

tais processos, mais tem caído a natalidade (Estados Unidos, Inglaterra e França), que maior aplicação têm tido também as técnicas modernas que visam o efeito contrário, isto é, o da geração de novos seres, passando por sobre óbices até pouco julgados insuperáveis. Mais uma vez temos o ensêjo de sentir a verdade do provérbio que nos adverte que os extremos se encontram.

Sem perder de vista a realidade e os progressos da ciência, mas orientados pela moral, respeitosos do direito natural, atentos ao interesse da família, sem olvidar os dados da psicologia, providentes às repercussões sociais e políticas, cônscios da eminente dignidade da pessoa humana, procedam ao estudo do problema da inseminação artificial os juristas, quaisquer que sejam os setores em que atuem, como magistrados, como mestres do direito, como advogados, como escritores, como legisladores, a fim de que, quando couber a êstes últimos concretizar as reformas convenientes, sejam as mesmas aptas para o serviço do bem comum, alvo colimado por toda a autoridade social.

ENSAIO DE UMA TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO*

GALENO LACERDA

Catedrático de Direito Judiciário Civil

1. — Ao trazermos novamente a discussão o angustioso tema da ação processual, supomos definitivamente superadas as posições da teoria civilista e da chamada teoria do direito concreto de agir.

A primeira, reduzindo a ação ao direito subjetivo material, e a segunda considerando-a, apenas, como direito à sentença favorável, não só não explicam o fenômeno da ação infundada, senão que olvidam a função pública da jurisdição e o papel desempenhado pelo Estado na relação jurídica processual.

Sem dúvida, mais próxima da verdade se situa a teoria do direito abstrato de agir, quando conceitua a ação, simplesmente, como direito à jurisdição, e evidencia a independência entre relação jurídica processual e relação jurídica material. Esta tem sido, indiscutivelmente, a solução aceita pela grande maioria dos processualistas contemporâneos.

Creemos, porém, que êsse brado de autonomia dos processualistas os tenha conduzido ao excesso da construção teórica de um direito de ação indeterminado e incondicionado.

Com efeito, se a ação é simplesmente o direito à jurisdição, somos forçados a reconhecer que todo e qualquer pedido formulado à autoridade judiciária constitui exercício do direito de agir.

E, desta forma, identificaremos ação com direito cívico de petição.

2. — E' indiscutível que a ação é uma espécie do direito de petição. A posição doutrinária de COUTURE, neste ponto, é indesmanchável. Teve êle o extraordinário mérito de inserir definitivamente o processo no direito constitucional, dando-lhe uma visão e uma dignidade cívico-política até então não pressentidas.

(*) — Trabalho apresentado às 1as. Jornadas latino-americanas de Direito Processual, realizadas em Montevideu, nos dias 13 a 15 de maio de 1957, em homenagem à memória de EDUARDO COUTURE.

Mas, exatamente porque a ação é espécie de um gênero, deverá ela, por força, possuir notas específicas e diferenciais, que a individualizem. Sendo um conceito necessariamente *menos extenso* que o de direito de petição, há de possuir, portanto, compreensão maior e condicionamento distinto.

O erro da teoria de direito abstrato consiste em confundir ambos os conceitos. A indeterminação total em que se situa é própria, exclusivamente, do direito genérico de petição. Este, sim, por ser um direito cívico fundamental, é, de si, incondicionado. Para o seu exercício, no plano do direito judiciário, requer-se apenas a existência de uma parte que peça *algo* a um juiz. No tocante a esse *algo*, não se impõe nenhum condicionamento. Todo e qualquer pedido, por mais absurdo que seja, deverá merecer despacho do juiz. Donde concluir-se que o titular do direito cívico de petição terá sempre, em qualquer hipótese, direito à jurisdição, desde que o pedido se dirija à autoridade judiciária.

Logo, definir a ação, como o faz a teoria do direito abstrato, simplesmente, como direito à jurisdição, sem quaisquer condições específicas, equivale a identificá-la com o direito cívico genérico e indeterminado, de tal sorte que qualquer pedido seria ação.

3. — Ora, há pretensões que, pela injuridicidade manifesta, repelem qualquer identidade com a ação. Assim, por exemplo, no Brasil, um pedido de divórcio a vínculo ou de pagamento de dívida de jôgo; a pretensão de um avô, impugnando a legitimidade de um neto, ou a solicitação de mero parecer dirigido à autoridade judiciária.

Ninguém dirá, em sã consciência, que o autor de quaisquer dessas petições esteja exercendo um direito de ação. Entretanto, é inegável que o interesse público na preservação das garantias constitucionais obriga o juiz a prestar jurisdição a pedidos de tal ordem, embora para indeferí-los liminarmente. Isto significa que é irrecusável reconhecer-se, no caso, titularidade ao autor no que concerne ao direito cívico de petição, embora se lhe negue o direito de ação.

4. — A análise feita demonstra, portanto, que o direito de ação possui condições específicas de exercício, sem as quais ele não pode existir, e que essas condições não se confundem com aquelas genéricas e indeterminadas pertinentes ao direito de petição.

Vejamos, pois, quais são as condições, ou os fatos, que dão existência, que constituem a *causa* do direito de ação.

5. — A doutrina processual moderna excedeu-se na preocupação de firmar a autonomia do direito judiciário, e olvidou-se do cuidado crítico de inserir suas conclusões nos quadros comuns da teoria geral do direito.

Contentou-se, na luta dialética pela autonomia, com mostrar a diversidade existente entre os sujeitos e o objeto das relações jurídicas processual e material. Enquanto, no processo, a relação principal se estabelece entre as partes, como sujeitos ativos, e o Estado, representado pela pessoa do juiz, como sujeito passivo — a relação material, quando presente no processo, vincula apenas as partes. Enquanto o objeto da relação material é sempre um bem, objeto imediato do processo são os pedidos das partes.

Esta distinção é, com efeito, irrefutável, e nela se louvaram os processualistas para proclamar a definitiva independência de sua ciência.

6. — Faltou-lhes, porém, completar a análise dos elementos fundamentais da nova descoberta, da autônoma e independente relação jurídica processual.

Como toda e qualquer relação jurídica, deveria ela possuir, também, três elementos fundamentais: sujeitos, objeto e *título* ou *causa*.

Entretanto, analisaram-se e isolaram-se apenas os dois primeiros elementos, e não houve maior preocupação pela definição do terceiro, exatamente, o principal, aquêle que dá nascimento ao direito subjetivo processual de ação: o título ou a causa que legitima o autor a agir em juízo.

7. — Qual essa causa?

Se a relação jurídica processual se distingue, como, de fato, assim acontece, da relação material, sua causa deverá ser necessariamente diversa.

No direito material, o título donde brota o direito subjetivo e, portanto, a relação jurídica, é o fato ou o ato jurídico material: o contrato, o ato ilícito, o nascimento, a morte, o testamento, etc.

Como não se pode confundir a titularidade do direito processual de ação com a titularidade do direito subjetivo material, pois que a isto, além de outros argumentos, se opõe o fenômeno da ação infundada, na qual se verifica que o autor, legitimamente em juízo, não possui, contudo, a seu favor, contra o réu, nenhum fato gerador válido de direito subjetivo material, impõe-se reconhecer que a *causa* do direito de ação não se confunde com o fato jurídico material.

Entendemos que essa causa ou título, que habilita o autor, válidamente, a postular em juízo, que dá origem a seu direito processual de ação, consiste na coexistência, a seu favor, das chamadas “condições da ação”: possibilidade jurídica do pedido, legitimação para a causa e interesse.

Tôda pretensão juridicamente possível, manifestada com interesse real, entre partes legítimas para a causa, confere ao autor

titularidade para a ação processual. Isto significa que estas condições, ou fatos jurídicos processuais, constituem a verdadeira *causa* do direito subjetivo de ação.

8. — Se nenhuma novidade existe em falar-se em condições da ação, cumpre, porém, acentuar que a doutrina não só não as tem considerado sob esse importantíssimo ângulo causal, senão que tem trabalhado o conceito com manifesto equívoco. Referimo-nos, neste passo, à concepção de CHIOVENDA e de seus seguidores, especialmente CALAMANDREI, que consideram as condições da ação como os requisitos necessários a uma *sentença favorável*.

O erro é evidente. Condição para sentença favorável é que o *fato jurídico material* favoreça o autor, que o contrato, o ato ilícito, o testamento, o fato jurídico, em suma, lhe amparem a pretensão.

Quando, porém, se reclama do autor, para que válidamente possa agir em juízo, que o pedido seja, *em tese*, possível; que ele, *em tese*, seja a pessoa a quem a lei concederia o direito, e o réu aquêle contra o qual ela reconheceria a obrigação; que, enfim, no pedido se manifeste um interesse relevante — não se postulam, absolutamente, condições para sentença favorável, mas para qualquer sentença. Não existe aí, ainda, nenhuma afirmação de que os *fatos jurídicos materiais* socorrem o autor, única hipótese em que lhe assiste direito à sentença favorável.

Este justo e adequado tratamento das condições da ação, libertando-as da errônea construção doutrinária que lhes haviam imposto os partidários da teoria do direito concreto de agir, é obra de grande mérito, devida, em particular, a LIEBMAN.

O mestre italiano, entretanto, não chegou a dar a essas condições a importância devida e o sentido que elas realmente possuem, de *causa* ou *título* do direito de ação.

9. — Se analisarmos de perto tais condições, veremos, agora, como improcede a teoria do direito abstrato de agir, levada ao extremo de postular uma total independência entre os direitos processual e material.

Dissemos que o direito subjetivo *processual* de ação nasce de três fatos ou condições: possibilidade jurídica do pedido, legitimação para a causa e interesse. Confluindo estas três circunstâncias numa só pretensão, é legítima a posição do autor em juízo, e não mais poderá ser ele julgado *carecedor da ação*. Quando muito, na pior das hipóteses, esta será julgada, a final, *improcedente* ou *infundada*.

Vejamos, porém, onde se assentam as condições relacionadas com a *possibilidade jurídica* e a *legitimação para a causa*. Qual a lei que nos dirá que o pedido é possível e que as partes têm qua-

lidade? A resposta é uma só e indiscutível: a *lei material*. Confrontando a pretensão do autor com os dispositivos do direito *objetivo material*, é que poderemos verificar se preenche ele dois dos requisitos indispensáveis à configuração de seu direito *subjetivo processual de ação* — a possibilidade jurídica e a legitimação para a causa.

Isto prova a inexistência de separação absoluta entre o direito processual e o direito material. As condições da ação, relativas à possibilidade jurídica do pedido e à legitimação para a causa, situadas no *direito objetivo material*, pois que por ele definidas, integram o título ou a causa do direito subjetivo *processual* de ação. Assim, quem, no Brasil, pede divórcio a vínculo ou pagamento de dívida de jôgo, não tem direito *processual* de ação, porque a *lei material* nega possibilidade jurídica ao pedido. O avô não tem direito *processual* de ação para contestar a legitimidade do neto, porque a *lei material* lhe recusa qualidade.

As condições da ação, concernentes à possibilidade jurídica do pedido e à legitimação para causa, constituem, portanto, o laço de união entre o direito processual e o direito material, e dão àquêle um conteúdo e um verdadeiro sentido instrumental, desprezados pela teoria do direito abstrato de agir.

Nesta perspectiva, a ação poderia ser definida, pois, como o direito à jurisdição, manifestado com interesse pelo autor, mediante um pedido juridicamente possível, entre partes legitimadas para a causa, segundo a lei material.

10. — Em desabono da tese, não se diga que, com ela, caímos na teoria do direito concreto.

Não. Para esta teoria, há, no fundo, identidade entre direito de ação e direito *subjetivo material*.

Ora, este nasce do fato jurídico material. Para que o autor seja, efetivamente, titular do direito subjetivo material, é indispensável que os *fatos* apurados no decorrer do processo lhe favoreçam a pretensão; que a *premissa menor* do juízo lhe ampare a causa.

Repetimos, porém, que, quando se exige do autor, para efetiva titularidade do direito *processual* de ação, que o direito *objetivo material*, que a lei acolha, em tese, o pedido, ou que conceda qualidade, a ele e ao réu, para a causa — situamo-nos, exclusivamente, na *premissa maior* do juízo, e não estamos, jamais, proclamando ou exigindo que esse autor possua a seu favor os dados da premissa menor, únicos capazes de fazê-lo titular do direito subjetivo material. Assim, para contestar a legitimidade de um filho, o pai, segundo o *direito objetivo material*, é a única pessoa portadora de qualidade para o exercício do *direito subjetivo processual* de ação. Isto não significa que, ao se lhe reclamar essa qualidade,

assente na *lei material*, para o exercício da ação, se reconheça, *ipso facto*, ser êle portador do *direito subjetivo material* à negatória da paternidade. Não; para tanto seria indispensável que os *factos* lhe socorressem a pretensão, sem o que, embora se lhe reconheça direito processual de ação, será esta julgada improcedente, pois que desprovido do direito subjetivo material.

11. — Cremos, desta forma, ter demonstrado que o direito processual não é totalmente independente do direito material. Este integra, através de duas das condições da ação, o título do direito de agir.

Proclamamos e reconhecemos a distinção entre a relação material e a relação processual, e afirmamos que, ao situarmos aquelas condições da ação no direito *objetivo* material, não estamos, com isto, exigindo que o autor seja efetivamente titular do direito *subjetivo* material, nem, sequer, que haja qualquer relação jurídica material entre as partes, pois que esta se define através da análise da premissa menor do juízo; ao passo que as condições da ação consistem, exclusivamente, na verificação de que a lei material acolhe, em tese, o pedido, e admite, não como real, mas simplesmente como possível, a titularidade entre as partes, situando-se, assim, tão só, no âmbito da premissa maior.

Esta vinculação do direito processual à lei material, sem qualquer cogitação de que o autor seja efetivamente titular do direito subjetivo que alega, condiz, a nosso ver, com a verdadeira posição instrumental do processo. Jamais poderemos esquecer que o processo é um meio de realização do direito e da justiça *material*.

Já é tempo de nós, cultores do direito processual, ao invés de proclamarmos uma independência absoluta, que não se concilia com a natureza de nossa ciência, lhe reconhecermos, ao contrário, com humildade, o verdadeiro papel e a legítima função — de meio voltado para o nobre fim de definir o direito material *in concreto*.

Só desta forma dar-lhe-emos a alta dignidade que ela possui no universo das ciências jurídicas.

ORAÇÃO DE PARANINHO *

OSWALDO CAMINHA
Catedrático de Direito Civil

A esta tribuna venho trazido pelo braço de uma mocidade radiosa e prazenteira, para o cumprimento de um dever indeclinável que ela mesmo me impôs, bem que honroso e grato ao coração.

Eu não poderia deixar de atender a um pregão irresistível dos moços que hoje dos bancos acadêmicos se despedem, acreditados solenemente por esta Faculdade para enfrentarem lá fora, nas lidas da vida profissional, as refregas contingentes pela salvaguarda ardorosa do Direito.

Sem contraste com o indizível reconhecimento pela deferência amável do convite, eu não poderia, nem me seria perdoado, acomodar-me a excusas, de certo modo aturdido, embora, pela consciência de minha humildade, entremeio das conjeturas sobre a razão por que teria eu sido indicado para paraninfar êste pugilo garboso e galhardo de jovens no presente ato em que venturosamente recebem o grau de bachareis em ciências jurídicas e sociais.

Só pude dar tento de que aí teria prevalecido a circunstância de, ao lado dos eméritos professores que, com minha modesta ajuda, prepararam os diplomandos de hoje para êste instante supremo de seu curso acadêmico, haver sido eu aquêle a quem, pelo programa da cadeira, tinha de se proporcionar mais dilatado tempo de convívio cultural com êstes.

Os quatro longos anos, com efeito, de continuidade nessa necessária comunhão de inteligência e nobres sentimentos, entre a experiência de minha velhice e a esmerada juventude estudantil que, vis-a-vis desta cátedra, nesse largo estágio, comigo se deffrontou, foram, creio eu, a razão de se me deparar, a mim também, a ventura de lhe grangear a estima, fortalecida, porém, para o meu lado, pela maioridade do tempo na ininterrupta sucessão des-

(*) — Proferida na solenidade de colação de grau dos bacharelados de 1955.