

INTERPRETAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SEGUNDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

INTERPRETATION OF THE LEGITIMATION ACCORDING TO THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

**Juliana Maria Matos Ferreira
Gisele de Campos Versiani**

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade de revisitação de alguns institutos do direito processual. O Código de Processo Civil Brasileiro, datado de 1973, elenca a legitimação para agir como uma das condições da ação. O estudo da legitimação e do direito de ação devem acompanhar a evolução da ciência processual. A partir da obra de Elio Fazzalari, marco para a ciência processual por diferenciar o processo do procedimento, os institutos do processo passam a ser revistos. O processo passa a ser diferenciado do procedimento por ser o primeiro realizado em contraditório, mediante a participação das partes. Fazzalari, ao deslocar o estudo do direito de ação antes relacionado ao pedido e à demanda para o provimento, elabora o estudo da legitimação sob dois prismas, o da situação legitimante e o da situação legitimada sendo a primeira a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente pode cumprir determinado ato; e a segunda como conjunto de poderes, faculdades e deveres cabíveis a um sujeito identificado no iter procedimental. Assim como o estudo da ciência processual não se esgotou em Fazzalari, o estudo da legitimação assim não deve ocorrer. A elevação a nível constitucional dos princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa, assim como o acesso amplo, irrestrito e incondicionado à jurisdição não podem ser mitigados ou suprimidos pós Constituição de 88. Os institutos do processo devem ser estudados segundo o Modelo Constitucional de Processo, pois, o objetivo de se conferir tratamento Constitucional aos citados princípios é exatamente se evitar a flexibilização dos mesmos pela legislação infraconstitucional, em especial pelo Código de Processo Civil, e permitir uma interpretação e aplicação irrestrita dos mesmos visando a implementação e construção do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: LEGITIMAÇÃO; PROCESSO, CONSTITUIÇÃO; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ABSTRACT

The present article intends to demonstrate the revisitação need of some institutes of the procedural right. The Code of Brazilian Civil Process, dated of 1973, elenca the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

legitimation to act as one of the conditions of the action. The study of the legitimation and of the action right they owe the evolution of the procedural science. Starting from Elio Fazzalari's work, mark for the procedural science for differentiating the process of the procedure, the institutes of the process pass to be reviewed. The process raises the differentiated being of the procedure for being the first accomplished in contradictory, by the participation of the parts. Fazzalari, when moving the study of the action right before related to the request and to the demand for the provision, it elaborates the study of the legitimation under two prisms, the one of the situation legitimante and the one of the legitimated situation being the first the situation with base in the which is determined which is the subject that concretely can accomplish certain action; and Monday as group of powers, universities and reasonable duties to an identified subject in the iter procedimental. As well as the study of the procedural science he/she didn't become exhausted in Fazzalari, the study of the legitimation should not happen like this.

The elevation at constitutional level of the beginnings of the isonomia, contradictory and wide defense, as well as the access wide, unrestricted and incondicionado to the jurisdiction cannot be mitigated or suppressed powders Constitution of 88. The institutes of the process should be studied according to the Constitutional Model of Process, because, the objective of checking Constitutional treatment to the mentioned beginnings is exactly if it avoids the flexibilização of the same ones for the legislation infraconstitucional, especially for the Code of Civil Process, and to allow an interpretation and unrestricted application of the same ones seeking the implementation and construction of the Democratic State of Right.

KEYWORDS: KEYWORDS: LEGITIMATION; PROCESS, CONSTITUTION;
DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu um novo modelo, o do Estado Democrático de Direito, proporcionando o redirecionamento dos Estudos de Processo, sob o prisma da nova ótica implantada, deixando de lado conceitos privatísticos e autoritários.

A necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional segundo critérios jurídicos-dialógicos de garantias fundamentais imposteráveis^[1] mostra-se fundamental segundo o paradigma vigente.

O estudo da legitimação, enquanto direito de ação, ao lado da jurisdição e do processo, elementos fundamentais na estrutura científica do Direito Processual Civil deve se pautar em reflexões epistemológicas que têm como paradigma o Estado Democrático de Direito.

O enfoque do presente trabalho será o estudo da legitimação, visando, principalmente, afastar o limitador conceito de “condições da ação”, pois, conforme dispõe Aroldo Plínio Gonçalves[2], as teorias sobre o direito de ação fizeram dela o centro de interesse do direito processual civil.

O direito de ação, tendo em vista a infinidade de teorias formuladas e dos sistemas jurídicos divergentes, na busca de respostas adequadas ao pensamento de cada época, vem sendo conceituado de maneiras distintas, por processualistas como Bulow, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Fazzalari, dentre outros.

O Código de Processo Civil Brasileiro, cujo anteprojeto é de autoria de Alfredo Buzaid, adota a teoria liebmaniana, que categoriza as chamadas “condições da ação” em seu artigo 3º quando trata da ação, referindo-se ao interesse processual e à legitimidade, nos termos do art. 100 do Código Italiano, e no artigo 267, IV ao descrever os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando faz referência a possibilidade jurídica do pedido.

Embora Liebman tenha abandonado o entendimento acerca da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, assim não o fez o Código de Processo Civil Brasileiro.

Procurar-se-á desenvolver no presente trabalho, de maneira breve, as discussões em torno da legitimação sob o prisma do modelo constitucional de processo, sem, contudo, procurar esgotar o tão questionado assunto.

A pretensão principal é demonstrar a incompatibilidade entre o conceito dado às “condições da ação” sob o prisma do modelo constitucional de processo, visando trazer à tona questionamentos em torno da análise das condições da ação e do mérito, que se constitui do direito material articulado em juízo, ou seja, a *res in judicio deducta*.

Caberá ao presente estudo apontar, dentre outros pontos, o equívoco que se comete ao interpretar as normas de acordo com sua origem, ignorando o pensamento que, teorias não se constroem no vazio, buscam sempre respostas pertinentes aos questionamentos de cada época. A conceituação e a interpretação dos institutos jurídicos não devem se confrontar com todo um sistema, o que proporciona problemas de coerência e de aplicabilidade.

1. DA LEGITIMAÇÃO

A regulamentação da vida em sociedade é um dos objetivos do direito, não existindo direitos sem que haja a quem destiná-los.

O direito sempre se encontra relacionado a uma situação fática e aos indivíduos correspondentes, daí a noção de direito subjetivo[3], como direito assegurado ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, o que conduz à afirmação de titularidade de direitos.

Os indivíduos envolvidos em uma determinada situação fática são aqueles em que se permite a atuação e a defesa em juízo de seus interesses, na seara processual.

Neste contexto se encontra o instituto da legitimidade processual que vem sendo estudado como *uma qualidade jurídica que unge aquele que está na esfera subjetiva retratada na inicial com uma respectiva situação fática, independentemente de sua real existência*[\[4\]](#).

Define Armelin *a legitimidade como qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou ser praticado.*

Prossegue ainda o autor:

O fenômeno jurídico da legitimidade no plano processual tem a peculiaridade de depender, no pólo ativo da relação jurídico-processual, da harmonia interna entre as esferas subjetiva e objetiva da situação jurídica retratada na inicial, em, em conexão com o direito de ação, ainda que tal situação a final, venha ser declarada juridicamente inexistente[\[5\]](#).

Para Carnelutti a legitimidade é definida como:

uma situação jurídica, decorrente de uma qualificação simultânea das relações jurídicas, não obstante também considere a legitimidade uma qualidade jurídica pertinente à pessoa. [\[6\]](#)

Verifica-se que o estudo da legitimidade funda-se tanto na vinculação sujeito-objeto como qualidade jurídica pertinente à pessoa, sendo esta última segundo Armelin (1979) mais correta por remarcar a pertinência entre a situação legitimante e o sujeito do ato, centro e destinatário do sistema.

O estudo da legitimidade embora tenha importância tanto para o direito civil quanto para o direito processual, aos processualistas coube o aprimoramento da legitimação, principalmente para explicação da representação e substituição, formas de atuação para defesa de interesses alheios.

Fazzalari[\[7\]](#) ao elaborar os estudos que distinguiram o processo do procedimento propõe uma nova formulação para o direito de ação, contrariamente ao defendido por Chiovenda, mudando o enfoque da ação, antes relacionada ao pedido e à demanda, para um relacionado com o provimento. Para tanto, utiliza-se do conceito geral de direito de legitimação, em seu duplo aspecto – situação legitimante e situação legitimada – e do conceito processual de legitimação para agir.

Elio Fazzalari[\[8\]](#) ao definir a legitimação para agir, utiliza o conceito com semelhança à capacidade para agir, como se verifica que ao exigir que o menor e os incapazes deverão estar em juízo mediante representação assim como a capacidade para agir do juiz é auferida mediante a investidura, assim como para os demais auxiliares do juízo.

Desta feita aduz que juízes, auxiliares e partes devem possuir a legitimação para atuação em determinado processo como titulares de faculdades, poderes e deveres que serão exercidos ao longo da marcha procedimental.

Neste sentido define a legitimação para agir:

A legitimação para participar de um processo é designada por legitimação para agir e, apesar do termo ser empregado geralmente em referência a legitimação das partes, não vislumbramos nenhuma dificuldade de usá-lo também a propósito da legitimação dos órgãos jurisdicionais, a partir do momento em que eles agem ao longo do processo^[9].

Distingue o autor a legitimação para agir da legitimação para o processo, definindo esta última como aquela percebida pela possibilidade de se definir em um dado processo a série de atos cabível a cada um dos sujeitos participantes, juiz, auxiliares e partes.

A legitimação para agir, segundo o entendimento de Fazzalari deve ser entendida sob dois ângulos: o da situação legitimante e o da situação legitimada, sendo a primeira a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente pode cumprir determinado ato; e a segunda como conjunto de poderes, faculdades e deveres cabíveis a um sujeito identificado no iter procedimental.

Neste contexto, Aroldo Plínio Gonçalves, em seu posicionamento:

enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo. ^[10]

Em Fazzalari a ação não pode ser vista de maneira independentemente do processo, pois é nele que se realiza como desdobramento da legitimação para agir dos sujeitos do processo.

A legitimação para agir, que é de todos, se especifica em ação e função dada a posição jurídica dos sujeitos do processo. Enquanto a “função” é dada pela série de atos que correspondem à posição jurídica legitimada do sujeito investido da função jurisdicional – o juiz – a ação se forma pelo complexo que resulta da atuação conjunta e interdependente dos sujeitos do iter do processo e por isso não pode ser dele isolada.

Assevera ainda que a legitimação para agir no processo jurisdicional civil deverá ser determinada em função provimento final, pela possibilidade de verificar, ao final do procedimento, quais os sujeitos sofrerão os efeitos do provimento.

Observa-se que ao definir o provimento como um pronunciamento favorável à respeito do mérito da demanda Fazzalari (2006) ressalta que não há que se questionar quanto parte ativa ou passiva em um processo, pois, ambos, suportarão os efeitos da sentença de mérito, o que denomina como legitimados passivos em relação ao provimento

requerido, e de forma a complementar o entendimento aduz que ambos serão atuantes, legitimados ativos, para desenvolvimento do procedimento até se chegar à fase final – a sentença.

Em virtude desta participação constante das partes afirma que o procedimento é o processo.

Como a legitimação é aduzida segundo ambas as situações, legitimantes (situação fática) e legitimadas (faculdades, poderes e deveres procedimentais), observa-se que somente no curso do processo, e em contraditório, se poderá realizar o controle da legitimação para agir e não no início do mesmo.

Desta feita observa-se que os meios utilizados para legitimação dos sujeitos são: os efeitos da medida jurisdicional e a *res in judicio deducta*.

2.CLASSIFICAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO

Fundando-se na idoneidade dos sujeitos para a prática de determinados atos e para suportar os efeitos decorrentes de determinada situação jurídica, a legitimidade segundo Armelin^[11] pode ser classificada em singular ou coletiva, transferível ou intransferível, específica ou genérica, unilateral ou bilateral, direta ou indireta e exclusiva e complexa.

Para a prática de determinado ato, o ordenamento jurídico pode conferir legitimidade com certas ressalvas a determinados indivíduos ou ampliar de maneira exacerbada essa qualidade, o que permite a diferenciação entre a legitimidade singular e coletiva.

Quanto à possibilidade de ser ou não adquirida derivadamente, a legitimidade pode ser transferível ou intransferível, sendo esta última qualificada diante da impossibilidade de substituição de seus titulares, seja como partes ativas seja como partes passivas. Quando se permite a mobilidade das partes, ao *contrario sensu*, define-se como transferível a legitimidade.

Quanto aos atos legítimos pela situação jurídica do agente, a legitimidade pode ser classificada como específica ou genérica. À parte que se encontra em determinada posição jurídica pode ser propiciada legitimidade suficiente para a prática de um único ato, a legitimidade específica, ou para inúmeros atos, a legitimidade genérica. Tal classificação pode ser exemplificada pelos poderes que são conferidos aos procuradores, que podem ser específicos para atos específicos ou não.

Quanto à classificação como bilateral ou unilateral, a legitimidade será diferenciada quanto à especificação das partes. A legitimidade bilateral será aquela em que se torna necessário que ambas as partes estejam igualmente legitimadas, ao passo que a legitimidade unilateral será aquela em que seja necessária a especificação de apenas uma das partes.

Segundo o âmbito da repercussão do ato praticado pelo agente legitimado a legitimação poderá ser classificada em direta e indireta. Se os efeitos do ato praticado pelo legitimado repercutem no patrimônio do mesmo, será direta a legitimidade; caso contrário, será indireta.

Quanto à exclusividade ou não para a prática de determinado ato, independentemente ou não da presença de outro agente, a legitimidade será diferenciada em exclusiva e complexa, sendo a primeira com decorrente de uma autorização do sistema para a prática de determinados atos, independentemente da participação de qualquer outro agente e, a segunda, sempre dependente da participação de algum co-legitimado.

3. A LEGITIMIDADE COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A legitimidade para agir se insere entre as condições da ação, não se confundindo segundo parte da doutrina, com o mérito.

Verifica-se que o questionamento quanto à legitimidade perpassa pela sua declaração ou pela simples afirmação da parte autora, antes mesmo do encerramento de todas as fases procedimentais, podendo o direito ser reconhecido como extinto ou até mesmo inexistente.

O direito de ação, tendo em vista a infinidade de teorias formuladas e dos sistemas jurídicos divergentes, na busca de respostas adequadas ao pensamento de cada época, vem sendo conceituado de maneiras distintas, por processualistas como Bulow, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Fazzalari, dentre outros.

O Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, adota a teoria de Liebman no que tange o instituto da ação, tendo em vista a passagem do aludido processualista na década de quarenta pelo Brasil, onde inaugurou a Escola Processual de São Paulo, deixando como discípulos: Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

Liebman, nascido em Leopoli, Itália, em 1903, e aluno de Chiovenda na Faculdade de Direito da Universidade de Roma no período compreendido entre 1920 e 1924, entendia que os estudos anteriormente realizados a respeito do direito de ação encontravam-se falhos eis que se focalizavam ora sob o ponto de vista do autor – Teoria do Direito Concreto^[12], ora sob o ponto de vista do Juiz – Teoria do Direito Abstrato^[13].

Segundo Liebman^[14] o direito de ação trata-se de direito a um provimento de mérito, afastando-se da Teoria Concretista, preconizada por Wach em 1885, que focalizava o estudo do instituto da ação sob o ponto de vista do autor, pois define o direito de ação como instituto que, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, competindo ao titular de um interesse real e não imaginário.

Liebman define o instituto da ação sob o prisma do processo civil ao caracterizá-lo como ramo autônomo, diferenciando a ação processual daquela abstrata e incondicionada prevista na Constituição. A ação conforme dita o processualista:

é o direito de provocar o julgamento do pedido, sendo autônoma, independentemente de ser julgado procedente ou improcedente o pedido. só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes[15].

Importante ressaltar que Liebman, ao desenvolver sua teoria, faz a distinção entre ação como poder de agir em juízo[16], assim entendido como garantia constitucional por meio da qual se assegura a possibilidade de se levar qualquer pretensão ao Estado e, ação como direito de agir em juízo, realmente atribuído das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de agir), que vinculam o exercício válido da ação à pretensão de direito material deduzido em juízo.

A construção desenvolvida pelo processualista tinha como objetivo se colocar em posição intermediária entre a Teoria Concreta e a Teoria Abstrata, incluindo dessa forma determinados “requisitos”, que, caso não atendidos, inviabilizariam a análise do mérito, eis a Teoria Eclética.

Assim, Rosemiro Pereira Leal, quanto à relação que Liebman estabelece entre o direito de ação e o resultado final do processo:

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[17].

Liebman ao realizar a distinção entre “o poder de agir em juízo” enquanto garantia constitucional e o “direito de ação” o faz com fundamento no artigo 24 da constituição Italiana e na legislação infraconstitucional.

A teoria de Liebman, que institui as condições da ação como pressupostos de admissibilidade do exame do mérito, funda-se em um conceito de jurisdição equivocado e por nosso legislador, não seguido.

Por exercício do poder jurisdicional, entende Liebman, a decisão sobre o mérito da causa, derivando daí que não há ação nem exercício da função jurisdicional onde não estejam presentes as “condições da ação”.

Segundo este entendimento, inexistentes os requisitos elementares para análise do pedido como possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir, inexistentes, da mesma forma, a prestação jurisdicional e a ação.

O Código de Processo Civil Brasileiro adota a teoria liebmaniana, que categoriza as chamadas “condições da ação” em seu artigo 3º quando trata da ação, referindo-se ao interesse processual e à legitimidade, nos termos do art. 100 do Código Italiano, e no artigo 267, IV ao descrever os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando faz referência a possibilidade jurídica do pedido.

Sob o prisma do artigo 267 do Código de Processo Civil as condições da ação, segundo alguns doutrinadores, poderiam ser vistas como prejudiciais de mérito, pois, se ausentes, inviabilizariam a análise do mérito. Humberto Theodoro Júnior a respeito do direito de ação afirma:

a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam “condições da ação”, cuja ausência de qualquer um deles, leva à “carência de ação”, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial [\[18\]](#).

As condições da ação, nos termos dos seguidores de Liebman são: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade.

A possibilidade jurídica do pedido, conforme Moacyr Amaral Santos [\[19\]](#) consistiria na previsibilidade pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor, ou seja, é a correspondência entre pedido e lei.

Para Ada Pellegrini Grinover [\[20\]](#) pela possibilidade jurídica do pedido indica-se a exigência de que deve existir abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação.

Segundo Arruda Alvim [\[21\]](#) esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.

O interesse de agir consiste na necessidade de tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado. Para Liebman o interesse de agir não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial.

E, por fim, a legitimidade, entendida como pertinência subjetiva da ação, existindo correspondência entre a posição do autor e do réu. É a titularidade ativa e passiva da ação da ação, segundo Liebman .

Entende Arruda Alvim que estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele apenas

a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

Cândido Dinamarco^[22], discípulo de Liebman, informa que a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, Liebman retira a possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

A possibilidade jurídica passa a ser vista como a análise do *merito causae* da demanda, pois não há como se posicionar quanto ao referido instituto, acima definido, sem a análise do pedido, tornando-se impossível a verificação da correspondência entre do pedido e lei, sem análise do mérito.

Ao se posicionar quanto à possibilidade jurídica do pedido o julgador estaria aplicando a norma de direito material, pois é lá que ele verifica a impossibilidade. Ao declarar a impossibilidade jurídica do pedido estar-se-á denegando o pedido, assim como restará denegada a pretensão.

Não obstante tenha o próprio criador revisto a sua teoria, o nosso Código a adota, sem, contudo, aprimorá-la ao que hoje se entende e espera do processo.

4. INTERPRETAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SEGUNDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pela vedação da autotutela pelo Estado, assim como pelo monopólio da jurisdição, ficou encarregado o Estado pela tutela jurídica dos interesses privados, obrigando-se a prestá-la de maneira incondicional, conforme se verifica na Constituição de 1988.

O Código de Processo Civil entrou em vigor sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que dispunha em seu artigo 153 que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O Código de 1939 e o de 1973 ditam as regras basilares do direito subjetivo, sendo base para toda a praxe forense.

A evolução da teoria da ação representa a própria evolução do direito processual como ciência, uma vez que é a partir dela que este ganha status de ciência autônoma, deixando de ser meramente instrumento do direito material, para tornar-se, devido a essa autonomia, foco de estudos centrados e evoluções constantes ao longo dos tempos. Os estudos acerca das teorias da ação e sua evolução constituíram-se num concomitante estudo pela evolução do processo como ciência autônoma, e ajuda a compreender tudo o que dela deriva, pois não há como se falar de processo, sem se referir respeitosamente ao termo ação.

A ação que fora outrora *actio* para os romanos, e que hoje se confunde com o direito de petição, incondicionado, se transformou ao longo dos tempos, passando a ser confundida como direito ao processo justo, onde o postulante possui todas as garantias no exercício da jurisdição. Pensa-se também nela como sendo sinônimo de demanda,

consistida numa série de elementos que devem ser propostos pelo autor e que delineiam a atuação do Estado em cada caso.

As teorias a respeito do direito de ação, que tiveram como base o conceito de relação jurídica, não poderiam deixar de classificá-lo como direito subjetivo. E, sob esse conceito cresceram e se desenvolveram propostas inúmeras doutrinárias.

Esquecem, contudo, os doutrinadores atuais que os princípios básicos inerentes à ciência processual encontram-se resguardados e editados na Constituição de 1988, devendo, nesse sentido ser interpretada a legislação infraconstitucional, e não de maneira contrária, sob pena de correrem o risco de uma interpretação invertida[23].

Tecnicamente, parece que o mais correto seria ter-se ação como direito à jurisdição, a consistir-se num direito subjetivo público, autônomo e abstrato, do cidadão, que lhe confere poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda.

Conforme adverte Aroldo Plínio :

talvez haja chegado o tempo de se visualizar o direito de ação sob outros prismas, que permitam uma maior aproximação das novas conquistas da teoria do Direito e da realidade do sistema jurídico, que tem a sua unidade e o seu fundamento no sistema constitucional[24].

A legitimação, reitera-se, uma das condições da ação do direito processual brasileiro, só poderá ser verificada no curso do procedimento por ser questão intraprocessuais[25] auferível mediante análise da relação substancial da lide (dever/direito subjetivo).

Corroborando o entendimento supra, o posicionamento de Fábio Gomes:

Como salientamos em várias passagens deste ponto, desimporta, para a constatação de haver sido examinado o mérito, a mera afirmação do juiz em um sentido ou no outro; tal definição emergirá do conteúdo do ato decisório. Assim sendo, mesmo que o juiz afirme na sentença estar extinguindo o processo por ausência de uma das condições da ação, de sentença de mérito se tratará se o respectivo exame não for apenas hipotético[26].

Nos termos do texto da Constituição de 1988 nota-se que o processo trata-se de uma instituição constitucionalizada onde se verifica a presença do direito constitucional de ação, representado pela garantia de que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"(Art. 5º., XXXVI da CF/88).

A visão que se pode ter com a leitura do citado artigo da constituição refere-se à existência de normas de caráter proibitivo, vedando ao legislador a criação de

instrumentos legais que impeçam o cidadão de levar suas reclamações ao judiciário, mesmo que o próprio Estado seja quem ameace ou lesione o direito.

Por outro lado, tal norma não tem como destinatário apenas o legislador, mas também o indivíduo, visto que deve ser interpretada sistematicamente com o previsto no inciso XXXIV, do citado art. 5º. Isto se dá porque o direito de ação, como bem observa Couture, é uma espécie do direito de petição. Nas palavras do autor:

Ainda que a palavra ação tenha ido ao longo do tempo significados variados e mesmo no direito contemporâneo tenha vários significados, hoje, parece necessário admitir que existe certa concordância em chamar de ação este poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal. A ação, em última análise, em seu sentido mais estrito e depurado, é somente isto: um direito à jurisdição[27].

Neste sentido, Aroldo Plínio:

No processo civil, a situação jurídica de direito substancial, ou situação jurídica de direito material, ou simplesmente situação substancial, é dada pela conexão entre a inobservância de um dever jurídico, o ilícito, e o direito por ela lesado ou ameaçado. O direito, objeto da lesão ou ameaça, no processo civil, é um direito subjetivo, mas não mais considerado na acepção tradicional, e sim no sentido, já exposto de posição de vantagem de um sujeito em relação a um bem. Essa posição subjetiva resulta ou da norma que a confere a um sujeito ou do endereçamento, pela norma, de obrigações (conteúdo de deveres) a outro ou outros sujeitos, em determinadas situações jurídicas, ou da conjugação das suas hipóteses[28].

A vinculação entre Processo e Constituição, e o entendimento de processo como instituição constitucionalizada fora inicialmente introduzida pelo constitucionalista mineiro, José Alfredo de Oliveira Baracho.

Sob o prisma constitucional afirma-se que o direito de ação é o direito incondicional de se movimentar a jurisdição, a fim de satisfazer uma pretensão em momento posterior.

Segundo Nelson Nery [29] *Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito*”.

Afirma Cattoni [30] que segundo o modelo Constitucional de Processo, de Andolina e Vignera, *“as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de processo”*.

Habermas [31] conceitua o Estado Constitucional como *“uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, no mesmo tempo, se reconhecerem como os autores da lei”*.

O estabelecimento de princípios processuais a nível constitucional, assim como a exigibilidade de cumprimento proporcionaram a criação do Modelo Constitucional, sendo o processo entendido segundo Rosemiro Pereira Leal^[32] como “*direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisdição pelo contraditório e ampla defesa*”.

O acesso à justiça, garantido em sede constitucional, não pode ser obstado por fatores condicionantes, tais como as condições da ação. O direito de ação deve ser entendido como direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo que este preste a tutela jurisdicional.

Não há que se confundir o titular de direito material com o titular de direito de ação frente ao Estado, sendo que este último surge quando da monopolização da jurisdição pelo Estado.

O devido processo legal, garantido constitucionalmente se expande e se consolida nos parâmetros do Estado Democrático de Direito e do modelo constitucional de processo. Conforme assevera Marcelo Campos Galuppo^[33] não é em qualquer regime político que se tem, na construção de uma lei, a possibilidade do procedimento converter-se em processo. O pressuposto básico é que estejamos diante de um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A interpretação da legislação infraconstitucional, assim como do Código de Processo Civil de 1973, passa por novos contornos, objetivando uma reflexão baseada nos textos constitucionais democráticos, paradigma de uma nova época de liberdade compartilhada, em que o Processo Constitucional passa a ser instituição construtiva e de aplicação do Direito.

O conceito de legitimação perpassou por vários questionamentos entre civilistas e processualistas ao longo da evolução do estudo do direito, devendo-se aos processualistas o aprofundamento quanto ao estudo do instituto assim como as diferentes classificações atribuídas à legitimação.

Enquanto condição da ação, o instituto da legitimação precisa ser revisado, buscando uma reelaboração sob o prisma das mudanças advindas com a Constituição de 1988.

O estudo do direito processual a partir de Fazzalari deve ser considerado como ponto de partida da processualística, atingindo-se o seu ápice com a consolidação dos estudos constitucionais dos princípios e garantias fundamentais que desde então não podem ser suprimidos.

Observa-se que o descaso com alguns conceitos, de maneira isolada, pela doutrina contribui para a construção de equívocos.

A situação torna-se ainda mais preocupante, eis que boa parte da doutrina processual brasileira já tenha aderido aos ensinamentos da processualística clássica, que procurou

fazer o estudo dos institutos do processo com base numa filosofia processual de idéias instrumentalistas, concebidas em ambiente autoritário, no qual os juízes “determinavam” o certo e o errado, funcionando a lei apenas como ponto de referência.

Observar-se-á, nesse sentido, que a legitimação e o direito de ação, assim como os demais institutos processuais devem ser entendidos à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, representando aquele como o direito constitucionalmente assegurado de movimentar a jurisdição, não se importando se de modo adequado ou não.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *LL modelo costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, p. 13, apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional e estado democrático de direito. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria da Defesa no Processo Civil**, in Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 1º sem. 1998. p. 109.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari**. *virtuajus*, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo**. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito - virtuajus*, Belo Horizonte, v. 1, nº. ano 3, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[1] Expressões utilizadas pelo professor Rosemiro Pereira Leal quando da apresentação das obras de Estudos Continuidos de Teoria do Processo, por ele coordenadas.

[2] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 136.

[3] Não se pretende do presente trabalho efetuar questionamentos quanto a origem do direito subjetivo e a distinção entre direito objetivo e subjetivo

[4] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

[5] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

[6] CARNELUTTI, Francesco.

[7] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

[8] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

[9] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

[10] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

[11] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

[12] Adolph Wach, em 1885, desenvolve estudo científico demonstrando que a ação seria um direito autônomo, não se vinculando com o direito subjetivo material ameaçado ou violado, separando, portanto, o direito de ação do direito material. Entretanto, defende Wach que, a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através de proteção concreta, só existindo o direito de ação quando presente uma sentença favorável, o que demonstra a natureza concretista de seus estudos.

[13] A Teoria da Ação como direito Concreto foi desenvolvida por Degenkolb, em 1877, na Alemanha, e por Plosz na Hungria. Segundo esta teoria a diferenciação entre direito de ação e direito material invocado não era suficiente, visto que o direito de ação deveria ser entendido como direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, independentemente da existência ou inexistência do direito material, existindo a ação mesmo quando a sentença não concedesse ou negasse a existência do direito.

[14] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

[15] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

[16] Aroldo Plínio, em sua obra, Técnica Processual e Teoria do Processo, adverte que embora não seja o objetivo fundamental de sua obra acompanhar a evolução constitucional do direito de ação, não se pode deixar de colocar em evidência a premissa de que parte Liebman quando separa “o poder de agir em juízo” e o “direito de ação” no plano constitucional e no direito infra-constitucional nele alicerçado.

[17] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

[18] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[19] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentarios ao código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

[22] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

[23] Entende-se como interpretação invertida aquela feita a partir da norma infraconstitucional, para, em momento posterior partir-se para análise do texto constitucional. Toda e qualquer questão deve ser analisada sob o prisma da Constituição, e, por este, não se pode subtrair do judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

[24] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

[25] Expressão utilizada por Aroldo Plínio Gonçalves ao se referir às condições fixadas pelo artigo 3º do Código de Processo Civil

[26] SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[27] COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

[28] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

[29] NERY JUNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE; BRASIL. **Código de processo civil comentado e legislação civil**. 9 ed., rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[30] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

[31] HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

[32] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

[33] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença:** Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos : FCH/FUMEC, 2002