

Mérito Causal e Mérito Recursal – Uma nova abordagem

Marcelo Cunha de Araújo

Professor Centro Universitário Newton Paiva; Promotor de Justiça MPMG; Mestre em Direito Processual – PUC-MG; Doutorando em Direito Constitucional – UFMG.

Críticas e sugestões: *mcunha39@bol.com.br*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definição de “Mérito”; 2.1. Tripartição dos Elementos do Processo pela Teoria da Ação como Direito Subjetivo Público, Autônomo e Abstrato; 2.2. Definição residual de Mérito; 2.3. Definição direta de Mérito; 2.4. Críticas e Sugestões; 3.1 Análise Direta do Mérito Recursal; 3.2. Os Requisitos Recursais; 3.3 O Pedido no Recurso, Princípio Dispositivo, Efeito Devolutivo e Efeito Translativo; 4. Conclusão.

1. Introdução:

O presente trabalho visa estabelecer as principais distinções teóricas das definições do mérito causal e do mérito recursal. Para tanto, abordaremos a definição de mérito e procuraremos verificar seus principais pontos falhos. Após, com uma melhor compreensão do instituto, buscaremos, dentro deste conceito, estendê-lo à fase recursal do processo, elucidando seus institutos próprios.

2. Definição de “Mérito”:

Como primeiro passo do trabalho, procuraremos, da melhor forma possível, e com auxílio da doutrina, estabelecer a definição do instituto do mérito causal.

2.1. Tripartição dos Elementos do Processo pela Teoria da Ação como Direito Subjetivo Público, Autônomo e Abstrato:

Segundo a literatura a respeito do direito de ação¹, podemos distinguir quatro principais Teorias condensadoras dos pensamentos dos processualistas modernos.

¹ *vide*: LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. pags. 107-110.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alii*. Teoria Geral do Processo. 13ª ed., São Paulo : Malheiros, 1997. pags. 249-263; TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1987. Originalmente apresentada como tese do autor (cátedra – Faculdade Nacional de direito do Rio de Janeiro, 1945). pags. 100-136. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v1. pags. 47 e ss. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Existe o Direito de Ação? *in*: Revista de Direito Processual. São Paulo : Saraiva, 1962. Vol. 5.

Antes de partirmos ao estudo das teorias da ação, temos por bem explicitar em que contexto conceitual nos encontramos. Atualmente, podemos considerar como principais teorias a respeito da natureza jurídica do processo a teoria do processo como relação jurídica e a teoria do processo como procedimento em contraditório.

Apesar de contar com a maioria absoluta dos doutrinadores brasileiros, a teoria do processo como relação jurídica encontra vários pontos falhos (como a caracterização do processo como mero instrumento da jurisdição; a falha na distinção das definições de processo e procedimento e a extrema carga subjetivista – *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* – na definição de uma instituição, *a priori*, normativa)².

Já na teoria do processo como procedimento em contraditório, as falhas *supra* apontadas foram sanadas, sendo o processo considerado como uma espécie do gênero procedimento, com a peculiaridade do desenvolvimento em contraditório (definição precisa e clara de processo). Já o procedimento é definido como “manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica. É estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo princípio da reserva legal que, na CR/88, está inscrito no art. 5º, II. Há de se notar, a rigor, que o procedimento, em sua concepção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este pré-condição do ato seqüente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (...)”³.

Como se infere desta definição de procedimento, o processo passa a ser não somente instrumento da jurisdição, mas garantia do cidadão. A jurisdição também passa a ser encarada como de exercício não exclusivo do juiz, mas compartilhada entre as partes (uma vez que a jurisdição somente pode ser exercida através do processo, e este só se realiza em contraditório). Claramente, também, houve uma dessubjetivação do processo, deixando de ser relação entre pessoas, para se constituir numa estrutura normativa.

Temos que as duas visões do processo são complementares e não excludentes. Acreditamos que a adoção de uma ou de outra teoria sobre a natureza jurídica do processo reflete muito mais um ângulo de visão sobre este fenômeno jurídico que,

² Podemos notar a falha da definição de processo e procedimento e a extrema subjetivação do conceito de processo no trecho abaixo:

“Contudo, desde 1868, com a obra de Bülow (Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. (...)

Terminologicamente é muito comum a confusão entre processo, procedimento e autos. Mas, como se disse, procedimento é mero aspecto formal do processo, não se confundindo conceitualmente com este; autos, por sua vez, são a materialidade dos documentos em que se corporificam os atos do procedimento. Assim, não se deve falar, por exemplo, em fases do processo, mas do procedimento; nem em “consultar o processo” mas os autos. Na legislação brasileira, o vigente Código de Processo Civil é o único diploma que se esmerou na precisão de linguagem (*sic*)” . in CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alii*. Teoria Geral do Processo. 13ª ed., São Paulo : Malheiros, 1997. pags. 279-280.

³ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. pag. 85.

propriamente, a verdade sobre sua ontologia. Neste escopo teórico desenvolveremos o presente estudo. Quanto aos motivos que nos levam a crer serem as visões compatíveis, cremos não ser o momento de expô-las, devido à brevidade do estudo.

Partimos, então, à análise das teorias da ação. A partir do estudo da *actio* romana, os civilistas não identificaram um direito de ação apartado do direito material a que, supostamente, a ação defenderia. O que realmente existia eram os direitos subjetivos. Uma vez não satisfeito este direito subjetivo, ele “armava-se para a guerra”, perseguindo, em juízo, seu adimplemento. Esta Teoria, como não identifica a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, pode ser chamada Teoria Imanentista, tendo seu principal defensor o jurista Savigny (1840).

Partindo-se ainda dos estudos da *actio* romana, Bernardo Windscheid trouxe a primeira expressão da autonomia do direito de ação. O civilista sustentou que *actio*, para os romanos, era o mesmo que a palavra pretensão expressava para nós. Assim, a autonomia da pretensão em relação ao direito material identificaria a autonomia do direito de ação.

Teodoro Mütther, criticando a idéia de Windscheid, afirmou que a *actio* romana não era o direito do autor contra o réu, e sim o direito do autor contra o Estado. Era o direito que o autor tinha de exigir que o Pretor lhe concedesse a fórmula.

Windscheid responde a crítica dizendo que não nega a *actio* neste sentido, apenas falavam de dois tipos diferentes de *actio*. A dele dizia respeito à pretensão. A de Mütther dizia respeito a um direito (subjetivo) processual, do campo do direito (objetivo) processual.

Hélio Tornaghi, ao discorrer sobre a polêmica de Windscheid e Mütther, explicita as seguintes conclusões:

“O Edito não era lei que criasse direitos e deveres para os cidadãos. Era um programa que o Pretor impunha a si próprio. Se nele dizia que o pretor daria *actio* em determinadas circunstâncias, daí advinha para o particular um interesse reflexamente protegido, não um direito subjetivo. O fato de a *actio* estar prevista no Edito não criava para o particular o direito de exigí-la do Pretor.

Muito menos existia este direito na hipótese de *actio* prevista no *ius civile*, do qual o Pretor podia afastar-se, denegando a *actio*, apesar de consagrada pelo Direito.

Somente quando o Edito passou a ter força de lei é que então surgiu o verdadeiro direito do particular contra o Estado.

A Concepção de Mütther colhe o que se passa no Direito moderno, embora seja discutível se ela corresponde ao Direito Romano clássico”⁴.

Podemos afirmar, então, que esta polêmica identificou a ação como direito subjetivo público (pois a jurisdição e o procedimento são devidos pelo Estado) e

⁴ TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1987. pag. 127.

autônomo (independente do direito material). Verificamos a autonomia do direito de ação (processual) e da pretensão (material) em relação ao direito subjetivo material.

Tomando-se por base esta Teoria, os processualistas atuais têm por certo a autonomia do direito de ação. Os exemplos da ação declaratória (que, visando apenas uma certeza jurídica, não pressupõe uma ofensa anterior ao direito material) e da ação declaratória negativa (que, visando a declaração que não existe o direito material, obviamente não o pressupõe) não deixam dúvidas neste sentido. A partir do conceito já solidificado da autonomia do direito de ação, duas principais teorias procuraram definir os liames do direito de ação: a Teoria do Direito Subjetivo Público, Autônomo e Concreto e a Teoria do Direito Subjetivo Público, Autônomo e Abstrato.

A primeira das conceituações teve uma aceitação maior na segunda metade do séc. XIX e primeira metade do séc. XX. Definia o direito de ação como um direito de obter um pronunciamento judicial favorável de mérito (por isto, também é chamada de teoria da ação como direito à sentença favorável).

Assim, se houvesse um processo cujo pedido fora julgado improcedente, não teria havido direito de ação por parte do autor. Desta forma, além dos ônus sucumbenciais, seria ele condenado ao pagamento de indenização por fazer uso de um direito, o qual não possuía.

Podemos citar como seguidores desta teoria: Wach, Bülow, Schmidt, Pohle, Kohler, Goldschmidt.

Já a Teoria da Ação como direito subjetivo abstrato nasceu a partir dos estudos de Degenkolb e Plósz. Afirmavam, basicamente, que o direito de ação dizia respeito apenas à possibilidade de exigência de uma prestação jurisdicional. Teria direito de ação tanto o autor que teve a sentença julgada favoravelmente quanto o que não a teve. Assim, o pedido improcedente não identificava a ausência do direito de ação; sendo o autor apenas responsável pela sucumbência, sem haver uma necessidade de indenização pela má-utilização da ação (uma vez que possuía o direito de ação).

Na esteira desta teoria, estão vários doutrinadores (e. g. Mortara, Alfredo Rocco, Ugo Rocco, Couture, Betti, Carnelutti, Pekelis, Hélio Tornaghi, Humberto Theodoro Júnior); a maioria deste século. Pode-se afirmar que a concepção abstrata detém, atualmente, um consenso quase que completo da tratativa do direito de ação.

Importante citar, ainda a teoria de Liebman. Chamada de Teoria Eclética, dizia que a ação era efetivamente um direito abstrato. Considerava, entretanto, que, nos liames do direito processual, a abstração total era inservível. Propunha que as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade *ad causam*), identificassem a ausência do direito de ação, não meramente sua impossibilidade de exercício. Interessante citarmos:

“Mas, como nos ensinam os constitucionalistas, esse é um Direito, ou melhor, um poder de Direito Público, totalmente genérico e indeterminado, sem particulares relações com um tipo concreto e por isso (...) inexaurível e inconsumível, permanecendo íntegro e sempre idêntico em todos os casos em que é exercitado, e é a extrinsecação imediata e direta da capacidade jurídica geral. Esta não é então ação,

no sentido em que esta figura tem relevância no sistema do processo, mas a sua base, o seu pressuposto de Direito Constitucional, a estrada sempre aberta sobre a qual o cidadão pode, de vez em vez, aviar a sua ação, nos diversos casos concretos em que pretende dirigir-se à autoridade judiciária para a proteção de um interesse seu lesado ou ameaçado” (...) “Mas, na sua extrema abstração e indeterminação, isso não tem relevância alguma na vida e no funcionamento prático do processo, porque cabendo a qualquer um em qualquer circunstância, não permite distinguir caso de caso, nem estabelecer uma relação entre o processo e o tipo legal concreto pelo qual é proposto”. (...) “Carnelutti (...) sustentou recentemente que este [Direito de Ação] cabe a qualquer um e que a legitimação seja requisito da pretensão, não da ação, a qual competiria não somente aos sujeitos em lide, mas também a todos os cidadãos. Isto equivaleria em substância em transformar todas as ações em ações populares”⁵. grifo nosso.

Ao expor sua Teoria da ação como direito à sentença de mérito (favorável ou não), Liebman foi muito criticado pela explanação de que, nas sentenças de carência de ação (por inexistência de uma das condições da ação) não haveria efetivamente provimento jurisdicional; mas mera função administrativa (como se o juiz estivesse exercendo a função de *custos legis*). O Professor Rosemiro Pereira Leal, ao abordar a teoria de Liebman aduz:

“Outro que cuidou da Teoria da ação foi Liebman que a vinculou a uma pretensão de direito material, retornando ao imanentismo da corrente de Savigny, deixando mesmo de reconhecer no direito-de-ação qualquer implicação constitucional de direito incondicionado de movimentar a jurisdição”⁶.

A partir da Teoria abstrata, segundo Luiz Machado Guimarães⁷, em lugar do binômio pressupostos processuais e mérito (as condições da ação estariam dentro do mérito), surgiu o trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Para a Teoria Eclética de Liebman, as condições da ação identificariam se efetivamente existiria o direito de ação, enquanto para a Teoria Abstrata Pura, as condições de ação apenas se referem à possibilidade do exercício do direito de ação, sendo o direito de ação um *jus exigendi*, acoplado à personalidade e fruto da proibição do Estado de se buscar a justiça privada. Neste sentido citamos Ugo Rocco:

O direito de ação consistiria no “... interesse do particular na intervenção do Estado para a investigação e a realização coativa dos interesses tutelados pelo Direito Objetivo” que nasceria da proibição da Justiça privada. Assim, “o direito de ação é direito subjetivo

⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella Teoria del Processo Civile, in: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 1950. pág. 47/71. Tradução: Elaine Noronha Nassif e Giovannina Serafini. pags.18 e ss.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. pag.110.

⁷ GIUMARÃES, Luiz Machado. Carência de Ação, in: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Ed. Borsoi, vol. VII, s. d., mas 1953. pag. 99.

público individual – direito abstrato de agir – pertencente à categoria dos chamados direitos cívicos”⁸.

Importante salientar, ainda, que Degenkolb, em seu segundo trabalho, possuía uma visão “atenuada” da abstração do direito de ação. Dizia ele que “O direito de ação preexiste ao pedido do autor que é apenas o meio de pô-lo em exercício e compete a todos aqueles que puderem invocar uma norma legal em seu favor. Por isso Degenkolb entende que só tem direito de ação aquele que pede de boa-fé (...) que supõe ter direito àquilo que solicita (...) pouco importando que tenha ou não razão”⁹ (grifo nosso).

Esta visão se aproxima da de Mortara:

“...quem exercita o direito de agir em Juízo manifesta a opinião de ter um direito subjetivo e de haver sido esse violado. Trata-se apenas de uma opinião do autor da ação, que pode não corresponder à realidade. (...) Mas, a rigor, nem mesmo a opinião se exige, pois basta a manifestação externa da opinião – e que não precisa ser sincera – para invocar-se a atividade do órgão judiciário”¹⁰

Creemos que houve um esvaziamento excessivo do instituto da ação com a Teoria da ação abstrata. Se o direito de Ação está sempre presente em quaisquer circunstâncias, a qualquer cidadão (*jus exigendi*), e a qualquer tempo, sua análise torna-se irrelevante ao processo. Deixa de haver qualquer importância a pergunta se, num determinado caso, há ou não o Direito de ação, pois este sempre estará presente.

Como afirma Afrânio Silva Jardim:

“Na esteira dos valiosos ensinamentos do professor Hélio Tornaghi, podemos ratificar o que deixamos dito acima. O conceito de ação continua sendo objeto de interesse dos estudiosos, mas deixou de ser considerado importante para a solução dos mais relevantes problemas processuais. A ação, salienta o mestre, é tida como direito pré-processual, anterior ao processo e não como objeto dele. Esse é, mais propriamente, a pretensão. Dentro desta mesma ótica temos elaborado diversos estudos, na linha doutrinária do professor Jaime Guasp”¹¹.

Não discordamos do caráter pré-processual da ação e nem que a pretensão é o objeto profícuo do processo. Temos a proposta manter de, simplesmente, por meio residual, apresentar uma definição de mérito, que facilite a identificação do mesmo.

Assim, tomando como ponto básico a adoção da teoria da ação como direito subjetivo público autônomo e abstrato de movimentar a jurisdição, teremos as “condições da ação” não como condições para a existência do direito de ação (pois este seria incondicionado), mas para seu exercício. Outros¹², vislumbrando a diferença entre

⁸ in TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1987. pag. 117.

⁹ TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1987. pag. 105.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1987. pag. 118.

¹¹ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal; estudos e pareceres. Rio de Janeiro : Forense, 1997. pag. 94-95.

¹² vide LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. pag. 112-113.

ação (procedimento) e direito de ação (direito constitucional de movimentar a jurisdição), consideram as condições da ação (ou requisitos de procedibilidade – matéria de ação) e os pressupostos processuais (pressupostos de constituição do procedimento – matéria de processo) como elementos estruturais do procedimento (ação).

De qualquer forma, seguindo o trabalho de Luiz Machado Guimarães já citado, os elementos do processo que não se encontrarem no campo das condições da ação ou dos pressupostos processuais, haverá de ser matérias de mérito.

A definição negativa, apesar de ser, na prática, por inúmeras vezes útil, no campo científico deve ser evitada. Ela é imprópria para a identificação de novos casos que surgirem ou mesmo para uma discussão mais aprofundada da exata localização dos sub-elementos das condições da ação, pressupostos processuais e mérito. Desta forma, aclamando a utilidade da definição residual, tentaremos, em breves linhas definir os pressupostos processuais e as condições da ação para, posteriormente passarmos à tratativa do problema pela abordagem direta.

2.2. Definição residual de Mérito:

A definição residual do mérito se dá, apenas, pela definição dos elementos diferentes do mérito pertencentes ao processo. Assim, após definirmos os pressupostos processuais e as condições da ação, tudo o que não for atinente a estes pontos, haverá de ser parte do mérito.

Os pressupostos processuais ou pressupostos de admissibilidade e desenvolvimento válido (existência) do processo fazem parte da matéria procedimental. Sua ausência gera a extinção do processo sem julgamento do mérito. Pela definição de Humberto Theodoro Júnior (doutrina tradicional da relação jurídica) temos:

“São, em suma, os requisitos para a validade e eficácia da relação processual. Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o Juiz possa solucionar a lide (mérito)”¹³.

Pode-se dividir, os pressupostos processuais em Subjetivos e Objetivos¹⁴.

Os pressupostos processuais subjetivos dizem respeito ao Juiz (ou MP - competência, ausência de impedimento ou suspeição) e às partes – *legitimatío ad processum*: i. Capacidade de ser parte em Juízo (corresponde à Capacidade de Direito do Direito Civil); ii. Capacidade de estar em Juízo (corresponde à Capacidade de Fato do Direito Civil – capacidade de pretender um Juízo em nome próprio); iii. Capacidade Postulatória (*jus postulandi* – normalmente do advogado).

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v1. pag. 58

¹⁴ *vide* LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. pag. 112.

Já os pressupostos objetivos dizem respeito à todas características procedimentais que determinam sua admissibilidade e existência, como a ausência de coisa julgada, litispendência, preempção, confusão de partes, conexão, continência, petição apta, citação válida, advogado habilitado, presença de curador ou membro do MP (se a lei exigir), pagamento de custas, prestação de caução, inexistência de nulidades ou anulabilidades, presença de litisconsórcio necessário (se a lei exigir).

Podemos ainda citar outra classificação dos pressupostos processuais. De acordo com CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER¹⁵, temos a Classificação restritiva dos Pressupostos Processuais. Haveria uma tripartição dos pressupostos em: a) Pressupostos de Demanda Regularmente Formada, que corresponderia aos pressupostos objetivos supra (CPC 2; CPP 24); b) Capacidade de quem a formula (que corresponderia aos pressupostos subjetivos da parte *supra*); c) Investidura do destinatário da demanda (que corresponderia aos pressupostos subjetivos do Juiz *supra*).

Uma vez definidos os pressupostos processuais, podemos nos ocupar da definição das condições da ação. Como dissemos anteriormente, nesta análise, tomaremos por correta a teoria da ação como direito subjetivo público autônomo e abstrato de movimentar a jurisdição. Caso o leitor se filie à teoria da ação como direito subjetivo público autônomo e concreto (direito à sentença favorável), orientamos que as condições da ação farão parte do mérito; não fazendo qualquer sentido a definição residual a que nos propomos.

As condições da ação, como salientamos *supra*, podem ser encaradas como condições para o exercício do direito de ação (doutrina majoritária – ex. Hélio Tornaghi), como condições da própria existência do direito de ação (Liebman com sua Teoria Eclética) ou como parte estrutural do procedimento (considerando ação como procedimento as condições da ação seriam requisitos de procedibilidade; requisitos para a análise do mérito).

Neste ponto específico as vozes autorizadas da doutrina divergem. Alguns consideram a sentença de carência de ação uma sentença de mérito (dependendo da condição da ação que se declara inexistente); outros uma sentença terminativa simples. Salientamos que o Código de Processo Civil brasileiro adotou a sentença de extinção do processo por carência de ação como uma sentença terminativa.

Como esta primeira definição do mérito (residual) visa precípuamente o caráter pragmático, e não o científico, poderá ser aplicado o método da exclusão (tudo o que não for matéria de condições da ação ou de pressupostos processuais será matéria de mérito) por mera determinação legal. Uma análise mais profunda das condições da ação (e.g. *legitimatío ad causam*), entretanto, mostrará a impropriedade da classificação legal das condições fora do mérito¹⁶.

Passamos, com esta ressalva, à análise das condições da ação.

¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alii*. Teoria Geral do Processo. 13ª ed., São Paulo : Malheiros, 1997. pag. 292.

¹⁶ O Prof. Rosemiro coloca que “Na linguagem forense, muitos falam, genericamente, ao se referirem aos pressupostos de constituição, desenvolvimento válido e regular do processo e requisitos da ação, em PRESSUPOSTOS de ADMISSIBILIDADE, sem distinguir pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade e pressupostos ou requisitos de procedibilidade, talvez porque, a rigor, por ser a **matéria de ação** apurável pelo MÉRITO, como veremos, e não processualmente *a priori*, como quis Liebman e como está no Código de Processo Civil brasileiro”. ob. cit. p.113.

Trata-se das condições para que se possa ocorrer um pronunciamento jurisdicional de mérito (viabilidade abstrata da pretensão material).

De acordo com o direito positivo brasileiro, há três condições da ação:

- 1) Possibilidade Jurídica do Pedido: existência de texto legal (abstrato) assegurador do Direito pleiteado. Pedido não vedado pela norma é o possível. Ex. Repetição de indébito de dívida prescrita ou dívida de jogo; divórcio em país que não o admite.
- 2) Legitimidade para a causa: *legitimitio ad causam*: prova prefacial inequívoca de Titularidade do Direito Material alegado. Pertinência Subjetiva da ação.
- 3) Interesse Processual: Relação de necessidade (necessidade efetiva da prestação jurisdicional pretendida – ex. se devedor não teve ao menos conhecimento da dívida) e utilidade (ex. utilidade do processo de execução; utilidade na escolha correta do procedimento) entre o pedido e a atuação jurisdicional. A parte sofre um prejuízo não propondo a demanda – para evitar este prejuízo, necessita a intervenção dos órgãos jurisdicionais.

Posteriormente, no decorrer da definição direta do mérito, voltaremos à questão da correta classificação das condições da ação como matéria de mérito ou não. Esta primeira delimitação da matéria de mérito (residualmente), tem apenas a finalidade de situar o leitor no problema. A análise propriamente “científica” se dará na abordagem direta do problema.

2.3. Definição direta de Mérito:

Conforme abordagem de Alfredo Buzaid¹⁷, partiremos do conceito de conflito de interesses para a definição de mérito.

Interesse, para Carnelutti, não é um juízo, mas uma posição do homem. Seria a vontade do homem favorável à satisfação de uma necessidade. No quadro de um interesse há o elemento subjetivo (homem); o elemento objetivo (bem) e o elemento volitivo (posição ou vontade de satisfação de necessidade). Os bens, por sua vez, seriam os meios apropriados à satisfação das necessidades do homem (são os objetos dos interesses, dos conflitos de interesse, das relações jurídicas e das lides).

Verificando-se que as necessidades dos homens são ilimitadas e são limitados os bens, haverá conflito de interesses se a vontade favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação de favorável a uma necessidade diversa. Com este conflito, pode nascer uma atitude de vontade de um dos dois sujeitos concretizada na exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio. Esta exigência seria a pretensão. Caso o titular do interesse oposto se subordine, haverá a solução pacífica do

¹⁷ BUZAID, Alfredo. Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil. 2ª Ed. Saraiva. São Paulo, 1956. pag. 81-99. Processo, Ação e Lide.

conflito. Caso contrário, se for oposta resistência à pretensão, o conflito de interesses será convertido em lide. Daí a definição mais difundida de lide: “conflito de interesses qualificada pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”¹⁸.

Importante diferenciar a lide da relação jurídica (material). Há, como foi dito, na lide, o conflito de interesses e o conflito de vontades – explicitado pela pretensão resistida). Na relação jurídica, a seu turno, apesar de apresentar o conflito de interesses, existe uma coordenação das vontades. A pretensão não é, e nem pressupõe, o direito material.

Ainda na lição de Carnelutti, diferenciamos a pretensão da razão. Esta é a afirmação da conformidade da pretensão com o direito objetivo. Nota-se que para as razões, não é necessário se crer que exista a correlação entre a pretensão e o direito objetivo; basta a mera afirmação. Se a afirmação é capaz de produzir dúvida, passa a ser denominada questão (ponto duvidoso de fato ou de direito).

Com esta análise, podemos deduzir algumas conclusões sobre a lide.

Primeiramente, notamos que trata-se de instituto de nascimento extraprocessual. Desta forma, por coerência de linguagem, ao falarmos em lide, estaremos diante de um conflito de interesses em que houve a ocorrência de uma pretensão resistida fora do processo.

Também podemos caracterizar como elementos da lide (extraprocessual) os sujeitos, o objeto (bem) e a pretensão resistida.

Nesta linha de raciocínio, Carnelutti define o mérito da causa como a lide. O processo não seria a lide; apenas a representaria perante o juiz. A lide não é o processo, mas estaria no processo. O processo seria o continente e a lide o conteúdo.

O processo será, assim, integral, quando comporta toda lide existente. Caso contrário será um processo parcial, porque contém apenas parte da lide. Para Liebman, este problema da continência do processo é um falso problema. O processo apenas reflete o que a parte, utilizando-se da possibilidade de disposição dos direitos disponíveis (Princípio Dispositivo) desejou trazer ao processo. Desta forma, o processo e a lide têm sempre medidas que se correspondem e se sobrepõe exatamente.

Desenvolvendo o raciocínio, Liebman afirma que a lide, em sua totalidade, nunca pode ser deduzida em juízo. Não haveria, desta forma, um processo integral. Todos os processos deveriam ser qualificados como parciais. Assim, o que delimitaria o mérito da causa não é a lide, e sim o pedido feito ao juiz em relação ao conflito. Citamos:

“O objeto do processo não é o conflito de interesses em sua simples e natural realidade. O processo é instituído de tal modo que não é suficiente denunciar ao juiz a existência do conflito, para que ele trate de resolvê-lo como achar justo. Ao contrário, o autor, além de expor ao juiz as circunstâncias de fato e os outros elementos, que provocaram o conflito, deve pedir-lhe uma concreta providência que

¹⁸ BUZAID, Alfredo. Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil. 2ª Ed. Saraiva. São Paulo, 1956. pag. 81-99. Processo, Ação e Lide. pag. 92.

considere adequada ao caso e capaz de satisfazer seu interesse (...). Só em face desse pedido, o juiz pode intervir, examinar o caso e julgar, de acordo com a lei se o pedido é ou não procedente, concedendo ou negando, em consequência, a providência pedida.(...)

Diz Liebman que o conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é, de fato, a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo; e passa à elaboração de sua doutrina, afirmando que o pedido do autor é objeto do processo. (...)

Liebman conclui que a iniciativa do processo cabe ao autor: ele é que propõe o pedido e com isso suscita a lide e fixa o mérito da causa”¹⁹.

O réu, ao se pronunciar, amplia o objeto do conhecimento do juiz, não o objeto do processo (objeto da prestação jurisdicional). Para Liebman, lide seria, então, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz deve decidir. O pedido seria o elemento formal do objeto do processo e o interesse insatisfeito, seu elemento material.

Apesar de concordar com todo desenvolvimento da argumentação de Liebman, ousou discordar de sua nomenclatura final apresentada no último parágrafo *supra*. Proponho uma nomenclatura um pouco mais rígida, capaz de identificar com precisão os elementos do processo.

Primeiramente, seguindo orientação de Humberto Theodoro Júnior, preferiremos a denominação “causa” para identificarmos os diferentes tipos de procedimentos instaurados pelas partes. Assim citamos:

“Tratando de litispendência e coisa julgada, é comum ver-se na doutrina a catalogação dos *elementos da ação*, ou seja, dos elementos ou dados que servem para individuar uma ação no cotejo com outra. O que, porém, realmente existe na espécie são os elementos da causa, pois, como já afirmamos, o direito de ação é único, variando apenas as lides deduzidas em Juízo (isto é, as *causas*)”²⁰.

“Na realidade, porém, se a jurisdição é um poder único do Estado qualquer que seja a lide a compor, e se a ação é o direito de provocar o exercício da jurisdição, toda vez que a parte se veja envolvida numa lide, parece-nos claro que também a ação é de ser vista como um direito único da parte face ao órgão jurisdicional do Estado. O que varia são as lides trazidas para serem solucionadas em Juízo, não o direito à composição delas ...”²¹.

¹⁹ BUZAID, Alfredo. Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil. 2ª Ed. Saraiva. São Paulo, 1956. pag. 81-99. Processo, Ação e Lide. pag. 97-98.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v1. pag. 63.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v1. pag. 62.

Assim, a nomenclatura “ação” (não diferenciamos ação e direito de ação, apesar das mais autorizadas vozes pensarem o contrário²², pois, ao extinguirmos a categoria das condições da ação, a distinção não é mais necessária – *vide infra*) sempre se referirá ao direito constitucionalizado de movimentar a jurisdição.

Os elementos da causa, conforme a doutrina tradicional, seriam então formados pela transposição da situação fática do conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida (Lide extraprocessual ou Lide) para dentro do processo. Esta é a finalidade do processo: apresentar uma solução do Estado a este conflito qualificado de interesses, como decorrência lógica imediata da proibição da utilização da força privada. O mérito da causa, obviamente, estará intimamente ligado à solução da situação fática²³.

No transporte dos elementos extraprocessuais (lide) para dentro do processo, podemos notar a criação dos elementos da causa.

Fora do processo, o conflito se dá entre partes opostas. Com a utilização do direito de ação e criação de uma causa, inclui-se, ao menos, mais um sujeito do processo: o juiz (ou melhor, o Estado). Também podemos considerar, como elementos subjetivos da causa, os serventúrios e o Ministério Público (se a lei o exigir).

Todo o suporte fático da situação, o conflito de interesses e a pretensão resistida serão descritos ao órgão julgador (nos limites da conveniência do autor, pelo princípio dispositivo). Todas as características não subjetivas da lide, assim, servirão de sustentáculo ao pedido que se fará ao julgador. Neste sentido, cremos que todas as características não subjetivas da lide (extraprocessual), ao serem transportadas ao interior do processo, podem ser chamadas de causa de pedir remota. Podemos dizer, então, que o significado da expressão “lide endoprocessual”²⁴ e “causa de pedir remota” são sinônimas (claro que já apartamos os elementos subjetivos da lide endo ou extraprocessual).

A causa de pedir próxima consiste nos fundamentos jurídicos existentes na lei positiva, que dão suporte ao pedido manifestado. Seguindo-se o brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me os fatos e dar-te-ei o direito) e do *jura novit curia* (o Tribunal – ou o Juiz – conhece o direito), cremos não ser a causa de pedir próxima parte integrante da lide. Não causa qualquer prejuízo à parte, *a priori*, a não explicitação da fundamentação jurídica ou sua manifestação errônea. Acreditamos não ser uma parte inútil da petição, uma vez que pode orientar o juiz em seu conhecimento do direito, mas, em nossa tentativa de classificação dos elementos da causa, iremos abolir a causa de pedir próxima e a consideraremos um adendo que, embora útil, não faz parte dos elementos da causa.

Percebe-se, como acima descrevemos, que a pretensão extraprocessual integrará a causa de pedir remota. No momento de exercício do direito de ação, há a criação de uma nova pretensão, esta processual, caracterizada pelo pedido. A primeira pretensão,

²² É o entendimento do Prof. Rosemiro Pereira Leal: “É que, modernamente, já não se pode confundir ação, no sentido de **procedimento** e ação como integrante da expressão jurídica direito-de-ação, destinada a significar direito constitucionalizado incondicional de movimentar a jurisdição”. *ob.cit.* pag.107.

²³ O Prof. José Marcos Rodrigues Vieira, em expressão precisa, coloca que o julgador, no processo realiza a “depuração do objeto litigioso”. VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. *Revista da PUC-MG*. Jan. 2000.

²⁴ Consideraremos a palavra “lide”, sem qualificativos, como lide extraprocessual.

surgida antes do processo, serve de fundamento para que se peça algo em juízo. Caso contrário, se não houvesse uma primeira pretensão resistida fora do processo, não haveria necessidade de se pedir em juízo (faltaria interesse na prestação jurisdicional).

A segunda pretensão (pedido – endoprocessual ou somente processual²⁵) possui como fundamento todo suporte fático do conflito de interesses. Como dissemos antes, o pedido que se faz ao Estado se fundamentará nos fatos (todos fatos, inclusive a descrição do conflito de interesses e da pretensão). Assim, os fatos serão o objeto de depuração do processo por meio do sistema probatório e de presunções. Poderíamos aí, crer que o mérito da causa seriam os fatos trazidos na causa de pedir remota, mas, temos que levar em consideração, também, as lições de Liebman e do Prof. José Marcos Rodrigues Vieira:

“Advém o reexame de uma das categorias nucleares do Direito Processual. O **mérito**. O CPC brasileiro oferece duas idéias, a de pedido (no art. 330, sob a epígrafe da lide, no julgamento antecipado) e a de direito material (pela exclusão das preliminares, consoante o art. 301). A rigor, o CPC brasileiro dá três idéias de mérito: pedido, lide e direito material, as quais conjuga no art. 468. Aí, lide, sobre o direito material, nos limites do pedido”²⁶.

Vemos que, apesar de se trazerem vários fatos ao interior do processo, e estes fatos serem objeto do processo por meio do sistema probatório e de presunções, não serão todos os fatos relevantes ao processo.

Ao se pedir ao órgão jurisdicional, este pedido implica conseqüências nos demais elementos da causa. Primeiramente irradia seus efeitos nos elementos subjetivos da causa. Assim, só farão parte do objeto do processo as pessoas relevantes à causa, nos termos do pedido. As partes serão, assim, definidas nos limites do pedido.

Por outro lado, o pedido implica conseqüências na causa de pedir. Nem todos os fatos narrados na causa de pedir remota, como já se disse, deverão ser objeto do processo.

O objeto do processo (como depuração do objeto litigioso) será, assim, limitado pelo pedido.

Neste ponto, antes de partimos para a definição direta de mérito, cremos ser cabível distinção entre pedido mediato e imediato. Classifica a doutrina, como pedido mediato, o mérito causal. O pedido imediato seria, então, a solicitação de provimento

²⁵ Fábio Luiz Gomes coloca que: “*No plano processual* os fenômenos repetem-se e podem ser visualizados da seguinte forma: (...) b) A pretensão processual, que é ainda o estado de que o direito se reveste a partir do momento em que se torna exigível (*sic*). Com uma divergência sem maior relevância quanto à clássica visualização do fenômeno, entendemos ínsito na pretensão a exteriorização do ato de pretender; por isso, vislumbramos a pretensão, no plano processual, como encaminhamento que deflagrará a ação, ou seja, o estágio intermediário (*sic*) entre o direito subjetivo, enquanto inerte, e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado”. in SILVA, Ovídio A. Baptista da et GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. Discordamos, apenas, por crer uma autonomia entre pretensão da causa de pedir remota, a pretensão do pedido mediato e o direito material.

²⁶ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. Revista da PUC-MG. Jan. 2000.

jurisdicional (cognitivo – meramente declaratório, constitutivo ou condenatório; executivo ou cautelar). Citamos:

“O pedido (*petitum*) apresenta, como elementos conclusivos da pretensão dois *objetos*: imediato e mediato, sendo que o imediato é a solicitação da sentença (provimento) para reconhecer um direito relacionado a um bem da vida jurídica que tem a denominação de *res in iudicium deducta* (direito criado em norma material deduzido em juízo). É por isso que o objeto mediato do pedido sedia o *meritum causae* (mérito causal), sendo que o **mérito**, quando núcleo de direito material, abrange, portanto, questões que não estão ligadas à matéria de processo e à matéria de ação de que cuidaremos no ponto seguinte sob o título de Elementos Estruturais da Ação”²⁷.

O pedido (mediato e imediato) é, como delimitador dos fatos, o que se espera do processo, após a depuração do objeto litigioso. Entendemos, como fizemos com relação à causa de pedir próxima, que o pedido imediato (solicitação de provimento jurisdicional especificada) é mero adendo aos elementos da causa. Será o pedido imediato fruto do pedido mediato (o que realmente se quer do processo) e não do pronunciamento das palavras “condeno”, “constituo” ou “declaro”. Logo, se o réu narra uma dívida, e pede que o juiz declare sua existência e o dever do devedor pagar; não há diferença da narrativa da mesma dívida com o pedido que o juiz declare sua existência e condene o devedor a pagar.

Teremos, então, no campo do pedido, em nossa classificação, apenas o pedido mediato; que é a pretensão deduzida em juízo. Esta pretensão pode ser equivalente à primeira pretensão²⁸ (elemento da causa de pedir remota) ou não. Suponhamos a situação de conflito de interesses oriunda de um contrato em que o devedor não cumpre a prestação, resistindo à pretensão do credor. A causa de pedir remota, explicitará a resistência à pretensão do cumprimento do contrato. Pode, entretanto, o credor, ao ingressar em juízo, optar pela pretensão (do pedido) de indenização em perdas e danos ou o cumprimento específico do contrato (ou mesmo a cumulação alternativa eventual dos pedidos). São, portanto, duas pretensões distintas e autônomas.

Notamos a criação de uma nova situação jurídica assemelhada à da lide (extraprocessual). Nesta, havia um conflito de interesses em que a pretensão de determinada pessoa era resistida por outra. Esta pretensão da lide, apesar de sua total autonomia, serve como causa de existência de uma segunda pretensão: o pedido. A nova situação jurídica (processual) terá então como elemento volitivo o pedido; como suporte fático terá a causa de pedir remota (lide endoprocessual, que deverá ser provada no decorrer do processo; nos limites do pedido) e como sujeito terá as partes (sujeitos, nos limites do pedido).

O mérito causal, em nosso entendimento, seria, então, toda esta nova situação jurídica construída em torno do pedido. Qualquer julgamento que, decidindo questão que recaia sobre um dos elementos caracterizadores da causa (partes, causa de pedir remota, pedido mediato), será um julgamento de mérito.

²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. pag. 110-111.

²⁸ Chamaremos a pretensão da causa de pedir remota de “pretensão da lide” e a pretensão do pedido mediato de “pedido”.

Em nossa definição, buscamos explicitar que o *meritum causae* não se encontra somente “dentro” do pedido mediato. Este é seu ponto de apoio; o delimitador de uma situação jurídica completa, que envolve também a causa de pedir remota e as partes.

Após esta definição direta do mérito, e antes de entrarmos em pontos específicos nos quais entendemos haver falha da doutrina tradicional, cabe correlação da definição do mérito com o Princípio da Tríplice Identidade.

Como já inferimos acima, o processo se prestará a tratar a lide pela criação de uma nova situação jurídica entre partes, Estado, auxiliares e Ministério Público (se necessário). Fácil vislumbrar, portanto, que duas causas serão iguais, quando seus elementos de lide trazidos ao processo coincidirem e for deduzida uma mesma pretensão de pedido **entre** as mesmas partes. Assim, em nosso entendimento, o mérito da causa servirá para a identificação de duas causas iguais. Tendo como certo que o mérito do processo é seu objeto, nada mais lógico que proclamar a identidade de duas causas se houver a coincidência de objetos.

Encontramos, entretanto, orientação diversa em Humberto Theodoro Júnior que não considera os elementos da causa da causa de pedir próxima e do pedido imediato como meros adendos indiferentes à caracterização do mérito. O emérito mestre coloca que:

“Para que uma causa seja idêntica à outra, requer-se identidade da pretensão, tanto de direito material, como de direito processual. Não há, assim, pedidos iguais, quando o credor, repelido na execução de quantia certa renova o pleito sob a forma de cobrança ordinária. A pretensão material é a mesma, mas a tutela processual pedida é outra. (...)

Para que sejam duas causas tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa de pedir próxima como a remota. De um mesmo fato podem-se extrair duas ou mais conseqüências jurídicas, como, por exemplo, na pretensão de ruptura da sociedade conjugal, em que o mesmo procedimento de infidelidades do cônjuge ora pode ser qualificado como adultério, ora como injúria grave. Da mesma forma, o mesmo pedido de separação judicial, como fundamento de adultério, pode ser repetido entre os mesmos cônjuges, desde que o fato caracterizador da infidelidade seja outro.

No primeiro exemplo temos casos de causas próximas diversas (efeitos) oriunda de uma só causa remota (fato); no segundo exemplo, o que varia não é a causa próxima (efeito), mas a causa remota (fatos). Em ambos não se pode divisar nem o impedimento da coisa julgada nem o da litispendência, porque não ocorrente a identidade da *causa petendi*”²⁹.

Explicitamos, aqui, a razão de nossa contrariedade. Em primeiro lugar, no que se refere ao exemplo da identidade de pedidos, cremos, também não haver identidade de causas. O mestre, entretanto, acredita que o pedido mediato é definido como “objeto da

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v1. pag. 64.

ação, equivale à lide, isto é, à matéria sobre a qual a sentença de mérito tem de atuar”³⁰. Nós, como já exposto, cremos ser a lide processual equivalente à causa de pedir remota e o pedido mediato como a pretensão deduzida em juízo. Assim, no caso de uma cobrança, a causa de pedir seria uma obrigação (não titulada executivamente) não satisfeita e resistida; o pedido seria a prestação jurisdicional de modo a se titular executivamente aquela obrigação. Já no caso de uma causa executiva, a causa de pedir seria um título executivo e o pedido seria seu efetivo pagamento. Por total ausência de identidade dos elementos da causa (por exceção das partes), não haveria a litispendência ou a coisa julgada.

No segundo exemplo, a possibilidade de extração de um mesmo fato de diversas conseqüências jurídicas em nada altera as causas. O fato narrado no exemplo será das infidelidades do cônjuge. O juiz, entretanto, ao fundamentar sua decisão, buscará a adequada consubstanciação do mesmo à norma (decidindo pela separação judicial – pedido – e fundamentando no adultério ou injúria grave). Cremos, neste caso, ocorrer litispendência ou coisa julgada em causa proposta posteriormente por identidade de causa de pedir remota (infidelidades), pedido (separação judicial) e partes.

No terceiro exemplo, o próprio Humberto Theodoro esclarece que o que varia são os fatos (causa de pedir remota), pelo que concordamos com o mestre pela não ocorrência da trílice identidade.

2.4. Críticas e Sugestões:

Pelo que dissemos acima, em nossa definição de mérito³¹, todo e qualquer julgamento que recaia sobre seus elementos constituirá sentença definitiva (com julgamento de mérito). Assim, nos propomos a analisar as condições da ação.

Segundo a doutrina, como já discorremos *supra*, as condições da ação podem ser classificadas no mérito (dependendo da condição da ação que se declara inexistente). Outros entendem ser uma categoria aparte (gerando sentença terminativa). O Código de Processo Civil brasileiro adotou a sentença de extinção do processo por carência de ação como uma sentença terminativa.

Passemos à análise das condições da ação específicas.

Primeiramente a legitimidade para a causa (*legitimatío ad causam*) e o interesse processual. A análise da pertinência subjetiva da ação e do interesse, devem ser feitas, segundo Liebman³², admitindo-se provisoriamente (hipoteticamente) que as afirmações do autor sejam verdadeiras (*si vera sint exposita*).

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v1. pag. 63.

³¹ Mérito causal é a situação jurídica construída em torno do pedido: o próprio pedido; a situação fática que o sustenta (causa de pedir remota) e as partes (sofrerão as conseqüências do pedido).

³² in GIUMARÃES, Luiz Machado. Carência de Ação, in: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Ed. Borsoi, vol. VII, s. d., mas 1953. pag. 103.

Notamos, desta forma, que a legitimidade para a causa se refere à titularidade afirmada da causa de pedir remota (titularidade do interesse da lide endoprocessual). Se tomarmos a particularidade de sua análise *si vera sint exposita*, não há a desfiguração de sua incidência diretamente no mérito.

Na análise anterior do mérito causal, em nenhum momento nos referimos ao princípio do contraditório. Isto se dá porque a delimitação do tamanho máximo do mérito ocorre, única e exclusivamente, por conta do pedido do autor (obviamente não levamos em consideração a possibilidade de reconvenção). Assim, o autor define o tamanho máximo do mérito e o réu, pelo princípio do contraditório, pode oferecer defesa de mérito (atacando-o direta ou indiretamente) ou processual. Vê-se que não há qualquer relação entre o princípio do contraditório e o mérito.

Assim, se a sentença declara que, de acordo com a situação fática prefacial (narrada apenas pelo autor), o juiz se convence que o mesmo não tem a legitimidade para a causa, estará julgando elemento de ligação entre a causa de pedir e partes; logo, do mérito. Qualquer outra ação posterior em que a mesma parte (ilegitimada *ad causam*) propuser, haverá de ser possível a objeção da coisa julgada. Se outra parte propusesse esta ação posteriormente, como não há a incidência do princípio da tríplice identidade (pois as partes não serão as mesmas), não se poderá falar de coisa julgada.

No mesmo sentido, entendemos o interesse processual. O interesse é a relação de necessidade e utilidade existente entre a situação fática narrada (causa de pedir remota) e o pedido oposto em juízo. Como o interesse se refere aos dois elementos do mérito, haverá, sempre, julgamento de mérito. A ação posterior que descreve uma situação fática diferente, não refletirá a mesma causa, por falta da tríplice identidade (pois a causa de pedir remota seria diversa).

A lição de Pontes de Miranda, a este respeito é bem elucidativa:

“Se o autor só não tem a legitimação à causa, a ação é *improcedente* (mérito), igualmente não repelida sem exame de mérito (...). O que cobra judicialmente a dívida, que o réu estava pronto a pagar, não se acha na situação de quem, sem a intervenção do juiz, sofreria prejuízo (falta-lhe interesse de agir), se bem que tenha a pretensão à tutela jurídica. Se houve *mora debitoris*, de que nasceu ação, mas o devedor se prontificou a solver a dívida, com os juros e outras conseqüências de sua mora, a propositura da ação, que o credor tem, dá-nos o exemplo de concorrência de pretensão à tutela jurídica e de ação, sem interesse de agir. Logicamente, temos pretensão à tutela jurídica (sim), interesse de agir (não), ação (sim). O “não” intercalar corta, desde aí, a intervenção do juiz, de modo que não se passa ao resto do mérito”³³ grifo nosso.

Seguindo o exemplo do saudoso jurista, de acordo com nossa classificação de mérito, teríamos que se terceira pessoa, em nome próprio, quisesse cobrar direito de crédito alheio, lhe faltaria titularidade subjetiva (*legitimatío ad causam*). A sentença, em relação a ele, faria coisa julgada material.

³³ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo I: arts. 1º a 45. pag 44.

Da mesma forma, se o credor, cobrando judicialmente dívida vencida, mas ainda sem haver pretensão da lide (pretensão resistida em relação à cobrança extrajudicial), não haveria interesse de agir. A sentença que assim o determinasse, faria coisa julgada material. Observe-se que a sentença não declara a inexistência da relação jurídica creditícia; apenas declara a inexistência de interesse processual pelos fatos narrados.

Caso o devedor, posteriormente, oferecesse resistência à pretensão de satisfação do crédito, outra ação poderia ser intentada, uma vez que não se poderia falar em coisa julgada, pois a causa de pedir já não é a mesma (a pretensão que não estava sendo resistida, agora está).

Passando-se ao estudo da condição da possibilidade jurídica do pedido, caberá análise pormenorizada. Como já definido, a condição consiste na existência de texto legal (abstrato) assegurado do direito pleiteado. Pedido não vedado pela norma seria, então, o possível.

À primeira vista, pelo já exposto em nossa definição de mérito, a ausência de possibilidade jurídica do pedido se referirá ao elemento da causa do pedido mediato; sendo caso de sentença definitiva de mérito.

Entretanto, num estudo mais detalhado, veremos que o mérito, no caso em tela, não será tocado. A possibilidade jurídica do pedido, embora intimamente relacionada, não constitui o pedido em si. Trata-se de pressuposto para se poder pedir. A lógica é a seguinte: se não tenho o poder de pedir, não cabe análise do pedido.

Partiremos da análise do direito de ação para entendermos a questão.

Primeiramente, trata-se de direito subjetivo, assim, necessária a caracterização de seus elementos. Partindo da tratativa dos direitos subjetivos de forma genérica, pode-se afirmar que devam existir partes (sujeitos capazes), vínculo jurídico (neste elemento se encontra a necessidade de exteriorização do vínculo por forma prescrita ou não defesa em lei) e objeto (lícito, não ilícito ou previsto na norma). Estes são os *essentialia negotii*, previstos no Código Civil brasileiro (art. 82).

Quanto a análise dos sujeitos do direito de ação³⁴, não cabe maior perquirição. Sempre os sujeitos serão detentores do direito de ação. Tanto o Estado (sujeito passivo),

³⁴ Tratamos o direito de ação como um direito material simples. Trazemos aqui, entretanto, a lição de Liebman sobre a natureza jurídica do direito de ação: “Reconhecendo na ação a índole de um direito subjetivo instrumental, se desfazem as dificuldades que são até então encontradas quando se procura delinear exatamente o tipo jurídico. Esta é um direito subjetivo, mas não de natureza obrigacional. O esquema habitual de relação civilística não tem aqui razão alguma de ser reclamado. A ação se dirige, de fato, contra o Estado, na sua qualidade de titular da autoridade jurisdicional, e é, por isso, no seu exato significado, o direito à jurisdição; mas não se está defronte a uma obrigação do próprio Estado, porque sua característica consiste em ser um direito de impulso e de iniciativa ao desenvolvimento de uma função a que o Estado é nela também interessado. O poder do sujeito vai por isso de encontro à autoridade do órgão público e provoca seu exercício. O conteúdo é portanto aquele de produzir um efeito jurídico relevante no âmbito das normas instrumentais, efeito que consiste em verificar-se o evento a que o Estado condicionou o exercício efetivo da autoridade jurisdicional. Somente do autor há o interesse em propor a demanda; mas uma vez proposta, é parcialmente coincidente o seu interesse e aquele do Estado a que ela seja provida. (...)”

“Delineada, assim, por todos os lados, a figura da ação, torna questão puramente terminológica aquela que consiste em saber se se deve qualificá-la direito subjetivo ou poder. Certo é que ela representa, no sistema das normas processuais, a figura correspondente àquela do direito subjetivo no sistema das

como o cidadão (ou Pessoas Jurídicas – sujeitos ativos), pelo simples fato de possuírem personalidade, fazem parte do esquema subjetivo do direito de ação. Isto se deve, como nos ensinam os processualistas que se dispuseram ao estudo do direito de ação, à proibição de exercício da Justiça Privada.

Também quanto à forma, não existem maiores indagações. Os requisitos são os prescritos pela lei e devem ser atendidos no exercício do direito. Por exemplo, o exercício do direito de ação, por uma petição inicial oral, como não atende a forma prescrita (sendo da natureza do ato), gerará a nulidade do direito de ação. Assim, a forma é uma “verdadeira” condição do direito.

Importante salientar, entretanto, que a forma não é da substância do ato (*ad solemnitatem*). Apenas como singelo exemplo, podemos salientar a possibilidade do Ministério Público iniciar o procedimento punitivo judicial do Estatuto da Criança e do Adolescente por meio de representação oral.

No estudo do direito de ação, ao focalizarmos no objeto deste direito, devemos retornar à sua definição: direito de exigir a prestação jurisdicional. O objeto do direito é, desta forma, a exigência da prestação jurisdicional. Conforme interpretação jurisprudencial deste objeto, teremos que qualquer exigência será possível, desde que não vedada pela lei. Assim, a possibilidade jurídica do pedido é justamente o elemento objetivo do direito subjetivo criado entre o autor e o Estado. Caso a lei vede determinada prestação jurisdicional (p. ex. se a lei não reconhece o divórcio ou se a lei veda a cobrança de dívida de jogo), haverá nulidade de um suposto direito de ação exercido em juízo.

O juiz, ao decidir pela impossibilidade jurídica do pedido, não analisará, de forma alguma, o pedido em si; e sim a falta de ação do autor. Não existirá, então, sentença de mérito, uma vez que não houve o julgamento a respeito do pedido em si, e sim de seu pressuposto; o direito de ação.

Creemos haver, também, mais uma condição para a existência do direito de ação. Nos direitos subjetivos, de uma forma genérica, há um pressuposto de sua existência, fora dos elementos *essentialia negotii*. Trata-se do elemento volitivo. A ausência do elemento volitivo em um negócio jurídico não gera sua nulidade, mas sua inexistência (ex. contrato sem haver pluralidade de partes, ou melhor, sem haver pluralidade de vontades). Caso o elemento volitivo se apresente viciado, o negócio jurídico será anulável por algum dos vícios do consentimento.

Tratando-se o direito de ação como direito processual como correlação extrema aos direitos subjetivos materiais (*vide* nota de rodapé), poderíamos caracterizá-lo como um negócio jurídico, uma vez que a vontade do autor é essencial à sua formação (Princípio Dispositivo do Processo; Princípio da Inércia da Jurisdição). Nesta linha, deve haver uma análise da vontade do autor na caracterização da existência e anulabilidade do direito de ação³⁵. Esta teoria, entretanto, por se tratar diversa dos objetivos do presente trabalho, não será abordada aqui³⁶.

normas substanciais. Não as desdiz, pois, a qualidade de direito subjetivo processual”. grifo nosso. *in* LIEBMAN, Enrico Tullio. *ob.cit.* pag.22 e ss.

³⁵ Como o leitor pode notar, não consideramos o direito de ação como um direito totalmente abstrato e, desta forma, sem condições para a sua existência. Assim, não podemos falar que nos filiamos à corrente do direito de ação abstrato. Também não cremos que apenas possui o direito de ação aquele que, ao fim,

No que tange às condições da ação, concluímos, assim, que o interesse e legitimidade são verdadeiramente requisitos necessários para a análise do mérito, mas dele não se distanciam. Nossa conceituação os coloca como **preliminares de mérito**. Já a possibilidade jurídica do pedido, cremos ser condição de existência do direito subjetivo de ação no caso concreto, como adequação entre a norma abstrata (direito objetivo) o direito subjetivo de ação.

Após o estudo da alocação dos elementos que a doutrina tradicional classifica como condições da ação, passamos à crítica da definição tradicional do mérito. Em nossa definição de mérito *supra*, em momento algum, nos referimos ao direito material. A pretensão que dissemos fazer parte da causa de pedir remota, foi caracterizada como pretensão da lide (e não como pretensão material). Muitos doutrinadores, entretanto, definem o mérito correlacionando-o ao direito material deduzido em juízo. Citamos exemplificadamente:

“A matéria de mérito, que se constitui do direito material em juízo articulado para ser reconhecido jurisdicionalmente através do PROCESSO, define a lide, a que se referia Carnelutti, por envolver litigiosidade necessária entre as partes sobre um bem da vida jurídica – a *res in iudicium deducta* ...”³⁷ grifo nosso.

O mérito seria a “lide, sobre o direito material, nos limites do pedido”³⁸ grifo nosso.

“*Res in iudicium deducta* revela o ontologismo do direito romano. Não se fala de relação jurídica, de direito material, que se aponta, se deduz, em juízo; mas de *res*, de coisa. (...) A evolução da ciência do direito romano pode conservar o termo sem o ontologismo inicial, sem o ‘coisismo’ romano. A coisa julgada alude, hoje, à relação jurídica ou às relações jurídicas que foram deduzidas, examinadas e julgadas”³⁹ grifo nosso.

tem a razão; não nos filiando à corrente do direito de ação concreto. Se se faz necessária uma denominação da teoria do direito de ação exposta, acreditamos que a nomenclatura mais adequada é a do direito de ação como direito. Apesar do nome aparentemente ilógico, apenas procuramos salientar que as condições de existência e exercício do direito de ação são decorrentes de sua natureza de direito. Encontramos uma certa aceitação em Degenkolb (*vide supra* quando afirma que apenas tinha o direito de ação o que age de boa fé) e em Ovídio Araújo Baptista da Silva:

“A tentativa de eliminação dos insuprimíveis vínculos de ligação entre o direito material e processo fez-se com tal profundidade e eficácia que somente agora, passados bem mais de cem anos, tornou-se possível, não ainda o resgate, mas uma tímida tentativa de recuperar a idéia de que a jurisdição, e portanto o processo, são instituições criadas pelo Estado com a exclusiva finalidade de realizar a ordem jurídica que ele próprio estabelece. (...)”

A ‘conclamada autonomia da ação’ a que se refere Denti representa um equívoco teórico de tal magnitude que seria rigorosamente inexplicável se não fosse o componente ideológico que o sustenta, fazendo com que a doutrina processual civil mantenha-se caudatária e submissa aos paradigmas formadores do pensamento jurídico moderno”. *in* SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. pag. 164-165.

³⁶ Cremos que apenas pela inserção do requisito da vontade no direito de ação, será possível a explicação das punições referentes à lide temerária/litigância de má-fé e da exigência de justa causa para o exercício da ação penal.

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *ob.cit.* pag 113.

³⁸ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *ob.cit.* pag 4.

³⁹ MIRANDA, Pontes. *ob.cit.* pag44.

O saudoso Luiz Machado Guimarães⁴⁰, se atentou a este problema que também levantamos:

“A natureza da questão varia na demanda que a suscita.

É assim que podem ser objeto da demanda (mérito) uma questão sobre o processo (p. ex. a ação rescisória de sentença violadora de direito processual em tese) ou uma questão sobre o direito de ação (p. ex. a ação declaratória da prescrição)”.

Esta simples lembrança apenas reflete que o mérito da causa, como objeto do processo, nem sempre estará ligado a questões de direito material. Certo é que, na maioria das vezes, isto ocorrerá. Em muitos casos, como se vê no exemplo da ação rescisória, o mérito da causa se dá sobre uma pretensão puramente processual.

Maior relevância desta pequena distinção se perceberá na análise do mérito recursal (*infra*), uma vez que o pedido do recurso, na maioria das vezes aborda aspectos de direito material e de direito processual; sendo insuficiente a definição do mérito apenas com ligação ao direito material deduzido em juízo.

3.1. Análise Direta do Mérito Recursal:

Para a análise dos aspectos distintivos entre o mérito causal e o recursal, partiremos da definição construída do primeiro e explicitaremos os pontos divergentes entre os institutos.

Vale lembrar que definimos o *meritum causae* como a situação jurídica construída em torno do pedido: o próprio pedido; a situação fática que o sustenta (causa de pedir remota) e as partes (sofrerão as conseqüências do pedido).

Em sede recursal, utilizaremos a mesma lógica. Esta situação jurídica que construímos como mérito causal, atravessou um devido processo legal, culminando em um provimento jurisdicional (tomemos esta como a situação básica para estudo).

Ao ser colocada a lide (extraprocessual) no arcabouço normativo das diversas situações jurídicas procedimentais, alguns elementos houveram de ser adicionados. A situação anterior (lide) que continha apenas as partes; no interior do processo passou a se configurar com partes, juiz, serventuários e órgão do Ministério Público. A pretensão extraprocessual passa a ser meramente causa de pedir dentro do processo, surgindo nova pretensão em juízo (pedido).

Além disso, surgem duas análises importantes: a dos pressupostos processuais e a do direito de ação (*vide supra*).

Todos estes elementos que foram adicionados à situação extraprocessual, que permitem a utilização (admissibilidade e desenvolvimento – existência) do processo,

⁴⁰ *Ob.cit.* pag. 103.

não poderiam fazer parte do pedido inicial pela simples questão de, na propositura do pedido mediato, não estarem explícitas as “novas” características da demanda (o momento da exposição do pedido inicial é o momento da propositura da ação, impossível, pois, cogitar-se de aspectos procedimentais, uma vez que este é o início do procedimento).

Desta forma, o inconformismo da (s) parte (s) recorrente (s) pode se dirigir tanto ao mérito causal (já delimitado desde o pedido inicial), quanto aos demais elementos “procedimentais” que foram acoplados para permitir a existência do processo.

Assim, seguindo o mesmo raciocínio utilizado para a definição do mérito causal, o mérito recursal terá por base o pedido recursal, que delimitará o *meritum causae*, os pressupostos de admissibilidade e desenvolvimento processuais e as condições do direito de ação (*vide supra* – análise própria do autor).

No mesmo sentido, mas com brilhantismo único, define o mérito recursal o Professor Rosemiro Pereira Leal:

“Juízos de Admissibilidade e de mérito.

Ex vi do art. 520 do CPC, a formulação do RO atém-se aos mesmos ditames estabelecidos para o recurso de apelação, havendo de ser interposto **por petição** que conterà os requisitos indicados no art. 514, com plena devolutividade ao Tribunal *ad quem* da matéria impugnada (de processo, de ação e de mérito [causal]). Por isso, recomenda-se nele argüir todas as questões suscitadas no processo (arts. 515 e 516 do CPC), segundo a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, principalmente quando o *decisum* não compreenda todo o conteúdo da matéria *sub iudice* ou apresente vícios de juízo de apreciação *in procedendo* ou *in iudicando*”⁴¹. grifo nosso.

Nelson Nery Júnior, ao traçar a diferenciação entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito dos recursos, não se ocupa muito em definir o mérito diretamente. Prefere a abordagem negativa (ou residual) do mérito, estipulando claramente o que seria o juízo de admissibilidade, sendo o restante o mérito recursal. Podemos citar:

“Chamamos o exame destes requisitos de juízo de admissibilidade. O exame do recurso pelo seu fundamento, isto é, saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, denomina-se juízo de mérito”⁴².

Já determinamos, então, o conceito direto de mérito recursal. Falta, entretanto, perquirir se alguns dos requisitos do recurso fazem parte deste mérito ou não.

⁴¹ *Ob.cit.* pag. 158.

⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. pag. 219. Obs: a maioria dos autores não se preocupa em definir o mérito dos recursos, apenas apresentando seus pressupostos de admissibilidade, tendo o mérito em análise residual (ex. Humberto Theodoro Júnior, *ob.cit.*; SILVA, Antônio Carlos Costa e. Dos recursos em primeiro grau de jurisdição. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980; FAGUNDES, Miguel Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Rio de Janeiro : Forense, 1946; PARIZATTO, João Roberto. Recursos no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997).

3.2. Os Requisitos Recursais:

Conforme os ensinamentos do Professor Rosemiro Pereira Leal, os requisitos (ou pressupostos) de admissibilidade dos recursos se dividem em intrínsecos e extrínsecos. Os extrínsecos são os de tempestividade, regularidade formal e preparo. Os intrínsecos seriam os de cabimento, legitimação, interesse e de inexistência de fatos jurídicos obstativos do recurso.

Tentaremos, de uma forma extremamente sucinta, defini-los.

O **cabimento** do recurso consiste na ocorrência da previsão específica de determinada forma recursal em lei processual como forma de demonstrar inconformismo em relação a decisão judicial e, ainda, que o recurso seja adequado àquela espécie. Assim, como afirma Nelson Nery Júnior, “a *recorribilidade* [previsão legal – irrecorribilidade dos despachos e de determinadas decisões] de um lado e a *adequação*, de outro, compõem o requisito do *cabimento* para a admissibilidade do recurso”⁴³.

A **legitimidade**, por sua vez, diz respeito à pertinência subjetiva do recurso (quem pode recorrer).

O **interesse**, como ocorre com a legitimidade, tem estrita correlação com a “condição da ação” do interesse processual para que a ação seja julgada pelo mérito. Configura, assim, a necessidade e a utilidade de se obter a reforma da decisão. Podemos citar a definição:

“Deve o recorrente ter a necessidade de interpor o recurso, como único meio para obter, naquele processo, o que pretende contra a decisão impugnada. Se ele puder obter a vantagem sem a interposição do recurso, não estará presente o requisito do interesse recursal. (...)”

Quanto à utilidade, a ela estão ligados os conceitos mais ou menos sinônimos de sucumbência, gravame, prejuízo, entre outros. (...)

Há sucumbência quando o conteúdo da parte dispositiva da decisão judicial diverge do que foi requerido pela parte no processo (*sucumbência formal*) ou quando, independentemente das pretensões deduzidas pelas partes no processo, a decisão judicial colocar a parte ou o terceiro em situação jurídica pior daquela que tinha antes do processo, isto é, quando a decisão produzir efeitos desfavoráveis à parte ou ao terceiro (*sucumbência material*), ou, ainda, quando a parte não obteve no processo tudo aquilo que poderia dele ter obtido”⁴⁴.

⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. pag. 241.

⁴⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *ob.cit.* pag. 261-262.

A **tempestividade**, requisito (ou pressuposto) extrínseco, indica que o recurso deve ser interposto dentro de prazo fixado na lei. Não o sendo, ocorrerá a preclusão temporal do poder de recorrer e se operará a coisa julgada.

Ainda nos requisitos extrínsecos, a **regularidade formal** dos recursos será definida. Trata-se da imposição legal de que o recorrente observe a forma segundo a qual o recurso deve revestir-se. Os diversos tipos de recurso exigem requisitos formais específicos. O que há de constante entre os recursos, segundo Nelson Nery Júnior, é a exigência de motivação do recurso (razões do inconformismo).

O pagamento prévio, feito pelo recorrente, das custas relativas ao processamento do recurso consiste no **preparo**.

O último requisito dos recursos consiste na **inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer** (ou inexistência de fatos jurídicos obstativos do recurso – segundo denominação do Professor Rosemiro Pereira Leal). Embora o Prof. Rosemiro indique este requisito como intrínseco, Nelson Nery Júnior o coloca entre os extrínsecos. A diferença, no escopo do presente trabalho, é irrelevante, uma vez que temos a proposta de, simplesmente, contrastar nossa definição direta de mérito recursal⁴⁵ com as definições dos pressupostos recursais para saber se, *a priori*, algum requisito dos recursos seria melhor alocado dentro do mérito recursal (como fizemos com as “condições da ação”). Sobre a classificação do pressuposto citamos:

“A ocorrência de algum dos fatos que ensejam a extinção ou impedem o poder de recorrer faz com que o recurso eventualmente interposto não seja conhecido, proferindo-se, portanto, juízo de admissibilidade negativo. Estes fatores nada têm a ver com a decisão que se pretende impugnar em si mesma considerada, razão pela qual colocamos a inexistência deles como requisito extrínseco de admissibilidade dos recursos. Assim procedemos porque, ao classificarmos os pressupostos recursais, adotando o critério sugerido por Barbosa Moreira, levamos em consideração a decisão recorrida para determinar os pressupostos intrínsecos, e os demais fatores, alheios à decisão, para estabelecer os pressupostos extrínsecos”⁴⁶.

Caracterizando, assim, este último pressuposto, temos que “os *atos extintivos* do poder de recorrer são a *renúncia* ao recurso e a *quiescência* à decisão; os *impeditivos* do mesmo poder são a *desistência* do recurso ou da ação, o *reconhecimento jurídico do pedido*, a *renúncia ao direito sobre que se funda a ação*”⁴⁷.

A renúncia se dá em relação a recurso não interposto (renúncia ao direito de recorrer). A desistência se dá em relação ao recurso já interposto.

Nos casos de quiescência à decisão, aplica-se o art. 503 e seu parágrafo único do CPC determinando que “a parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer”; “Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva

⁴⁵ Simplificadamente: mérito recursal seria a situação jurídica construída em torno do pedido recursal mas nos limites do *meritum causae*, das matérias de ação e de processo.

⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *ob.cit.* pag. 328-329.

⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *ob.cit.* pag. 262.

alguma, se um ato incompatível com a vontade de recorrer”. Opera-se, *in casu*, a *preclusão lógica*.

Nos casos de renúncia ao direito sobre que se funda a ação (direito material) e de reconhecimento jurídico do pedido, não poderá a mesma parte opor recurso em razão, também, da *preclusão lógica*.

Após esta breve explicitação dos requisitos recursais, com fulcro na observação do Professor Rosemiro Pereira Leal⁴⁸, somos levados a crer que alguns destes requisitos recursais fazem parte do julgamento do mérito do recurso.

Sendo o mérito recursal delimitado pelo pedido recursal (manifestação de inconformismo – Princípio Dispositivo delimitando a abrangência do efeito devolutivo), da mesma forma que havíamos entendido na análise do *meritum causae*, acreditamos que este pedido emitirá reflexos delimitadores em sua causa de pedir e nos sujeitos (ou seja, em toda situação jurídica decisional a que se visa impugnar). Tudo que se enquadrar nesta situação jurídica, fará parte do mérito recursal.

Assim, como procedemos com a *legitimatio ad causam* e com o interesse processual, entendemos fazer parte do mérito do recurso a legitimidade e o interesse recursais. Obviamente, seriam preliminares de mérito que são verificadas antes da abordagem do inconformismo em si, mas são elementos integrantes do mérito.

Ao decidir que falta ao recorrente a legitimidade recursal, o órgão competente jurisdicional estará afirmando que não há a correspondência entre o prejuízo manifestado na decisão (causa de pedir do recurso) e o inconformado. Vê-se que tal análise recai sobre a situação que delimitamos como o mérito do recurso.

Quando tratamos do interesse recursal, o mesmo raciocínio se aplica. Não haverá a correspondência entre o prejuízo apontado (causa de pedir) e o pedido (recursal), sendo decisão de mérito recursal.

Quanto ao cabimento do recurso, não podemos fazer a simples analogia às condições da ação (como operamos com a legitimidade e o interesse). Dissemos anteriormente que o cabimento do recurso se referia à recorribilidade e adequação do recurso.

⁴⁸ O Professor observa que:

“A expressão juízo de admissibilidade, adotada pela lei processual civil e pelos Regimentos Internos dos Tribunais, é das mais nebulosas e ambíguas ao regular e permitir a análise dos requisitos legais de viabilidade e julgamento dos recursos, porque não estabelece, com a necessária exatidão, os limites jurídicos das matérias de competência do juízo recebedor do recurso e do juízo de conhecimento e julgador do recurso, tornando possível, em ambos os juízos, a prospecção dos requisitos intrínsecos (cabimento, legitimação, interesse, inexistência de fatos jurídicos obstativos do recurso) e dos requisitos extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo), instalando-se competências recíprocas e absolutas, com prejuízo de pleno esgotamento das instâncias recursais, em seus níveis hierárquicos de julgamento privativo, vedando o controle da jurisdicionalidade, em sua inteireza, pelo PROCESSO CONSTITUCIONAL. (...)”

Portanto, há de se confinar o juízo *a quo* ao exame de admissibilidade pela restrita indagação dos **requisitos extrínsecos** atinentes ao exercício do direito de recorrer e **não** pela afirmação ou negação da existência do direito de requerer ou do direito postulado no recurso que é **matéria** de competência do juízo *ad quem*”. *ob.cit.* pag. 159-160.

A recorribilidade corresponde exatamente à possibilidade jurídica do pedido. Em coerência ao desenvolvimento *supra*, entendemos ser a recorribilidade um requisito do recurso que se encontra fora da análise de seu mérito. Como existem pretensões abstratas a que o legislador não conferiu nenhuma tutela a nível de perseguição processual (ex. dívida de jogo), existem decisões que, embora possam causar prejuízo, não admitem recurso (ex. art. 519, parágrafo único do CPC – Decisão que releva a pena de deserção é irrecorrível).

O julgamento de falta de recorribilidade de um caso concreto não ataca o pedido recursal em si, tão somente sua falta de previsão na norma abstrata (ou como prefere colocar a jurisprudência, sua vedação legal de tutela jurisdicional recursal). Assim, entendemos não ser preliminar de mérito a recorribilidade, por se encontrar fora da situação que definimos anteriormente.

A adequação, segundo componente do requisito cabimento, entendemos não fazer parte do mérito recursal, já que se trata da correlação entre o prejuízo supostamente ocorrido e a forma utilizada para a manifestação do inconformismo. Neste sentido se, mesmo após a tentativa mal sucedida de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, o julgador decide pela falta de adequação do recurso, cremos estar o mesmo julgando a ausência do requisito formal do mesmo.

Os fatos jurídicos extintivos ou impeditivos do poder de recorrer, a seu turno, consistem, basicamente, na preclusão lógica do possibilidade de recorrer, da desistência de recurso já aviado ou na renúncia do direito de aviá-lo (que geraria, também, a preclusão lógica do direito de recorrer).

A preclusão lógica indica, basicamente, que o autor se conformou com o prejuízo trazido pela decisão a ser impugnada (*vide* art. 503 e parágrafo único do CPC – transcritos *supra*). Neste caso, não se pode falar que não houve o prejuízo da decisão contrária. Houve o prejuízo, mas por ausência de resistência a esta decisão (como se dá, analogamente quando há submissão em relação a uma pretensão de uma lide extraprocessual – faltará necessidade de utilização do processo, faltando interesse processual – *vide* citação de Pontes de Miranda acima).

Logo, entendemos que os fatos extintivos ou impeditivos do poder de recorrer fazem parte do interesse recursal, sendo, desta forma, preliminares de mérito do recurso.

Com relação aos requisitos extrínsecos do recurso, preferimos denominá-los como requisitos formais. Neste sentido, já classificamos o requisito do cabimento como um dos requisitos formais. Também consideramos pertinente a classificação da tempestividade, regularidade formal *stricto sensu* e preparo entre os pressupostos recursais formais (*lato sensu*).

Haveria, desta maneira, os pressupostos recursais materiais (relativos às preliminares de mérito do recurso) e os formais (relativos à adequação formal do recurso; exterior ao mérito recursal). Entre os primeiros estariam, apenas, segundo nossa classificação, a legitimidade recursal e o interesse (incluído na noção de interesse a de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer).

Reafirmando os ensinamento do Prof. Rosemiro Pereira Leal (*vide* nota), salientamos que, apenas os requisitos formais poderiam ser observados pelo juízo de

admissibilidade na instância inferior. Os requisitos materiais do recurso são de competência funcional privativa do órgão jurisdicional *ad quem*, por se tratar de exame inicial do mérito do recurso.

3.3 O Pedido no Recurso, Princípio Dispositivo, Efeito Devolutivo e Efeito Translativo:

Notamos que, como na definição do mérito causal (em que criamos uma situação jurídica delimitada pelo pedido mediato), no mérito recursal, criamos uma situação jurídica também delimitada pelo pedido; mas, agora, recursal. Importante, assim, a análise do pedido recursal.

No estudo dos recursos, percebemos que o efeito comum de todos é o devolutivo. Apesar da doutrina reconhecer uma diferença entre os recursos com efeito devolutivo e com efeito não devolutivo⁴⁹, esta distinção não nos interessa.

A partir do brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, verificamos que, na análise recursal, o princípio dispositivo (da voluntariedade da impugnação) limita a amplitude da análise do órgão recursal. Simplesmente estamos repetindo a lição do mérito recursal já exposta, apenas, agora, a associamos ao princípio dispositivo e devolutivo.

Entretanto, haveria apenas a limitação da vontade no pedido recursal?

Conforme Ada Pellegrini Grinover *et alii*, a devolução da matéria a ser apreciada pelo órgão recursal deve ser analisada em sua extensão e profundidade. Assim, cabe a explanação:

“Quanto à extensão, o conhecimento do Tribunal é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente. Se o recurso for total, todas as questões serão objeto de reexame. Mas se for parcial, o julgamento no grau superior só terá por objeto a matéria atacada pelo recorrente.

Além disso, se houver matéria que o Tribunal possa conhecer de ofício (como a atinente às nulidades absolutas, à inexistência jurídica de atos processuais, às condições da ação, etc.), o Tribunal também a julgará, ainda que não invocada pelo recorrente.

Recorde-se, porém, a esse propósito a Súmula n.160 do STF, segundo a qual, no processo penal, não poderá ser reconhecida, contra o réu, nulidade não arguida no recurso de acusação.

Mas, dentro desses limites, a profundidade do conhecimento do Tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo que

⁴⁹ O recurso com efeito devolutivo seria analisado (no mérito) pelo órgão julgador *ad quem*, e o recurso com efeito não devolutivo pelo próprio órgão *a quo* (ex. agravo retido – efeito não devolutivo imediato e devolutivo mediato). Para o escopo deste trabalho, consideramos o efeito devolutivo apenas como o efeito do recurso que permite a reanálise de alguma matéria.

for relevante para a nova decisão. Por isso é que o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (relativo à extensão do conhecimento) completa-se pelo acréscimo *vel appellari debet* (relativo à profundidade)”⁵⁰.

Esta discussão é admitida pela doutrina sob a denominação de Efeito Translativo dos recursos. Este seria, em termos simplistas, sem a pretensão de se constituir em definição científica, o efeito devolutivo por determinação legal (e não vinculado à vontade, ou seja, ao princípio dispositivo).

Nestes casos, surge a questão: o efeito translativo estaria ampliando os limites do mérito recursal?

Vejamus um exemplo esclarecedor: o art. 515 do CPC determina que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Isto simplesmente reforça o que dissemos sobre a limitação do efeito devolutivo pelo princípio dispositivo.

Já no art. 515, §§ e art. 516, notamos que o legislador permite ao tribunal a apreciação de questões não decididas pelo juízo *a quo*; independentemente de estarem dentro, explicitamente, da situação jurídica delimitada pelo pedido recursal. Suponhamos que um juiz não examinou o mérito da causa, reconhecendo a prescrição. Havendo pedido recursal de se afastá-la no juízo *ad quem*, poderia o tribunal, ao reconhecer a procedência do recurso, examinar o “resto do mérito”⁵¹?

Sobre o assunto dispõe Ada Pellegrini Grinover:

“As opiniões dos processualistas civis dividem-se. Para alguns, se o juiz não examinou o mérito da causa, reconhecendo a prescrição, afastada esta, o tribunal deve baixar os autos para que o mérito seja julgado em primeiro grau. Para outros, constituindo a prescrição preliminar de mérito e julgamento de mérito a sua decisão (...) e tendo o juiz de primeiro grau já apreciado pelo menos uma questão de mérito, exauriu sua função jurisdicional, não sendo vedada ao tribunal a apreciação de novas questões de mérito e, conseqüentemente, do mérito propriamente dito. Tal julgamento nada mais representaria do que a aplicação do princípio da profundidade do conhecimento do tribunal [para nós, efeito translativo], dentro da matéria impugnada (o mérito da causa).

A segunda posição foi reforçada pelo CPC de 1973 (...)”⁵².

Assim, cremos poder, agora, tentar uma solução à questão de se o Efeito Translativo deve ser encarado como uma ampliação da definição de mérito recursal proposta. Melhor dizendo, anteriormente propusemos que o mérito recursal seria a situação jurídica construída em torno do pedido recursal; mas nos limites do *meritum causae*, das matérias de ação e de processo. Após o estudo do efeito translativo dos

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos; Recursos em Espécie; Ações de Impugnação. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. pag 52.

⁵¹ A denominação “resto do mérito” é utilizada por José Carlos Barbosa Moreira.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos; Recursos em Espécie; Ações de Impugnação. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. pag 53-54.

recursos, notamos que existem certas matérias que, independentemente de se encontrarem explicitamente no pedido recursal, podem ser reavaliadas pelos tribunais. Estaria nossa definição anterior incompleta?

Uma vez que nos encontramos em um Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático, como nos ensina a Teoria de vanguarda), haverá sempre a submissão da vontade privada (princípio dispositivo) ao bem público (ou questões de ordem pública). Não entendemos, entretanto, que isto constitua falha nas definições, tanto do mérito causal, como do mérito recursal. A subjugação da vontade particular à lei é questão inerente ao nosso direito.

Assim, as definições de mérito causal e recursal permanecem inalteradas, com a ressalva (óbvia) de que pode a lei (e só a lei) estender a situação jurídica (*a priori*) delimitada pelo pedido.

4. Conclusão:

Apenas a título de melhor elucidação enunciaremos as principais conclusões do presente artigo:

- 1) O *meritum causae* pode ser definido de forma residual. Adotando-se a teoria do direito subjetivo público autônomo e abstrato, uma vez identificadas as condições da ação e os pressupostos processuais, todos os elementos restantes farão parte do mérito.
- 2) Na definição direta do mérito, partimos da configuração da situação jurídica da lide (extraprocessual) sendo trazida para dentro do processo. Assim, a lide endoprocessual seria o mesmo que a causa de pedir remota. Também o elemento subjetivo da situação jurídica primitiva deve ser ampliado, com a participação do Juiz, Ministério Público ou auxiliares. Salientamos que consideramos alguns elementos tradicionais da causa (pedido imediato e causa de pedir próxima) como meros adendos (*vide* corpo do trabalho).

Uma nova pretensão, ao ser iniciado o processo, também é incluída, sendo o pedido mediato. Este pedido irradiará seus efeitos na causa de pedir remota e nos elementos subjetivos da causa, definindo o mérito.

- 3) Numa crítica um tanto quanto ousada, definimos as condições da ação tradicionais da legitimidade *ad causam* e do interesse processual como integrantes do mérito. A possibilidade jurídica do pedido, entretanto, consiste, para nós, em verdadeira condição do direito de ação.
- 4) Outra crítica estabelecida foi a referente à definição tradicional da doutrina do mérito causal, correlacionando-o ao direito material. Existem casos (ex. ação rescisória) que o mérito pode se constituir em direito processual.

- 5) Procuramos estabelecer a mesma linha de raciocínio em relação ao mérito recursal. Desta forma, acrescentamos à definição do mérito causal, os elementos referentes à ação e ao processo.
- 6) Salientamos que, da mesma forma que procedemos em relação às condições da ação, os requisitos recursais da legitimidade recursal e do interesse (incluindo na noção de interesse o fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer) farão parte do mérito recursal.
- 7) Por último, deve-se salientar que, como vivemos em um Estado Democrático de Direito (na excelência do princípio da legalidade), tanto o mérito causal, quanto o recursal, pode ser estendido além do pedido (que é o elemento que delimita a situação jurídica que constitui o mérito). Esta extensão só se dará em virtude de lei (*vide* item 3.3).

BIBLIOGRAFIA:

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Introdução à Teoria Geral da Relação Jurídica. *in: Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. Colaboradores: Adahyl Lourenço Dias *et alii*. São Paulo : Saraiva, 1982.
- BOSHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro : AIDE Editora, 1997. pag. 63 e ss. As Condições da Ação.
- BUZAID, Alfredo. Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CASTRO, Torquato. Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito. São Paulo : Saraiva, 1985.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alii*. Teoria Geral do Processo. 13ª ed., São Paulo : Malheiros, 1997.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Ação Penal Condenatória. São Paulo : Saraiva, 1995. pags. 88 e ss. Condições da Ação Penal Condenatória.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Rio de Janeiro : Forense, 1946.
- GIUMARÃES, Luiz Machado. Carência de Ação, *in: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Ed. Borsoi, vol. VII, s. d., mas 1953.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos; Recursos em Espécie; Ações de Impugnação. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal; estudos e pareceres. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella Teoria del Processo Civile, *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1950. pág. 47/71. Tradução: Elaine Noronha Nassif e Giovannina Serafini.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 7ª ed. São Paulo : Atlas. pag 105 e ss.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo I: arts. 1º a 45.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- PARIZATTO, João Roberto. Recursos no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 19ª ed. São Paulo : Saraiva, 1991. Pags. 247 e ss. Situações Subjetivas e Direito Subjetivo.
- SILVA, Antônio Carlos Costa e. Dos recursos em primeiro grau de jurisdição. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- SILVA, Eduardo Araújo da. Ação Penal Pública: Princípio da Oportunidade Regrada. São Paulo : Atlas, 1999. pag. 53 e ss.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da *et GOMES, Fábio Luiz*. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v1
- TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1987. Originalmente apresentada como tese do autor (cátedra – Faculdade Nacional de direito do Rio de Janeiro, 1945).
- VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Existe o Direito de Ação? *in*: Revista de Direito Processual. São Paulo : Saraiva, 1962. Vol. 5.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. Revista da PUC-MG. Jan. 2000.
- VIEIRA, Martha Lourenço. Esquema de Orientação para a Construção do Projeto de Pesquisa. Belo Horizonte : Curso de Letras da PUC/Minas. 4 pag. (Mimeogr.)