

Não há unanimidade, todavia, quanto ao quadro configurativo das condições da ação. Alguns doutrinadores divergem em maior ou menor intensidade com relação à visão preponderante, mas todos aqueles que integram a corrente majoritária mantêm o mesmo raciocínio, no tocante à essência das condições para o exercício da acusação como herança da Teoria Geral do Processo.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, nega a existência de condições de procedibilidade<sup>169</sup>.

Renato Marcão, por exemplo, afirma expressamente, quando da análise das condições genéricas da ação, que “As condições genéricas ou gerais da ação no processo penal são exatamente as mesmas exigidas no processo civil”<sup>170</sup>.

Ainda, sustenta que as condições de procedibilidade são as condições específicas para o exercício da ação penal. Todavia, não integra a justa causa como condição genérica<sup>171</sup>.

E assim como ele, Tourinho Filho também entende serem as condições genéricas da ação penal as mesmas do direito processual civil, e as condições de procedibilidade como condições específicas.<sup>172</sup> Mas não menciona a justa causa como condição da ação penal.

Badaró só trabalha com as condições da ação clássicas do direito processual civil, acrescentando a justa causa. Não trabalha com a ideia de condições específicas e/ou condições de procedibilidade<sup>173</sup>.

Já Marcellus Polastri Lima alude, ao apresentar as condições da ação no direito processual penal, à expressão “Teoria Geral do Processo”, e não a “Processo Civil”, demonstrando, como acima referido, que existe a associação natural entre os termos, principalmente devido aos responsáveis pelo desenvolvimento da chamada Teoria Geral<sup>174</sup>.

E a discussão não paira somente na seara doutrinária, porquanto o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 395, assim dispõe:

“Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

---

<sup>169</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 198.

<sup>170</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 215.

<sup>171</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 219-220.

<sup>172</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. pp. 599-609.

<sup>173</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pp. 68-72.

<sup>174</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. – 9. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. pp. 188-189.

Parágrafo único. (Revogado)”<sup>175</sup>.

Da leitura do dispositivo, depreende-se menção expressa ao termo “condição para o exercício da ação penal”, de maneira similar e em paralelismo às condições da ação do CPC de 1973, apontando para um diálogo entre as áreas civil e penal, o que confere força para a doutrina majoritária defender a transposição das condições da ação da Teoria Geral do Processo, para o direito processual penal, com apoio, então, tanto em doutrina, quanto em lei.

Afora estas pequenas divergências tomadas entre os processualistas da área penal, a visão que prepondera é a de que as condições para o exercício da ação penal dividem-se em genéricas e específicas.

As genéricas, herdadas da Teoria Geral do Processo, dividem-se em legitimidade *ad causam*, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, com a inserção da justa causa por somente alguns autores, e não como uma condição da ação propriamente dita; as específicas, por sua vez, são as chamadas condições de procedibilidade, que possui inúmeros exemplos, a seguir também melhor analisados.

Tal entendimento é o defendido, por exemplo, por Julio Fabbrini Mirabete, José Antônio Paganella Boschi, Marcelo Pollastri Lima, Guilherme Madeira Dezem, dentre outros.

Impende mencionar, e isso após análise dos elementos acima expostos, que muito embora os autores divirjam pontualmente quanto à eventual adequação de uma condição em tal ou qual categoria, ou mesmo pela ausência de uma delas – todos eles conservam, ao que parece, a essência das condições da ação herdadas da Teoria Geral do Processo, o que contribui para que se construa um raciocínio a propósito das condições da ação penal estruturado sobre essa visão clássica, já consolidada no direito processual civil.

Feito isso, cumpre examinar cada condição da ação - já consolidadas no direito processual civil – no âmbito do direito processual penal, no tocante à forma de sua manifestação e do conteúdo que preenche os seus conceitos.

#### **4.1. LEGITIMIDADE**

---

<sup>175</sup> BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 01 de agosto de 2018.

Legitimidade de agir, no direito processual penal, traz consigo os mesmos fundamentos configurados na seara processual civil, notadamente a qualidade do autor da demanda de ser a pessoa (elemento subjetivo) que tem interesse de agir, *in casu*, afigurando-se o direito de pleitear junto à jurisdição criminal para resolver determinado caso concreto.

Renato Marcão, por exemplo, dirá que legitimidade, como condição da ação, significa estar juridicamente autorizado a postular prestação jurisdicional<sup>176</sup>.

Segundo leciona, e inclusive por força de lei, nas ações penais públicas, condicionadas ou incondicionadas, o legitimado ativo é o Ministério Público. Tal ilação pode inclusive ser extraída do teor do arts. 24<sup>177</sup>, do CPP, e 100, §1º<sup>178</sup>, do CP e art. 129, I<sup>179</sup>, da Constituição da República<sup>180</sup>.

Já nas ações penais privadas, parte legítima ativa será o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo, fulcro no art. 30<sup>181</sup>, CPP e art. 100, §2º<sup>182</sup>, do CP.

Inclusive, a ilegitimidade passiva encontra previsão no Código de Processo Penal como causa de nulidade do processo, consoante art. 564, II<sup>183</sup>.

---

<sup>176</sup> MARCÃO. Renato. **Curso de Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 216.

<sup>177</sup> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo[...]. *in* BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 11 de agosto de 2018.

<sup>178</sup> Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça [...] *in* BRASIL. Decreto-Lei número 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

<sup>179</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] *in* BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em 11 de agosto de 2018.

<sup>180</sup> MARCÃO. Renato. **Curso de Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 216.

<sup>181</sup> Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.. *in* BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 11 de agosto de 2018.

<sup>182</sup> Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. [...] § 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo[...] *in* BRASIL. Decreto-Lei número 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

<sup>183</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] II - por ilegitimidade de parte; [...] *in* BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 11 de agosto de 2018.

Neste sentido, tanto a legitimidade ativa, quanto a legitimidade passiva, devem ser observadas pelos que darão início à ação penal. No caso da legitimidade passiva, a ação penal condenatória só poderá ser movida contra o autor, coautor ou partícipe da conduta delitiva<sup>184</sup>.

Assim sendo, legitimidade passiva será a capacidade jurídica para ser demandado. Em processo penal, é a pessoa em face de quem a ação penal poderá ser movida<sup>185</sup>.

Questão interessante, a propósito da legitimidade passiva, envolve os crimes cometidos por pessoas jurídicas. Isso porque, em regra, crimes só podem ser cometidos por pessoas físicas. Existe a exceção, com relação à pessoa jurídica, que encontra-se nos crimes ambientais, prevista no art. 3º<sup>186</sup>, da Lei número 9.605/98.

Nesta senda, Marcão afirma que, fora destes casos expressos na referida lei, a pessoa jurídica não deterá legitimidade passiva para figurar em uma ação penal<sup>187</sup>.

Fernando Capez, a seu turno, refere que, no processo penal, existe conflito de interesses entre o direito de punir e o direito à liberdade. Aduz que o titular do primeiro é o Estado, verdadeiro legitimado, portanto. O Ministério Público o representa<sup>188</sup>.

E é justamente por esse motivo – o de ser o Ministério Público o titular da ação penal, representando o Estado – que se diz que o ofendido, na titularidade da ação privada, nada mais é que o substituto processual ou legitimado extraordinário, atuando em nome do Ministério Público. Embora possua o direito de acusar, ou *ius accusationis*, exercendo-o em nome próprio, atua em direito alheio, qual seja, o direito de punir do Estado.<sup>189</sup>

Complementa afirmando, tal como Marcão, que os legitimados passivos são os suspeitos da prática da infração penal, contra os quais o Estado movimenta a persecução criminal, visando, claro, à imposição de uma pena.<sup>190</sup>

A legitimidade, tal como todas as condições da ação penal, deve ser analisada pelo julgador quando do recebimento da denúncia ou da queixa-crime e, faltando alguma destas

---

<sup>184</sup> MARCÃO. Renato. **Curso de Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217.

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. *In* BRASIL. **Lei número 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm) > Acesso em 11 de agosto de 2018.

<sup>187</sup> MARCÃO. Renato. **Curso de Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217.

<sup>188</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 158-159.

<sup>189</sup> Idem.

<sup>190</sup> Idem, ibidem.

condições, o magistrado rejeitará a petição inicial, porquanto carente a ação. E não se olvide que a decretação de nulidade poderá ocorrer a qualquer momento do processo, fulcro no art. 564, II<sup>191</sup>, CPP. Dá causa à nulidade absoluta.

Tourinho Filho, enriquecendo o debate a propósito da legitimidade na ação penal, sustenta que a legitimação ativa do Ministério Público não decorre de um conflito de interesses entre agressor e agredido, mas sim da própria lei, ao prever que, diante do cometimento de uma infração penal por qualquer pessoa, surge para o Estado o interesse consubstanciado no *jus puniendi*, já, para o acusado, do *jus libertatis*, instaurando-se o conflito.<sup>192</sup>

José Antonio Paganella Boschi, em exposição a propósito da legitimação para agir no processo penal, e com bastantes linhas específicas a respeito da atuação do Ministério Público, afirma que, como instituição, este jamais perderá a legitimidade que lhe é ínsita, para atuar ativamente na ação penal<sup>193</sup>.

E utiliza este argumento para referir, por exemplo, que nos casos de ações penais públicas que necessitam de representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, ou outra condição objetiva de punibilidade (será adiante trabalhado), não há falar em ilegitimidade com relação à atuação Ministerial. Tanto é verdade que eventual irregularidade dessa natureza não infirma o direito de o titular da ação penal, futuramente, mover outra ação penal com relação à mesma *causa petendi*, desde que não extinta a punibilidade.<sup>194</sup>

E, ainda com ênfase na atuação do Ministério Público, Paganella Boschi apresenta interessante reflexão, no sentido de que, atualmente, em termos institucionais, vê-se que o *parquet*

“[...] há muito deixou de ser o advogado do rei para se transformar no que é hoje: uma instituição do Estado a serviço da sociedade e não do governo! Definido na Constituição Federal como instituição essencial à Justiça, o Ministério Público tem por missão precípua defender o regime democrático, a ordem jurídica e os interesses sociais e individuais indisponíveis [...]”.<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] II - por ilegitimidade de parte; [...] in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm) >. Acesso em 11 de agosto de 2018.

<sup>192</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 600.

<sup>193</sup> BOSCHI. José Antonio Paganella. **Ação Penal**. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002. p. 151.

<sup>194</sup> Idem.

<sup>195</sup> BOSCHI. José Antonio Paganella. **Ação Penal**. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002. p. 153.

Ao que parece, diante das visões acima expostas, a respeito da legitimidade de agir na ação penal, construída e configurada nos moldes em que surgira na Teoria Geral do Processo, existe uma adequação harmônica desta condição para o exercício da acusação.

Basta transladar o conceito de legitimação para agir, da Teoria Geral do Processo, bem explicitada por Alfredo Buzaid ao cunhar a expressão “pertinência subjetiva” – e aplicá-la ao processo penal para verificar que, de fato acode ao Ministério Público, titular da ação penal por via constitucional, a referida pertinência subjetiva; assim como, para o transgressor da norma, infrator penal, acode também a pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da ação penal, se e quando identificado.

Existe, pois, na realidade normativa brasileira, terreno fértil para a aplicação das condições da ação genéricas, como herança do direito processual civil e da teoria geral do processo, ao direito processual penal enquanto ciência.

#### **4.2. INTERESSE DE AGIR**

Interesse de agir, no direito processual penal onde as condições da ação filiam-se à Teoria Geral do Processo, conserva a essência de vislumbrar o caráter instrumental do processo, utilizado para se chegar ao fim que, na maior parte das vezes, é o direito material perseguido judicialmente.

José Frederico Marques, em seus estudos sobre processo penal, ensina que o interesse de agir consiste em uma relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Segundo ele, só haverá interesse quando a providência jurisdicional requerida é adequada à situação concreta objeto de decisão<sup>196</sup>.

Refere, ainda, e já filiando-se a uma concepção clássica de condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica) que a ausência de interesse de agir implica ausência de justa causa para a propositura da ação penal, evidenciando que não considera este elemento como condição autônoma para o exercício da acusação<sup>197</sup>.

Mas, afora a similitude da construção conceitual do interesse de agir nas searas processuais civil e penal, exsurge interessante característica, no âmbito da processualística

---

<sup>196</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal – volume 1**. Campinas: Bookeseller, 1997, p. 294.

<sup>197</sup> Idem.



criminal, suscitada pela maioria dos processualistas que filiam-se à Teoria Geral do Processo, a propósito do interesse de agir.

Referida característica consubstancia-se no fato de que sempre haverá interesse de agir no âmbito do processo penal, pois somente por meio do processo é que se consegue a condenação de alguém, a aplicação de uma pena. O processo é, invariavelmente, o instrumento adequado, necessário e útil para a persecução criminal, não havendo falar em *jus puniendi* exercido fora do processo.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, sustenta que o interesse de agir, no processo penal, é inerente ao próprio direito de ação. Está implícito em toda acusação, pois o Estado não pode aplicar uma pena senão através das vias jurisdicionais<sup>198</sup>.

Neste sentido, Guilherme Dezem expõe que, na ação penal condenatória, o interesse de agir é sempre existente. Isso porque, segundo ele, não é possível, no sistema jurídico brasileiro, a imposição de sanção penal sem que haja o devido processo legal<sup>199</sup>.

Expõe, ainda, que a ausência do referido elemento é causa de rejeição da denúncia, e exemplifica com a hipótese em que o denunciado receberá o perdão judicial, podendo-se constatar isso de antemão. Todavia, a hipótese do perdão deve provir de lei que o autorize.<sup>200</sup>

Este caso ocorreria, por exemplo, com alguém que, cometendo homicídio culposo contra o próprio filho, e estando no inquérito a prova irrefutável do caráter culposo do delito, e do forte vínculo entre pai ou mãe e filho, já se poder antever que o julgador concederá o perdão judicial para esta pessoa. Neste caso, o juiz pode reconhecer a falta de interesse ao Ministério Público no oferecimento da denúncia, rejeitando-a<sup>201</sup>.

Pollastri, a seu turno, dirá que haverá interesse de agir, na propositura de uma ação penal, toda vez que alguém necessitar ir a juízo para obter a prestação jurisdicional, sem a possibilidade de utilização de outro meio para satisfação daquele interesse.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 109.

<sup>199</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 236.

<sup>200</sup> Idem.

<sup>201</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 237.

<sup>202</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. – 9. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. pp. 188-194.

E também dirá que o interesse de agir deflui dos princípios de direito, e que, em se tratando de ação penal, no processo penal sempre existirá interesse de agir, já que a aplicação da pena só pode ocorrer por meio de um processo.<sup>203</sup>

Também exemplifica com uma hipótese de ausência de interesse de agir, isso, claro, de forma excepcional, ao Ministério Público na propositura de uma ação penal. Trata-se das hipóteses trazidas pela Lei número 9.099/95, como a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Nesses casos, defende Pollastri que, sendo realizadas a conciliação e a transação, mesmo fora do juízo, faltaria interesse ao Ministério Público para oferecer ação penal, por meio de denúncia.<sup>204</sup>

Mirabete, também, defende que o interesse de agir é inerente ao próprio direito de acusação, pois não há como impor pena fora das vias jurisdicionais.<sup>205</sup>

Diante do exposto, resta evidente que é possível a configuração do interesse de agir, no processo penal, nos moldes em que expostos os do processo civil, alicerçados pelos elementos do interesse-necessidade, interesse-adequação e interesse-utilidade, porquanto sejam todos, em maior ou menor medida, mencionados pela maioria dos processualistas da área penal, evidenciando a preponderância desta visão na doutrina brasileira.

Todavia, a ressalva a ser feita é a de que, diferentemente no processo civil, onde a ausência de interesse de agir engloba diversos casos, principalmente pela infinitude de situações que ocorrem na seara civil, e que prescindem da atuação do Poder Judiciário – no processo penal é diferente, pois a regra é que o processo e a atuação jurisdicional são imprescindíveis, pois só se busca a condenação de alguém e a aplicação de uma pena por meio do processo, salvo em raríssimas exceções, tal como acima pontuado.

### **4.3. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**

A possibilidade jurídica também é trabalhada de forma afeta à persecução criminal.

---

<sup>203</sup> Idem.

<sup>204</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. – 9. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. pp. 188-195.

<sup>205</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. – 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 6ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 91.

Muito embora tenha a possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação, perdido sua autonomia, nos idos dos anos setenta, pelo próprio Liebman que, segundo tudo indica, fora o seu criador, a possibilidade jurídica também foi trabalhada pelos processualistas da área penal, possuindo suas próprias e interessantes nuances.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, sustentou que, no processo penal, a possibilidade jurídica do pedido ocorre quando o provimento condenatório encontra permissão expressa.<sup>206</sup>

Hélio Tornaghi, ao pontuar suas lições sobre a possibilidade jurídica do pedido, dispõe que o conceito está na ideia de existência, no ordenamento jurídico, de previsão legal daquilo que o autor pede.<sup>207</sup>

O autor propõe uma leitura negativa da referida condição da ação, nos moldes em que defendidos pelos processualistas da área civil que propuseram uma releitura das ideias apresentadas por Liebman a propósito da possibilidade jurídica, até mesmo para conferir aplicabilidade ao dispositivo do CPC de 1973 que dispunha sobre as condições da ação, como outrora apresentado.<sup>208</sup>

Disso, resulta a procura de hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, não havendo nada no ordenamento jurídico que vede o pedido, ele é possível juridicamente.

E assenta que entre os casos de impossibilidade jurídica do pedido, no âmbito do direito processual penal, estão os decorrentes das condições de procedibilidade, tais como a falta de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça; o não-ingresso no território nacional do autor de crime praticado no exterior mas punível de acordo com a lei brasileira; ausência de declaração da Câmara dos Deputados no sentido da procedência de acusação de crime praticado pelo Presidente da República; inexistência de sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento, na hipótese de estar configurado o crime do art. 236<sup>209</sup>, do Código Penal.<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 66.

<sup>207</sup> TORNAGHI, Hélio, 1915. **A relação processual penal**. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1987. p. 250.

<sup>208</sup> Idem.

<sup>209</sup> Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: [...] in BRASIL. Decreto-Lei número 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

Rogério Lauria Tucci afirma que haverá possibilidade jurídica, no processo penal, quando o pedido do autor enquadrar-se no direito material normativo, ou na norma do *ius positum* penal.<sup>211</sup>

Em outras palavras, faltarão possibilidade jurídica no manejo da ação penal quando o fato narrado na petição inicial não for típico.<sup>212</sup>

Exemplifica que não haverá possibilidade jurídica em uma demanda que tenha como pedido a prisão perpétua do indivíduo ou de trabalhos forçados, inclusive por força de proibição constitucional prevista no art. 5º, XLVII, b e c, da Constituição Federal<sup>213</sup>; ou de pedido condenatório em ação de *habeas corpus*; ou de aumento de pena em ação de revisão criminal.<sup>214</sup>

Fernando Capez sugere uma leitura da possibilidade jurídica do pedido na modalidade positiva, tal como sustentou Liebman na configuração clássica dessa condição da ação. Segundo o penalista brasileiro, a providência pedida ao Poder Judiciário só será viável, na seara penal, se o ordenamento, em abstrato, expressamente admitir.<sup>215</sup>

Neste sentido, ainda, José Antônio Paganella Boschi assenta que, em sede penal, a possibilidade jurídica do pedido necessariamente corresponderá à tipicidade, porquanto o exercício do poder de punir do Estado condiciona-se à prática, por alguém, de uma conduta delitiva expressamente prevista no ordenamento jurídico. Cita o princípio da legalidade,

---

<sup>210</sup> TORNAGHI, Hélio, 1915. **A relação processual penal**. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1987. p. 252.

<sup>211</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 92.

<sup>212</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

<sup>213</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XLVII - não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo;c) de trabalhos forçados; [...] in BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em 12 de agosto de 2018.

<sup>214</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

<sup>215</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157..

previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República<sup>216</sup>, e no art. 1º, do Código Penal<sup>217</sup><sup>218</sup>.

Tem-se, pois, uma visão positiva da possibilidade jurídica do pedido.<sup>219</sup>

Tal visão se coaduna com o conceito de tipicidade e se alinha ao princípio da legalidade, que, sabidamente, estrutura e pilariza a aplicação do direito penal.

Dito isto, em linhas gerais, a possibilidade jurídica no direito processual penal, adotando-se a visão da Teoria Geral do Processo, ou do direito processual civil, não difere muito em essência, mormente na questão da previsibilidade do provimento no ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, parece haver mesmo uma inversão do pensamento preponderante no direito processual civil, no que tange à leitura a ser feita da possibilidade jurídica do pedido. No direito processual civil, ela é negativa, buscando-se na verdade os casos de impossibilidade jurídica do pedido, na tentativa dos processualistas de conferir utilidade ao CPC de 1973 que adotou a teoria clássica de Liebman.

Já, no direito processual penal, existe mesmo um resgate ao pensamento primeiro de Liebman a propósito da possibilidade jurídica do pedido, tendo-se em conta que um provimento jurisdicional no sentido de condenar alguém pela prática de um delito só ocorrerá se tal delito estiver expressamente previsto no ordenamento jurídico, de modo a alinhar o proceder jurisdicional com o princípio da legalidade, que rege sobremaneira a aplicação do direito penal material.

#### 4.4. JUSTA CAUSA

Já delineados os principais pontos das condições da ação da Teoria Geral do Processo, aplicadas ao direito processual penal, impende propor alguns comentários acerca da justa causa.

---

<sup>216</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] in BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em 12 de agosto de 2018.

<sup>217</sup> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. in BRASIL. Decreto-Lei número 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

<sup>218</sup> BOSCHI. José Antonio Paganella. **Ação Penal**. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002. p. 111.

<sup>219</sup> Idem.

De antemão, percebe-se que a justa causa não é uma unanimidade entre os processualistas da área penal. Alguns a inserem dentro do interesse de agir, a maioria nem sequer a menciona e um grupo muito pequeno de autores a coloca como condição autônoma para o exercício da acusação.

Eugênio Pacelli de Oliveira, por exemplo, considera a justa causa como uma quarta condição para o exercício da acusação.<sup>220</sup>

Segundo ele, a reforma do Código Penal, trazida pela lei número 11.719/08, inclui expressamente a justa causa como uma questão preliminar, segundo o disposto no art. 395, III, do CPP<sup>221</sup>. Nesse dispositivo, todavia, ele ressalva que não se afirmou que a justa causa seria ou não uma condição da ação penal.<sup>222</sup>

Afirma expressamente que considera, repita-se, a justa causa como uma quarta condição da ação, mesmo que inserida no contexto de demonstração do interesse de agir, ou como demonstração do lastro mínimo de prova.<sup>223</sup>

Utiliza fundamento doutrinário e jurisprudencial. Defende que, antes do reconhecimento legislativo da justa causa no contexto de demonstração das condições da ação, doutrina e jurisprudência já se posicionavam pela inserção da justa causa como condição da ação (seja ela genérica, seja específica).<sup>224</sup>

O principal argumento esposado por Pacelli para demonstrar o entendimento é o dispositivo do CPP que fundamenta o *habeas corpus*, notadamente o art. 648, I<sup>225</sup>, porquanto sempre tenha se admitido este remédio constitucional para trancar investigação ou ação penal com fundamento na ausência de justa causa.<sup>226</sup>

---

<sup>220</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 121.

<sup>221</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...]III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. [...] in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 12 de agosto de 2018.

<sup>222</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 121.

<sup>223</sup> Idem.

<sup>224</sup> Idem, ibidem.

<sup>225</sup> Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; [...] in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 12 de agosto de 2018.

<sup>226</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 121.

Neste sentido o STF já se posicionou, embora tenha mitigado o seu entendimento em posicionamento posterior<sup>227</sup>.

Marcellus Polastri Lima, em interessante exposição acerca da justa causa, apresenta entendimento diametralmente oposto ao de Pacelli, porquanto defende que a justa causa não é uma condição da ação penal, mesmo por força do art. 395, III, do CPP - dispositivo mencionado por Pacelli para fundamentar a justa causa como quarta condição da ação penal.<sup>228</sup>

Afirma expressamente que a justa causa não é uma condição da ação penal, mesmo admitindo ser incabível o exercício da ação penal sem um lastro probatório mínimo, conquanto não haja tal exigência em lei<sup>229</sup>.

E qualifica a justa causa como um requisito especial ou uma condição de admissibilidade da denúncia ou queixa, sempre lastreadas em um suporte probatório mínimo. Exemplifica a referida exigência em peças de informação, inquérito policial, sendo elementos que embasem a postulação veiculada pela acusação em juízo, isso porque o processo sem lastro probatório algum milita como coação ilegal ao acusado, autorizando inclusive o manejo de *habeas corpus*<sup>230</sup>.

Badaró, talvez na tentativa de encontrar um fundamento para a inserção da justa causa no contexto de análise das condições da ação, refere que o simples fato de alguém estar sendo processado já penaliza, de certa forma, o indivíduo. Neste sentido são as demandas

---

<sup>227</sup> EMENTA: "HABEAS CORPUS". PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ARQUIVAMENTO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. Denúncia por crime contra o Sistema Financeiro Nacional oferecida com base exclusiva na representação do BANCO CENTRAL. Posterior decisão do BANCO determinando o arquivamento do processo administrativo, que motivou a representação. A instituição bancária constatou que a dívida, caracterizadora do ilícito, foi objeto de repactuação nos autos de execução judicial. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional referendou essa decisão. O Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, deveria ter promovido a adequada investigação criminal. Precisava, no mínimo, apurar a existência do nexa causal e do elemento subjetivo do tipo. E não basear-se apenas na representação do BANCO CENTRAL. Com a decisão do BANCO, ocorreu a falta de justa causa para prosseguir com a ação penal, por evidente atipicidade do fato. Não é, portanto, a independência das instâncias administrativa e penal que está em questão. HABEAS deferido. (HC 81324, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 12/03/2002, DJ 23-08-2002 PP-00114 EMENT VOL-02079-01 PP-00186). Disponível em <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881324%2E%2E+OU+81324%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybmppsuf>> Acesso em 12 de agosto de 2018.

<sup>228</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. – 9. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 200.

<sup>229</sup> Idem

<sup>230</sup> Idem, ibidem.

temerárias e inconsequentes, em total desconexão com elementos colhidos na fase pré-processual<sup>231</sup>.

Desta forma, o conceito evolui, passando-se a exigir a prova da existência do crime, bem como apenas indícios de que aquele indivíduo o tenha cometido, de modo que a ausência destes elementos enseja a rejeição da denúncia e, mesmo que recebida, dará azo para o manejo de *habeas corpus*<sup>232</sup>.

Badaró reconhece, da forma em que já comentado, que não há consenso doutrinário a propósito do enquadramento da justa causa como condição da ação<sup>233</sup>.

Diante do exposto acerca da justa causa, verifica-se, primeiramente, que a mesma não é unânime entre os autores processualistas da área penal, mesmo entre aqueles que escreveram após a nova redação do art. 395, III, do CPP, e em geral mantém-se a visão das condições genéricas da ação penal como as da Teoria Geral do Processo, sendo poucos os autores que falam da justa causa, sendo ainda menor o rol daqueles que a consideram como condição da ação penal autônoma, mesmo havendo doutrinadores de peso, como Pacelli e Afrânio Silva Jardim, que assim se posicionam.

#### **4.5. CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE**

Já se adiantou que as condições de procedibilidade são vistas, por quase todos os autores que sobre elas se debruçam, como condições específicas da ação penal.

Disso se percebe que as referidas condições de procedibilidade são específicas do processo penal, porquanto não sejam elas afetas ao processo civil, não integrando a teoria das condições de Liebman, seja ela a clássica, seja após a retirada da possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

E, dentre os doutrinadores de direito processual penal, as condições de procedibilidade são mencionadas por, senão todos, pela maior parte dos autores, não importando qual a configuração das condições genéricas, ressaltando, claro, os casos de doutrinadores mais clássicos, que em regra filiam-se às três condições da ação de Liebman, sem mencionar as condições de procedibilidade, tais como Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Ada Pellgrini Grinover, dentre outros.

---

<sup>231</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 71.

<sup>232</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 72.

<sup>233</sup> Idem.



Mirabete refere que as condições de procedibilidade condicionam o exercício da ação penal, possuindo elas caráter pessoal e cuidando da admissibilidade da persecução criminal<sup>234</sup>.

Faz, todavia, ressalva no sentido de que, dependendo do que a lei disser, o momento em que o juiz analisar, ou a depender das circunstâncias, as condições de procedibilidade podem atuar sobre o mérito, sobre a ação ou mesmo sobre o processo. Exemplifica com a falta de representação do ofendido, nos casos de ação penal pública condicionada, que gera a absolvição do acusado na fase preambular, por ocasião do recebimento da denúncia; ou decisão de mérito, durante o processo, verificada a ausência de representação, sendo ela necessária, julga-se extinta a punibilidade<sup>235</sup>.

Polastri entende que as condições de procedibilidade são condições específicas, por lei exigidas, cuja ausência gera a rejeição da denúncia. Menciona apenas a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça, nos crimes contra a honra do Presidente da República, apontando como controvérsia doutrinária a inclusão da entrada do agente no território nacional como outra condição de procedibilidade, preferindo, todavia, o seu enquadramento nas condições de punibilidade<sup>236</sup>.

Eugênio Pacelli, ao pontuar o conceito de condições de procedibilidade, posiciona-se com Afrânio Silva Jardim, referindo que as condições de procedibilidade podem ser conduzidas à categoria da possibilidade jurídica do pedido e, desta forma, ser efetivamente vista como uma condição da ação<sup>237</sup>.

Tourinho Filho, conquanto advogue entendimento de que a expressão *condições de procedibilidade* foi substituída pela expressão *condições específicas*, ressalta que as referidas condições são exigidas por lei, e que, para além das condições genéricas da acusação, já demonstradas, também devem ser observadas as ditas condições específicas, cuja ausência gera a inadmissão do *jus accusationes*<sup>238</sup>.

Traz alguns exemplos, tais como: 1) a representação; 2) a requisição do Ministro da Justiça; 3) a entrada do agente no território nacional; 4) o trânsito em julgado de sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento; 5) autorização da Assembleia

---

<sup>234</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. – 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 6ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

<sup>235</sup> Idem.

<sup>236</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. – 9. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 202.

<sup>237</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 117.

<sup>238</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 609.

Legislativa, por dois terços de seus membros, para que se instaure processo contra Governador de Estado em crimes comuns ou de responsabilidade; 6) autorização da Câmara dos Deputados para processar, por crime comum ou de responsabilidade, o Presidente, Vice-Presidente da República e Ministros de Estado; 7) a situação de prova nova, prevista no CPP; 8) exame pericial, no CPP; 9) inclusão de procedimento administrativo para apuração de débito tributário nos crimes contra a ordem tributária, etc<sup>239</sup>.

Por fim, Ada Pellegrini Grinover, sendo talvez a maior representante da doutrina que defende a aplicação, no direito processual penal, das clássicas condições da ação de Liebman, não vê as condições de procedibilidade como condição da ação. Ela é expressa ao afirmar que as condições de procedibilidade não existem, sendo apenas releituras da possibilidade jurídica do pedido, e que as condições da ação, concluindo, são apenas as três referidas por Liebman<sup>240</sup>.

Em linhas gerais, as condições de procedibilidade têm como essência a mesma configuração das condições genéricas da ação, tendo sua análise precedentemente ao exame do mérito, condicionando a viabilidade mesma da análise de mérito.

Não se olvide que o preenchimento das condições de procedibilidade, ou condições específicas de exercício da ação penal, pressupõem o preenchimento das condições genéricas. São um acréscimo, em verdade, às condições genéricas da ação penal, decorrendo de lei e cuja ausência, repita-se, inviabiliza o exame de mérito.

São as condições de procedibilidade, conquanto afetas ao processo penal especificamente, mencionada por muitos processualistas que adotam a teoria geral do processo na configuração das condições para exercer o direito de acusar, e, mesmo sendo específicas, são deixadas de fora da visão dos autores que pugnam pela autonomia do Direito Processual Penal, como a seguir passa-se a expor.

## **5. UMA NOVA VISÃO: AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NA DEFINIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA. PELA BUSCA DE UMA AUTONOMIA TEÓRICA E CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.**

---

<sup>239</sup> Idem.

<sup>240</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 198.

Até o presente momento, foi apresentada uma visão sobre as condições da ação consolidada sob o pálio da Teoria Geral do Processo e do direito processual civil, em sua gênese – e que fora simplesmente transferida para o direito processual penal, sem analisar as peculiaridades, diferenças e nuances inerentes a esse ramo do direito.

Neste sentido, as três condições clássicas da ação – legitimidade, possibilidade jurídica e interesse de agir – até agora pilarizaram todo o exame dos elementos que precedem à análise do mérito de uma causa levada a juízo.

Todavia, uma corrente mais moderna de processualistas da área penal propõe uma revisão das condições da ação penal, referindo que, nessa esfera do direito, as condições da ação da Teoria Geral do Processo não se aplicam, mostrando-se, pois, necessário rever e reconfigurar, adequando à realidade dos casos penais, as condições da ação próprias para o exercício da acusação. É o que, a partir de agora, passa-se a analisar.

## 5.1. ASPECTOS GERAIS

O ponto de partida de uma visão que se propõe a rever as condições para o exercício da acusação parte de uma autonomia e de uma independência – não só das condições da ação penal em si, mas do próprio direito processual penal como ciência – que deve ter seus próprios pressupostos teóricos, deixando simplesmente de herdar, do direito processual civil e da teoria geral do processo, as balizas teóricas que o constituem.

A doutrina, diante disto, trabalha com a ideia de incompatibilidade dos pressupostos teóricos que configuram a sistemática do direito processual civil ao direito processual penal de forma totalmente livre de consideração das peculiaridades do processo penal.

E o maior ponto de insurgência dos autores que defendem uma autonomização do direito processual penal e negam a aplicação da Teoria Geral do Processo ao direito processual penal é a manifesta inaplicabilidade do conceito Carneluttiano de *lide* em matéria de processo penal<sup>241</sup>.

Neste sentido, Marco Aurélio Nunes da Silveira expõe que um dos principais argumentos suscitados pelos defensores da teoria geral do processo é o argumento da unidade

---

<sup>241</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 32.

de jurisdição, que estaria umbilicalmente ligada à unidade do direito processual e de uma teoria unitária do processo.<sup>242</sup>

Todavia, refuta tal argumento e diz que à teoria unitária do processo restam as ruínas na medida em que os conceitos de lide e pretensão são imprestáveis ao direito processual penal<sup>243</sup>.

E, citando Calamandrei, expõe que, no processo penal, tal como no processo civil inquisitório, o conceito de lide é inaplicável como elemento distintivo da atuação jurisdicional, em função de que os interesses, cuja regulação pelo juiz é preordenada, não são disponíveis pelas partes que figuram no processo<sup>244</sup>.

Marcus Vinicius Boschi, a seu turno, expõe que a pretensão de Carnelutti seria a exigência de subordinação de interesse alheio ao próprio. A resistência, por sua vez, seria a não conformidade com a subordinação pretendida por esse interesse. E, por fim, a lide seria exatamente esse choque entre as referidas categorias.<sup>245</sup>

Segundo ele, ainda, seria irrelevante para o direito processual penal o conceito de lide, porque a confissão da prática de um crime, por exemplo, não exime o Estado de acusar o indivíduo, não surtindo efeitos um eventual acordo entre este e o acusado. Ainda assim, far-se-á necessária a jurisdição, também devido ao inafastável princípio da necessidade em matéria penal<sup>246</sup>.

A existência, pois, de uma pretensão acusatória, fundamentada no princípio da necessidade, põe em xeque a discussão a propósito da lide, tendo em vista, inclusive, que os atos de acusar e defender fundametam-se sobre outros primados e perspectivas<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 33.

<sup>243</sup> Idem.

<sup>244</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p.34.

<sup>245</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 209.

<sup>246</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 210.

<sup>247</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 211.

Outra razão para a inaplicação do conceito de lide ao processo penal, segundo Marcus Boschi, seria exatamente a inadmissão da separação entre o interesse e a pretensão ou resistência, de modo que ambas estejam com pessoas diferentes<sup>248</sup>.

Menciona o exemplo da viabilidade disto, no processo civil, ao tempo em que determinado credor pretenda a restituição de determinada coisa que pertença ao devedor, sustentando-se, pois, a possibilidade de os conceitos de pretensão e resistência estarem em distintas pessoas que não necessariamente aquelas que integrem o litígio.<sup>249</sup>

Seguindo esta linha, não há falar na aplicação dessa lógica de separação no âmbito do direito processual penal, porquanto a pretensão e a resistência jamais poderão ser vistas à luz de terceiros, que não obrigatoriamente o autor e o réu de um feito criminal. Até porque a pretensão de condenação somente poderá ser direcionada ao autor do delito, a ninguém mais.<sup>250</sup>

Ainda, repise-se, a eventual composição entre acusação e defesa e eventual afastamento da resistência à pretensão não modificam a lógica do processo penal, porquanto, no direito criminal, e ante a indisponibilidade de interesses, o acordo não é oponível ao Estado-Juiz ou ao Estado-Acusador<sup>251</sup>.

E tampouco o reconhecimento do direito do autor, a restituição ou indenização à vítima, a concordância com a majoração da pena, impedem que o processo penal continue. O princípio da necessidade sintetiza a matéria processual, tornando indeclinável a jurisdição<sup>252</sup>.

Aury Lopes Júnior critica a divisão que a doutrina faz das condições da ação em legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido. Segundo ele, faz-se uma verdadeira ginástica de conceitos, na tentativa de adequar as categorias ao direito processual penal, culminando em uma desnaturação completa, que viola a matriz conceitual, e não dá a resposta adequada ao direito processual penal.<sup>253</sup>

---

<sup>248</sup> BOSCHI. Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 212.

<sup>249</sup> Idem.

<sup>250</sup> Idem, ibidem.

<sup>251</sup> BOSCHI. Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 215.

<sup>252</sup> BOSCHI. Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 217.

<sup>253</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 368.

Quanto à legitimidade, sustenta que o conceito pode ser aproveitado ao processo penal, desde que não se fale em substituição processual, nos casos das ações penais de iniciativa privada, porquanto sejam as ações penais todas de natureza pública<sup>254</sup>.

Todavia, não encontra aplicação para o interesse de agir, dado que o processo penal é marcado pelo princípio da necessidade, elemento que não é exigido pelo direito processual civil, resultando o esforço da doutrina em aplicar essa condição da ação em verdadeiro entulhamento conceitual. E, desta forma, a doutrina, por vezes, trata como interesse o que, segundo ele, deveria ser tratado por *punibilidade concreta*, ou mesmo *justa causa*, nos casos que envolvam o princípio da insignificância.<sup>255</sup>

Aury também critica a possibilidade jurídica do pedido, porquanto o conceito civilista de que o pedido deve estar autorizado pelo ordenamento jurídico não satisfaz o direito processual penal. Dá o exemplo do pedido de usucapião do Pão de Açúcar<sup>256</sup>.

Afora o argumento da inaplicação do conceito de lide ao processo penal, defende-se sua autonomização com base no argumento da diferença estrutural existente entre o direito processual civil e o direito processual penal.

Isso porque – leciona Marco Aurélio Nunes da Silveira – a teoria geral do processo, ignorando sobremaneira a natureza inquisitória do processo penal, intenta compatibilizar os sistemas processuais civil e penal sob a mesma categoria de sistemas acusatórios<sup>257</sup>.

A partir da verificação dessas incompatibilidades, passou-se a defender que o processo penal deve ser repensado para além da noção de lide, pois ao ato de resistir torna-se irrelevante, porquanto a aplicação da pena não dispensa o exercício da pretensão acusatória, bem como a concordância do réu, em submeter-se a ela, não lhe dispensa do direito e do dever de exercício de uma defesa técnica. Assim sendo, o ato de resistência à pretensão executória é imanente ao processo penal.<sup>258</sup>

E a opção de uma autonomização do direito processual penal e da propositura de novas condições para o exercício da acusação, implica a superação da teoria geral do processo

---

<sup>254</sup> Idem.

<sup>255</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 369-370.

<sup>256</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 370.

<sup>257</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 44.

<sup>258</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 219.

e das condições clássicas da ação (legitimação, possibilidade jurídica e interesse de agir) ou, pelo menos, de parte delas.

Neste sentido, a doutrina processual penal propõe uma nova classe de condições para o exercício da acusação, mencionadas pelos autores, não à unanimidade, mas em grande parte.

Defende-se, segundo esta nova visão, que as condições da ação penal poder ser extraídas da combinação do art. 395, II<sup>259</sup>, do CPP, com seus arts. 18<sup>260</sup> e 397<sup>261</sup>.

Aury Lopes Júnior, por exemplo, propõe a descoberta de condições autônomas da acusação, levando em conta a natureza própria do direito processual penal, por intermédio da retomada do revogado art. 43, do CPP, e incisos. Dele, extrai as seguintes condições de admissibilidade da ação penal condenatória: prática de fato aparentemente criminoso ou *fumus comissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa como condições da ação penal condenatória <sup>262</sup>.

Neste sentido, a punibilidade concreta, o *fumus comissi delicti* ou tipicidade aparente/injusto aparente, legitimidade de parte e a justa causa, a seguir passam a ser analisados individualmente.

## **5.2. TIPICIDADE APARENTE OU INJUSTO APARENTE OU *FUMUS COMISSI DELICTI***

A tipicidade aparente é uma condição da ação penal que exige que o fato objeto de análise tenha, pelo menos, a aparência de um delito previsto na lei penal.

A doutrina refere que a tipicidade aparente é a demonstração, pelo autor, de que os fatos imputados detém mínima credibilidade a ponto de poderem ser considerados típicos.

---

<sup>259</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou [...] in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 13 de agosto de 2018.

<sup>260</sup> Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia. in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 13 de agosto de 2018.

<sup>261</sup> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente. in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 13 de agosto de 2018.

<sup>262</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 370-371.

Faz-se, todavia uma diferenciação entre tipicidade e tipicidade aparente. Se diz que a primeira é matéria de mérito, e a segunda é matéria que precede ao exame do mérito.

Tanto é verdade, que pode haver tipicidade aparente em relação ao fato narrado, mesmo que o juiz ainda não possa analisar o mérito, entendendo presente a tipicidade. Neste sentido, a elementar do crime só poderá ser objeto de análise quando da prolação da sentença, resolvendo o caso penal. Esse é o entendimento de Marco Aurélio Nunes da Silveira.<sup>263</sup>

Marcus Vinicius Boschi sustenta que a nova linha doutrinária consagra a tese de que os indícios de autoria e materialidade não satisfazem a realidade criminal. Além disso, surgem necessárias uma conduta típica não amparada por uma das causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade ou uma conduta típica e ilícita<sup>264</sup>.

Neste sentido, se a causa excludente de ilicitude ou culpabilidade for verificada de plano, quando do recebimento da denúncia ou da queixa, o juiz poderá rejeitá-la, com fulcro no art. 395, II, do CPP; ou, se convencido de que as causas existem apenas após o oferecimento da resposta à acusação, nos moldes do art. 396, do CPP, a decisão deverá ser de absolvição sumária<sup>265</sup>.

Aury Lopes Júnior defende inclusive que a ação de alguém, que permite desde seja constatada uma excludente de culpabilidade, enseja a rejeição da acusação, por falta de condição da ação<sup>266</sup>.

Quanto ao seu conteúdo, tem-se que, em sede de admissibilidade da ação penal condenatória, em regra não há falar em análise dos elementos do conceito analítico de crime (tais como conduta humana, tipicidade, ilicitude e culpabilidade)<sup>267</sup>.

Todavia, alguns tipos penais trazem na descrição das condutas típicas elementos como “indevidamente”, “ilegalmente”, “sem justa causa”, “sem justo motivo”, que exigem a prévia avaliação do caráter ilícito da conduta<sup>268</sup>.

---

<sup>263</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 181.

<sup>264</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 233-234.

<sup>265</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 234.

<sup>266</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 372.

<sup>267</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 184



Esta necessidade levou a doutrina a adotar o conceito de “tipicidade material” (composta por tipo e antijuridicidade) - estrutura bipartida do fato punível<sup>269</sup>.

De certa forma, a adoção da noção de tipicidade material faz surgir terreno fértil para a aplicação da tipicidade aparente, na senda conceitual de que essa condição da ação pressupõe uma valoração antecipada da ilicitude do fato em análise, indo ao encontro da noção de tipicidade material.

Quanto aos efeitos, a doutrina refere da possibilidade de evitar a instauração de um processo criminal com base na tipicidade aparente, com base no revogado art. 43, I, do Código de Processo Penal, que agora é causa de absolvição sumária do indivíduo<sup>270</sup>.

Defende-se que a decisão adotada com base nesta condição da ação pode possuir tum caráter de decisão que analise o mérito, conquanto tomada em juízo de admissibilidade da ação penal condenatória. Mas isso de forma excepcional<sup>271</sup>.

Neste sentido, tal como acima defendido por Marcus Vinicius Boschi, estaria a decisão que recebe a denúncia ou a queixa fundada no injusto aparente, sem alcançar o mérito. Todavia, quando o juiz decidir que o fato narrado não é crime – seja pela falta de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade – haverá decisão de mérito, que versa sobre a própria existência do crime<sup>272</sup>.

Aury aponta que, com a reforma trazida pela Lei número 11.791/08, a questão pode ter duas saídas: ou a denúncia ou a queixa são rejeitadas, se a causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade forem constatadas no momento do ajuizamento da ação penal; ou é causa de absolvição sumária, se for constatada após o oferecimento da resposta à acusação<sup>273</sup>.

E, por fim, Marco Aurélio Nunes da Silveira, assentando que a condição da ação tipicidade/injusto aparente é somente para os casos que precedem a análise da ilicitude, alerta para que não se perca o caráter meramente aparente do fato punível que deve permear a análise. Segundo ele, não cabe solução antecipada de caso penal, seja em relação à tipicidade,

---

<sup>268</sup> Idem.

<sup>269</sup> Idem, ibidem.

<sup>270</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, pp. 187-188.

<sup>271</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 188.

<sup>272</sup> Idem.

<sup>273</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 373.

ilicitude ou censurabilidade – com base na tipicidade aparente, porquanto tais elementos digam com o conhecimento do mérito no direito processual penal<sup>274</sup>.

Esta seria, pois, a primeira condição específica da ação penal.

### 5.3. PUNIBILIDADE CONCRETA

Punibilidade concreta, a seu turno, diz com a ausência de causas de extinção da punibilidade, descritas no artigo 107, do Código Penal<sup>275</sup>.

Encontra, segundo a doutrina, previsão nos artigos 395, II<sup>276</sup>, e 397, IV<sup>277</sup>, do Código de Processo Penal, além de previsão em leis especiais, tal como no art. 34, da Lei número 9.249/95<sup>278</sup>.

Marcus Vinícius Boschi leciona que é o aforamento de uma pretensão acusatória, sem que fossem incidentes uma das causas de extinção da punibilidade. Segundo ele, com isso se abandonaria a categoria do interesse de agir como condição genérica<sup>279</sup>.

Até porque, como já demonstrado, o interesse de agir, no processo penal, não comporta discussão, porquanto está sempre presente, na medida em que o Estado não pode aplicar a pena se não houver acusação<sup>280</sup>.

Difere da punibilidade abstrata em função de que esta opera quando da previsão legislativa de que determinada conduta é penalmente típica. Quando o fato previsto em lei é

---

<sup>274</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 189

<sup>275</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 190.

<sup>276</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; [...] in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 13 de agosto de 2018.

<sup>277</sup> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:[...]IV - extinta a punibilidade do agente. in BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 13 de agosto de 2018.

<sup>278</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 190.

<sup>279</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 234.

<sup>280</sup> Idem.

realizado por alguém, surge a punibilidade concreta, que é a possibilidade de o Estado punir o agente<sup>281</sup>.

Diante disto, tendo em vista que a finalidade do processo penal é o acerto da acusação, vislumbrando a aplicação de uma pena, e que a existência de causa de extinção da punibilidade só gera o acerto negativo, a punibilidade concreta, segundo a doutrina que pugna pela autonomização do direito processual penal, é condição à admissibilidade da ação penal condenatória<sup>282</sup>.

#### 5.4. LEGITIMIDADE DE PARTE

A legitimidade, para os defensores assíduos de uma autonomização das condições da ação penal condenatória, não difere muito da adotada pelos defensores da aplicação da teoria geral do processo ao direito processual penal.

Marcus Boschi, por exemplo, quando da sua lição a propósito das condições autônomas da ação penal condenatória, ao incluir a *legitimitio ad causam* dentre elas, refere que persiste a divisão entre legitimado ativo e passivo, sendo que o legitimado ativo será o Ministério Público, nos delitos perseguíveis mediante denúncia; e quando for o caso de queixa-crime, o ofendido ou os legitimados pela lei.<sup>283</sup>

Ressalva que o reconhecimento de ilegitimidade ativa ou passiva implica coisa julgada formal, viabilizando o manejo de nova pretensão, salvo decadência, prescrição ou outra causa extintiva da punibilidade<sup>284</sup>.

Já Marco Aurélio Nunes da Silveira, em interessante exposição acerca da legitimidade como condição da ação penal, expõe que a legitimidade da parte, como condição da ação penal condenatória, só tem em comum, com a legitimidade do direito processual civil, a denominação<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 190.

<sup>282</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 191.

<sup>283</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 235.

<sup>284</sup> Idem.

<sup>285</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 191.

Isso porque, o conceito de legitimidade, para o direito processual civil - e porque não dizer para a teoria geral do processo – está vinculado à noção de pertinência subjetiva, que, por sua vez, está ligada ao conceito de lide<sup>286</sup>.

No direito processual penal, a classificação das ações, segundo seu titular para o exercício, decorre exclusivamente de lei, critério este muito distante, pois, do conceito de pertinência subjetiva<sup>287</sup>.

Refere, ainda, que, no direito processual penal, o conceito de legitimidade só pode ser trabalhado com relação à legitimidade ativa para atuar no processo<sup>288</sup>.

Isso porque, as considerações a respeito de quem figure no polo passivo de uma ação penal encontra abrigo em outros filtros à atuação jurisdicional. E tal ocorre porque, no momento do oferecimento da denúncia ou da acusação, não se sabe ao certo se o acusado é o autor do crime, certeza esta que só virá quando da prolação da sentença<sup>289</sup>.

A conclusão – prossegue Marco – a respeito de submeter ou não alguém a um processo criminal decorre da mera existência de indícios de autoria em seu desfavor, depreendidos através de um prévio procedimento de investigação preliminar, inseridos dentro de um lastro probatório mínimo, também denominado justa causa, que é outra condição da ação penal condenatória – a seguir analisada<sup>290</sup>.

Neste sentido, a legitimidade passiva é sempre matéria de mérito no processo penal<sup>291</sup>.

Em suma, legitimidade de parte, como condição da ação penal para a visão de um direito processual penal autônomo, diz apenas com a legitimidade ativa, a qual decorre estritamente de lei, não importando o critério da pertinência subjetiva, o qual, ligado ao conceito de lide, não atende aos propósitos do direito processual penal<sup>292</sup>.

## 5.5. JUSTA CAUSA

---

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> Idem, ibidem.

<sup>288</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 192.

<sup>289</sup> Idem.

<sup>290</sup> Idem.

<sup>291</sup> Idem, ibidem.

<sup>292</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 193.

A justa causa já havia sido trabalhada pelos autores que derivam as condições da ação penal da teoria geral do processo.

Marco Aurélio Nunes da Silveira, a propósito da exposição das condições da ação penal a partir de uma autonomização da ciência processual penal, aborda a justa causa nos mesmos termos em que trabalhados pela doutrina majoritária.

Primeiro, refere da ausência de consenso doutrinário a respeito de se considerar a justa causa como condição autônoma da ação penal condenatória. É sabido e consabido que há autores que vêem a justa causa como algo que pressupõe o preenchimento das três demais condições da ação; outros, por outro lado, a descrevem como uma quarta condição da ação<sup>293</sup>.

O professor Marco Aurélio compartilha do entendimento de que a justa causa é sim uma quarta condição da ação penal, a qual exige prova do fato e indícios de autoria, para que se possa pôr em movimento a jurisdição criminal e para que se confira idoneidade à atuação persecutória do Estado<sup>294</sup>.

Ao depois, apenas faz a ressalva a respeito da diferença existente entre justa causa e tipicidade aparente. Muito embora as duas categorias debruçem-se sobre o mesmo objeto, elas estão em planos diferentes<sup>295</sup>.

A justa causa está no plano probatório, e restringe-se à prova do fato a que se reputa relevância penal, bem como sua autoria; já a tipicidade aparente está no plano jurídico-valorativo, dizendo com a adequação da imputação fática contida na denúncia, ainda que aparentemente, ao fato comprovado<sup>296</sup>.

Aury Lopes Júnior expõe que a justa causa não se confunde com o *fumus commissi delicti* em função de que, no primeiro caso, exige-se a fumaça do crime, ou a demonstração de

---

<sup>293</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, pp. 194-195.

<sup>294</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 195.

<sup>295</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 196.

<sup>296</sup> Idem.

que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. No segundo caso, a análise é acerca dos elementos probatórios de autoria e materialidade.<sup>297</sup>

Marcus Vinicius Boschi, a seu turno, refere que a justa causa é ponto de apoio ao movimento acusatório, ao mesmo tempo em que limita o exercício da pretensão dele decorrente, ao exigir indicativos mínimos de autoria e da materialidade da infração penal<sup>298</sup>.

Doutrina defende que a justa causa, como falta de suporte probatório, enseja a rejeição da denúncia ou da queixa. Todavia, a justa causa, como controle processual do caráter fragmentário do Direito Penal, rende ensejos à absolvição sumária do acusado, pela atipicidade da conduta, por força do art. 397, III, do CPP<sup>299</sup>.

Inclusive se defende que, mesmo após o oferecimento da resposta à acusação, pode o juiz reconhecer a ausência de justa causa, anular a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa, proferindo uma decisão de rejeição liminar<sup>300</sup>.

Reconhece que, muito embora a doutrina e a jurisprudência digam o contrário, a justa causa não é, pela literalidade do Código de Processo Penal, em seu art. 395 e incisos, uma condição da ação penal, pois, se fosse, estaria no mesmo inciso das demais condições<sup>301</sup>.

Todavia, acaba defendendo uma realocação dessas categorias, porquanto as condições da ação refletem, na verdade, condições ao exercício da pretensão executória, e é expresso ao afirmar que as condições da ação de Liebman não servem às particularidades e peculiaridades do processo penal, devendo, pois, serem eles substituídos pelo *fumus commissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade e a justa causa<sup>302</sup>.

Uma vez mais, acaba-se resgatando da doutrina processual penal majoritária uma categoria de mesma configuração, funcionando a justa causa como indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, identificando a doutrina que pretende revolucionar o direito processual penal como uma releitura do que já se encontra consolidado.

## 5.6. CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO PENAL EM SENTIDO ESTRITO

---

<sup>297</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 378.

<sup>298</sup> BOSCHI. Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 235.

<sup>299</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 379.

<sup>300</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 380.

<sup>301</sup> BOSCHI. Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 237.

<sup>302</sup> BOSCHI. Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 238.

Da mesma forma que a doutrina processual penal divide as condições da ação penal em condições genéricas e condições específicas, a doutrina processual penal que pugna pela autonomização do direito processual penal também debruça-se sobre as condições específicas para o exercício da ação penal.

Essencialmente, as condições específicas para os defensores da autonomia do direito processual penal não diferem daquelas sustentadas pelos defensores da teoria geral do processo aplicada ao direito processual penal.

Doutrina exemplifica as condições específicas da ação penal em sentido estrito como a representação e a requisição do Ministro da Justiça, nos casos da ação penal pública condicionada; a sentença declaratória da falência, nos crimes falimentares; a sentença anulatória de casamento no caso do crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento ao casamento; a audiência de conciliação do procedimento especial dos crimes contra a honra, conforme art. 520, do CPP; a representação fiscal nos crimes contra a ordem tributária, forte no art. 83, da Lei número 9.430/1996<sup>303</sup>.

Diferem, todavia, as condições específicas da ação penal das chamadas, pela doutrina, condições de procedibilidade, porquanto não exista, no direito brasileiro, qualquer limitação ao oferecimento da denúncia ou da queixa e, com efeito, as condições da ação representam, em verdade, requisitos para a admissibilidade da ação penal condenatória, ou à atuação jurisdicional ao caso penal. Tal é a lição de Marco Aurélio Nunes da Silveira<sup>304</sup>.

As condições específicas diferem, ainda, das condições objetivas de punibilidade, também elencadas pela doutrina. Isso porque – leciona Marco Aurélio Nunes da Silveira, apoiado em Francisco Muñoz Conde – as condições objetivas de punibilidade são circunstâncias que, não pertencendo ao injusto ou à culpabilidade, condicionam a aplicação de uma pena a um delito concreto<sup>305</sup>.

Feitas essas considerações, parece que, para a doutrina que defende a autonomia do direito processual penal, permaneceram as condições específicas da ação penal defendidas

---

<sup>303</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 197.

<sup>304</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 198.

<sup>305</sup> Idem.

pela doutrina processual penal majoritária, por assim dizer, mantendo-se o mesmo padrão configurador das condições de procedibilidade mencionada pela maioria dos autores na área do direito processual penal.

## 6. CONCLUSÕES

Este trabalho cuidou de demonstrar a controvérsia doutrinária existente no que diz respeito à aplicabilidade das condições da ação inculpidas pela Teoria Geral do Processo e constituídas no contexto e na realidade do direito processual civil como condições da ação penal condenatória.

Demonstrou-se o contexto de surgimento das condições da ação, principalmente sob a influência da Teoria da Ação de Enrico Tullio Liebman, seguida por muitos processualistas que o sucederam e que, na realidade da doutrina brasileira atual, são considerados processualistas clássicos, tal como Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Moniz de Aragão, dentre outros.

Mas não só eles. Também doutrinadores contemporâneos, como Daniel Amorim Assumpção Neves e Fredie Didier Júnior sofreram a influência dessa teoria.

O mesmo fenômeno de influência é percebido com relação aos processualistas da área penal. Tanto doutrinadores mais antigos, como Frederico Marques, Júlio Mirabete, Hélio Tornaghi e a própria Ada Pellegrini Grinover; quanto os mais modernos - como por exemplo Marcellus Polastri e Fernando Capez - também apresentam as condições da ação penal na mesma configuração conferida pela Teoria Geral do Processo e aplicada ao direito processual civil.

Em suma, basicamente toda a processualística brasileira sofre a influência da Teoria da Ação de Liebman, consubstanciada na legitimação para agir, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir - como matriz fundante dessa sistemática, com maior ou menor grau de modificação pela doutrina, mas sempre mantendo sua essência.

Apenas uma pequena parcela da doutrina, na área do direito processual penal - representada principalmente por Aury Lopes Júnior - propõe uma reforma das condições da ação penal condenatória, referindo que os pressupostos teóricos da Teoria Geral do Processo não servem aos propósitos, peculiaridades e anseios do direito processual penal.



Neste sentido, a proposta de uma autonomização do direito processual penal como ciência mesma exsurge com o intuito de superar os paradigmas teóricos herdados do direito processual civil, firmando-se como ramo autônomo do conhecimento, com seus próprios pressupostos teóricos e suas bases construídas de forma independente e livre de influências externas.

As condições da ação penal condenatória não escapam a esse propósito reformista, vindo à tona novas propostas de condições da ação penal, tais como o *fumus commissi delicti* ou tipicidade/injusto aparente, punibilidade concreta, legitimação para agir, justa causa e as chamadas condições específicas da ação penal em sentido estrito.

A proposta parece, *ab initio*, muito bem intencionada, pois de fato se constata que o direito processual penal aderiu a um plano teórico já pronto e fixado, construído sob a realidade de outro ramo do direito, que em muito se diferencia e se distancia da realidade do direito penal como um todo.

Todavia, da leitura das propostas das novas condições da ação penal condenatória apresentadas neste trabalho, verifica-se que elas restringem-se a uma releitura das já consolidadas condições da ação de Liebman.

Afora a manutenção de algumas das condições da ação já referidas como da TGP, tais como a legitimidade e a justa causa (que não é condição para a maioria dos autores) – adotada como condição da ação afeita ao direito processual penal, mas por aqueles que defendem a aplicação da Teoria Geral do Processo às condições da ação penal condenatória – as novas condições podem ser lidas como integrantes das demais condições abandonadas pela doutrina reformista, ou mesmo lidas como o mérito da causa.

A título de exemplo, a questão do injusto ou tipicidade aparente, mesmo a doutrina reformista querendo diferenciá-la da justa causa, acaba integrando-se a ela e, sendo justa causa, faz-se remissão à corrente majoritária da doutrina que coloca a justa causa como no contexto de análise que precede ao mérito, ao lado das demais condições genéricas da ação de Liebman, ou mesmo inserindo-a na possibilidade jurídica do pedido. Significa que, neste ponto, em nada inova a teoria que pugna pela autonomia do direito processual penal.

Com relação à punibilidade concreta, por exemplo, a doutrina minoritária assenta que seu único e exclusivo fundamento é a ausência de causa de extinção da punibilidade. Sucede

que tal circunstância é matéria de mérito, sendo inclusive causa de absolvição sumária, o que necessariamente, constroi um quadro mais favorável ao réu.

As demais condições como por exemplo as condições específicas da ação penal em sentido estrito e a legitimação para agir já são condições consagradas na doutrina majoritária, que, mais uma vez, defende a aplicação das condições da ação clássicas como condições da ação penal condenatória.

Desta forma, concluímos que as condições da ação constituídas pela Teoria Geral do Processo são perfeitamente aplicáveis como condições da ação penal condenatória. Todavia não se pode dispensar a justa causa e as condições específicas da ação penal – condições de procedibilidade – porquanto delineiam o caráter peculiar e próprio de algumas das ações penais existentes.

Assim sendo, posicionamos-nos juntamente com a doutrina processual penal majoritária, que enxerga como condições da ação penal condenatória a legitimação para agir, interesse (o qual sempre existirá para o Ministério Público), possibilidade jurídica do pedido (lido de forma positiva, tal como Liebman sustentou), justa causa (como prova material do delito e indícios de autoria) e condições de procedibilidade (para as ações que as necessitem), consistindo a doutrina minoritária, que milita em favor de uma autonomização teórica do direito processual penal, em releitura da corrente majoritária.

## 7. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil, volume 1: parte geral.** – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.: tomo I.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm) >. Acesso em 13 de julho de 2018.

BRASIL. Lei número 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm) >. Acesso em 31 de julho de 2018.

BRASIL. Lei número 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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 23 de julho de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em 01 de agosto de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei número 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) >. Acesso em 11 de agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em 11 de agosto de 2018.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades por Ações**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6404consol.htm) >. Acesso em 20 de julho de 2018).

BRASIL. **Lei número 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm) > Acesso em 11 de agosto de 2018.

BOSCHI. José Antonio Paganella. **Ação Penal**. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DEZEM. Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal: uma tentativa de revisão**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

### **Habeas Corpus 81324, relator Ministro Nelson Jobim**

Disponível em :  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881324%2ENUM%2E+OU+81324%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybmppsyf>> Acesso em 12 de agosto de 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Intelectus Editora: Palmas, Tocantins, 2003, vol. 1.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. – 9. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO. Renato. **Curso de Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume II.** – 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal – volume 1.** Campinas: Bookeselle,r, 1997.

MIRABETE. Julio Fabrini. **Processo Penal.** – 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 6ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesión singular en las obligaciones. Polemica sobre la actio.** Buenos Aires: Ejea, 1974. pp. 236-254.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed.** – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

PACELLI. Eugênio. **Curso de Processo Penal.** – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

**Recurso Especial 930.336/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 20/02/2014.** Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200700466472.REG> > Acesso em 25 de julho de 2018.

**Recurso Especial 913.812-ES, DJ 24/5/2007; REsp 601.356-PE, DJ 30/6/2004, e REsp 477.097-PR, DJ 21/2/2005. REsp 796.533-PE, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), julgado em 9/2/2010.** Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=796533&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> > Acesso em 25 de julho de 2018.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. 1. ed.** – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

TORNAGHI. Hélio, 1915. **A relação processual penal.** – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1.** – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

TUCCI. Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático).** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WINDSCHEID, Bernhard. **La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual. Polemica sobre la actio.** Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 12.