



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
(MESTRADO)

KAROLINE MAFRA SARMENTO BESERRA

**TEORIA DA ASSERTÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL  
À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Maceió  
2013

KAROLINE MAFRA SARMENTO BESERRA

**TEORIA DA ASSERTÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL  
À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, área de Processo e Constituição, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas.

Maceió

2013

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
**Bibliotecária Responsável: Fabiana Camargo dos Santos**

B277i Beserra, Karoline Mafra Sarmento.  
Teoria da asserção e o direito fundamental à prestação jurisdicional /  
Karoline Mafra Sarmento Beserra. – 2013.  
109 f.

Orientador: Frederico Wildson da Silva Dantas.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2013.

Bibliografia: f. 103-109.

1. Direito fundamental à jurisdição. 2. Tutela jurisdicional efetiva. 3. Acesso  
à justiça. 4. Liebman – Teoria eclética. 5. Condições da ação legal. I. Título.

CDU: 342.7:343



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL**  
**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**KAROLINE MAFRA SARMENTO BESERRA**

**“TEORIA DA ASSERTÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

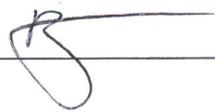
Orientador: Prof. Dr. Frederico Dantas

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt (UFAL)

Julgamento: APROVADA Assinatura: 

Prof. Dr. Pedro Henrique Nogueira (UFAL)

Julgamento: APROVADA Assinatura: 

Profª. Drª. Nathaly Campitelli Roque (PUC-SP)

Julgamento: APROVADA Assinatura: 

Maceió, 27 de maio de 2013

  
**Sara Regina A. França**  
Secretária de Mestrado - FDA/UFAL  
SIAPE 1940798

Àquele que, ao longo de toda a minha vida, sempre me acompanhou e nunca me abandonou, ao Senhor meu DEUS.

Ao meu filho Lucas, meu bem maior, minha razão e minha felicidade, que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo, sempre se fez presente, permanecendo ao meu lado.

Ao meu pai (*in memoriam*) e a minha mãe, que me ensinaram que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

A minha prima Tânia Mafra, minha mãe de coração, por ter me ensinado as primeiras letrinhas, as primeiras palavras.

## **AGRADECIMENTOS**

A minha família, em especial as minhas mães, pelas manifestações de apoio e carinho.

Aos meus professores do mestrado, em especial ao meu orientador Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas, não somente por terem me ensinado, mas por me terem feito aprender. A palavra mestre nunca fará justiça aos professores dedicados, aos quais, sem nominar, terão meu eterno agradecimento.

Aos meus colegas do mestrado, pela companhia durante toda a jornada, compartilhando esses momentos de aprendizado.

Aos meus alunos e a minha equipe de trabalho, em especial a Rita e a Priscilla, por serem os meus maiores motivadores.

Enfim, a todos aqueles que de uma maneira ou de outra contribuíram para que este percurso pudesse ser concluído.

## RESUMO

O trabalho estuda a aplicação da teoria da asserção como forma de garantir uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Com a autonomia processual, a ação surge como direito de exigir do Poder Judiciário uma resposta diante das pretensões a ele dirigidas, independente da existência do direito material. Ao estudar as teorias da ação, surgem vários conceitos para delimitar sua natureza jurídica, tendo o CPC adotado a teoria eclética da ação, na qual a ação é vista como o direito a uma resposta de mérito. O direito abstrato de ação está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito. Desse modo, o primeiro momento das garantias constitucionais da ação consiste em assegurar, portanto, a própria ação, o direito de agir, o direito de exercer uma cidadania, o acesso à ordem jurídica justa, adequada e efetiva. Assim, é imprescindível que o juiz tenha ciência dessa realidade, a fim de aplicar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material, em decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva acerca das condições da ação, já que a lei processual estabelece tais condições para que o juiz possa julgar o mérito da causa. A depender de que momento as condições da ação venham a ser analisadas, a doutrina pode considerá-las questão preliminar ou mérito, influenciando, assim, na natureza do provimento jurisdicional. Nesse sentido, far-se-á uma análise do preceito constitucional de acesso à justiça e às limitações processuais estabelecidas pelas condições da ação. Analisa-se a teoria eclética adotada pela sistemática processual e finaliza-se com o entendimento doutrinário e jurisprudencial que vêm dando os Tribunais ao acolher a teoria da asserção, buscando garantir uma tutela jurisdicional célere e efetiva.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à jurisdição. Tutela jurisdicional efetiva. Teoria eclética. Condições da ação. Teoria da asserção.

## ABSTRACT

The aim of this study was to analyze the application of the assertion theory as a way to ensure an immediate and effective judicial protection. By means of the procedural autonomy, civil action is defined as the right to ask court an answer to the pleadings addressed to it, regardless of the existence of the substantive law. On account of the inquiry of the theories on the subject of the conditions to exercise capacity to pursue judicial proceedings, several discernments arise as the result of the search to delimitate its legal nature, since the Code of Civil Procedure adopted the eclectic theory of action, whereas the lawsuit is seen as the right for an answer to the claims made in court. Nevertheless, these concepts should be reviewed. Access to Justice as a fundamental right is stipulated in article 5, XXXV, of the Brazilian Federal Constitution, therefore under-constitutional law must not exclude from judicial review any injury or threat to injury to any given right. Consequently, in a preliminary view, the action constitutional guarantees consists in ensuring, therefore, the lawsuit itself, the right to act, the right to exercise a citizenship, the access to a fair, adequate and effective juridical order. Therefore it is essential that the judge is aware of this reality, in order to apply the procedural techniques that best suits the requirements of the substantive law, due to the fundamental right to an effective jurisdiction concerning the requirements for exercising civil action, since procedural law establishes such conditions for a proper judicial answer to the subjective right. Depending on what moment the conditions for exercising a legal demand are analyzed by the judge, doctrine varies to consider them a preliminary issue or question of merit, thus influencing, the nature of the jurisdictional provision. For that reason, we will briefly review the constitutional precept of access to justice and procedural limitations established by the conditions of action. We will ascertain the eclectic theory adopted by systematic procedural and we will conclude with the doctrinal and jurisprudential understanding that the courts have been giving shelter to the theory of assertion, seeking to ensure a swift and active judicial protection.

**Keywords:** Fundamental right to jurisdiction. Effective judicial protection. Eclectic Theory. Conditions of action. Assertion Theory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1 DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO</b> .....	<b>11</b>
1.1 Concepção liberal da jurisdição.....	11
1.2 Conceito de Jurisdição.....	13
1.3 Direito fundamental à jurisdição como prestação à tutela jurisdicional efetiva.....	19
1.4 Jurisdição no pós-positivismo .....	24
<b>2 UMA BREVE ANÁLISE DO OBJETO DA COGNIÇÃO: CONDIÇÃO DA AÇÃO E MÉRITO DA CAUSA</b> .....	<b>30</b>
2.1 Conceito de Ação .....	30
2.1.1 <i>Breve histórico das Teorias da Ação</i> .....	31
2.2 Condições da ação .....	42
2.2.1 <i>Legitimidade ad causam</i> .....	43
2.2.2 <i>Interesse de agir</i> .....	47
2.2.3 <i>Possibilidade jurídica do pedido</i> .....	49
2.3 Objeto da cognição: das condições da ação e mérito da causa.....	54
2.3.1 <i>Cognição das condições da ação</i> .....	56
2.3.2 <i>Cognição sobre o mérito da causa</i> .....	58
2.4 Considerações sobre: Ação material, ação processual e o direito fundamental à jurisdição como direito à prestação jurisdicional efetiva .....	65
2.5 Análise do mérito da causa e a coisa julgada .....	70
<b>3 TEORIA DA ASSERÇÃO: INSTRUMENTO DE CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA</b> .....	<b>74</b>
3.1 Teoria da asserção .....	74
3.1.1 <i>Críticas à teoria da asserção</i> .....	82
3.1.2 <i>A teoria da asserção e o projeto do Novo Código de Processo Civil</i> .....	86
3.2 Teoria da asserção como instrumento da economia, celeridade e segurança jurídica à prestação da tutela jurisdicional efetiva.....	87
3.3 Teoria da asserção e possibilidade de sua aplicação .....	95
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>102</b>

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram compreendidos como direitos de defesa do particular contra interferências do estado em sua propriedade e liberdade. Posteriormente, como consequência natural da transformação do Estado e de suas novas funções diante da sociedade, os direitos fundamentais passaram a ser categorizados não mais apenas como direitos de defesa, mas igualmente como direitos a prestações. Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais deixaram de ser concebidos como direitos a um não agir do estado e passaram a exigir do Estado condutas ativas e capazes de colocar à disposição dos particulares meios jurídicos capazes de dar efetiva tutela aos direitos.

As normas consagradoras dos direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico. Assim, o enquadramento do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, surge um novo direito subjetivo ao cidadão brasileiro, qual seja, o direito de exigir do Estado um procedimento e um meio adequado para quando provocado, se profira uma resposta que possa produzir efeitos eficazmente no mundo jurídico.

Com o fenômeno da constitucionalização dos direitos, as legislações infraconstitucionais deixam de estar no centro do sistema jurídico, passando a ser analisadas sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais. A esse respeito, a Constituição brasileira de 1988, já em seu preâmbulo, destaca a Justiça como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada no comprometimento com a solução pacífica dos conflitos, salvaguardando o exercício dos direitos e suas garantias.

Nesse contexto, a garantia dos direitos fundamentais constitui a base material e primordial do Estado Democrático de Direito, sendo pacífico na doutrina que de nada adianta estipular direitos sem efetivá-los. Assegurar a preservação e defesa dos direitos fundamentais propiciou o surgimento do garantismo, cujos defensores<sup>1</sup> afirmam ser uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido, seja efetivado. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luis Guilherme. **O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2011. ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G.Giappichelli, 1988, p. 51. COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO Michele. **Lezioni sul Processo Civile**. 2ª ed., cap.3, Bologna: il Mulino, 1998, p. 57. GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.

Portanto, analisaremos que o acesso à Justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido, não podendo esse direito ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação.

É diante do contexto garantista que será discutida à análise das condições da ação sob a ótica da teoria da asserção, como forma de garantir uma tutela jurisdicional célere e efetiva, visto que a tutela jurisdicional efetiva é, pois, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.

O estudo busca, então, trazer uma reflexão sobre o princípio do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que afirma - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” - visto que a Constituição garante o acesso ao judiciário, mas a processualística traz as condições mínimas que devem ser preenchidas para que possamos provocar o Poder Judiciário e obter uma resposta de mérito.

A importância do estudo do tema reside no questionamento de qual o momento em que deve ocorrer a análise das condições da ação, em que a falta de uma ou mais condições, acarretará, assim, a extinção do processo sem resolução do mérito. Seria esse momento, quando o juiz despacha a petição inicial, diante das assertivas alegadas na inicial ou a qualquer tempo, mesmo depois de realizada a instrução do processo? É possível afastar a hipótese do art. 267, do CPC, e aplicar a teoria da asserção? Quais as consequências jurídicas que favorecem a aplicação da teoria da asserção? Assim, verificaremos que a depender de qual entendimento adotado na análise das condições da ação o magistrado estará definindo qual o julgamento a ser proferido, nos termos do art. 267 ou do art. 269 do Código de Processo Civil de 1973.

Num primeiro momento, procura-se estabelecer uma linha de raciocínio, enfatizando conceitos da teoria geral do processo como jurisdição, ação e processo, cujo domínio é imprescindível para o ingresso na problemática que norteia a questão. Assim, devido a sua importância para o tema, será feita uma análise sucinta do acesso à justiça e da efetividade do processo para uma melhor compreensão da evolução das teorias que serão apresentadas no

decorrer do trabalho, à luz dos estudos de Enrico Túlio Liebman e Kazuo Watanabe, entre outros.

Dessa forma, o primeiro capítulo do estudo apresenta uma breve análise sobre o direito fundamental à jurisdição, uma vez que para compreensão do direito de ação e suas complexidades é imprescindível entendermos o conceito de jurisdição, segundo o qual todos os cidadãos têm o direito subjetivo de expor ao Poder Judiciário suas demandas, todavia, o legislador estabeleceu limitações processuais para o exercício deste direito. Ocorre que, diante da transformação da concepção de direito, hodiernamente, o conceito do direito fundamental à jurisdição vem sofrendo interpretações que diferem dos conceitos clássicos, sendo, atualmente, visto como direito fundamental à prestação da tutela jurisdicional efetiva, direito esse, que surgiu com a constitucionalização da sistemática processual.

Em seguida, no segundo capítulo, discorreremos sobre as limitações processuais estabelecidas pela sistemática processual para se obter uma resposta de mérito, tendo em vista que a expressão acesso à justiça envolve muito mais do que o simples acesso aos juízes ou tribunais, mas também o acesso ao direito, à análise pelo juiz do que foi pleiteado pelas partes. É insuficiente assegurar o acesso aos tribunais, se o direito pleiteado não for conhecido pelo Judiciário. Assim, estudar-se-á nesse capítulo os objetos de cognição - as condições da ação e o mérito da causa.

O terceiro capítulo faz uma abordagem sobre a aplicação da teoria da asserção, buscando demonstrar que nosso sistema jurídico comporta interpretações da norma jurídica, e que, no tocante à análise das condições da ação, o entendimento da doutrina e da jurisprudência assinala que a teoria da asserção é a que melhor se adapta à prestação de uma tutela jurisdicional célere e efetiva.

Sendo assim, a pesquisa visa analisar as condições da ação, mais especificadamente da teoria da asserção, demonstrando como a sua aplicação pode ser mais adequada para a prestação da tutela jurisdicional efetiva, visto que o contexto histórico de transformações de um Estado liberal para um Estado social ocorreu uma mudança no próprio papel do Estado, tornando-se um Estado prestacional. Nesse aspecto, o próprio Poder Judiciário passa a assumir funções prestacionais. Por isso, quando o Poder Judiciário é provocado para decidir um conflito de interesses, isso se dá mediante um processo. Contudo, não basta garantir o direito ao processo, é necessário que se garanta às partes o acesso à justiça efetivo, ou melhor, a uma resposta do Poder Judiciário, quer seja pela procedência ou improcedência do direito alegado, enfim, busca-se a prestação da tutela jurisdicional efetiva, justa e adequada.

# 1 DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO

## 1.1 Concepção liberal da jurisdição

Na antiguidade<sup>2</sup>, as sociedades se organizavam por normas originadas pelo núcleo familiar, principalmente no que se refere às crenças religiosas, aos sacrifícios e também ao culto aos mortos. Não havia, verdadeiramente um Estado, posto que este era embasado nas leis da natureza, sendo que, se houvesse um soberano, este era apenas subordinado a estas leis. Os sacerdotes exerciam um poder enorme na organização estatal, sendo verdadeiros legisladores e executores da lei. A resolução dos conflitos nesta época era realizada de duas maneiras: a) pela autocomposição, entendida como o acordo entre os sujeitos interessados num mesmo bem da vida, pela desistência, submissão ou transação; b) pela autodefesa.

Assim, quando o Estado não estava ainda materializado, diante de um conflito de interesses prevalecia o regime da autotutela, na qual as próprias pessoas resolviam os seus conflitos, por meio da imposição da decisão do mais forte sobre o mais fraco, o que resultava em injustiças. Objetivando afastar as injustiças, decorrente da justiça privada, em um dado momento da história, surge a necessidade da intervenção estatal. O Estado assume pra si o monopólio da solução dos conflitos de interesses, passando a prestar, com exclusividade, a denominada atividade jurisdicional.

O direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação de leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não o produzia sob forma de normas abstratas, reguladoras da conduta humana. Nesse estágio da organização social e política, a atividade desenvolvida pelos pontífices não pode ser equiparada à função nitidamente jurisdicional. A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social<sup>3</sup>.

Desse modo, com a evolução dos tempos, a teoria constitucional pressupõe, como princípio legitimador do Estado democrático, a divisão dos poderes estatais, que deverão ser

---

<sup>2</sup> Esta expressão está sendo utilizada para designar as civilizações mais arcaicas, principalmente as pré-históricas em que o direito era uma manifestação das leis de Deus. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. (GILISSEN, John: Introdução Histórica ao Direito. 2ª. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 33).

<sup>3</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 23.

exercidos por autoridades independentes entre si, de tal modo que as funções administrativas de gestão do próprio Estado, a função legislativa e a função jurisdicional, sejam atribuídas a poderes autônomos. Assim, esse dogma da separação de Poderes, segundo o qual os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário haveriam de ser independentes e harmônicos entre si, tem origem próxima na doutrina de Montesquieu, tendo sido universalizado pela Revolução Francesa<sup>4</sup>.

Nessa perspectiva, o modelo de Estado liberal dos séculos XVIII e XIX, cujo ensaio histórico se deu a partir da revolução francesa, foi erigido a partir dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Esses ideais se contrapunham à concentração de poderes e às arbitrariedades exercidas pelos governantes dos estados absolutos. Sua característica fundamental foi a divisão dos poderes do Estado e o condicionamento da força desses poderes à sociedade.

Consequentemente, a separação dos poderes seria a técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade. O problema da soberania estaria solucionado por sua decomposição na pluralidade de poderes. O condicionamento da força dos poderes do Estado à sociedade somente foi possível por meio do princípio da legalidade, segundo o qual todos, e principalmente o próprio Estado, teriam seu limite e submissão na lei, evitando, assim, sanar o abuso de poder.

Para Montesquieu<sup>5</sup>, “Um bom Governo, sem abusos, com liberdade e estabilidade, só é possível sob o império da lei. Porque só aí o cidadão sabe o que pode fazer e o que um outro pode fazer contra ele”.

O princípio da legalidade do Estado liberal constituiu um critério de identificação do direito. Assim, este estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa<sup>6</sup>.

Nesse modelo de Estado, a separação de poderes nitidamente escolhia o poder legislativo como o único centro do poder do Estado, pois a lei era a expressão da vontade geral e só era legítima se emanada do legislativo. Os demais poderes - judiciário e executivo -

---

<sup>4</sup> SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. . 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, pág. 24.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de.. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p.200.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 635, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

se apresentariam como meros aplicadores e executores da lei, sem praticamente nenhuma autonomia criativa ou decisória fora dela.

Considerando esse aspecto, o Poder Judiciário tratado por Montesquieu<sup>7</sup> era apenas - o poder de julgar -, cuja função reservada para o juiz era rígida e restrita, sendo somente “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Mesmo que a lei pudesse ser rigorosa demais em certos casos, ainda assim, os juízes seriam “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

A teoria da separação de poderes, atribuída a Montesquieu, na verdade, é mais um mito do que realidade. Percebe-se que o célebre filósofo francês, mediante suas palavras, não considerou o judiciário um autêntico poder, vez que, ao referir-se ao Poder Judiciário num Estado Democrático, Montesquieu afirmava ser tal poder “invisível e nulo”<sup>8</sup>.

Vislumbramos que nesse tempo, aos juízes, não era dada a permissão de interpretar a lei em face da realidade social; seus julgamentos jamais seriam senão um texto preciso de lei. Portanto, quando falamos em valores do Estado liberal, falamos de supremacia da lei, separação dos poderes e garantias individuais. Porém, o importante é que tenhamos em mente que esses valores fizeram parte de um contexto histórico-cultural de uma época. A sociedade, com o passar do tempo, transforma-se, e essa transformação tem que ser acompanhada das transformações de seus institutos, para que incluam as novas concepções, novos objetivos e novos elementos que correspondam às exigências dessa mesma sociedade transformada e que continua diariamente em transformação.

Nesse diapasão, por a jurisdição ser conferida a um poder independente dos demais, é necessário, antes de tudo, saber o que seja realmente a função jurisdicional e quais os limites, de tal modo que ela não seja, afinal, reabsorvida pelos demais poderes, em detrimento das liberdades e das garantias dos cidadãos.

## 1.2 Conceito de Jurisdição

Primeiramente, vale registrar que é fundamental a determinação do conceito de jurisdição, porque se afirma que é uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por quem a procura, invocando a proteção do Estado. Assim, como o meio através do qual se desencadeia a atividade jurisdicional denomina-se ação, que se desenvolverá mediante

---

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p.55.

<sup>8</sup> ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. Tradução de Luz Cary e Luisa Costa. 2. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1977, p. 133.

um processo, para que se possa mais na frente conceituar ação e lhe delimitar fronteiras, é imperioso definir antes o que se entende por jurisdição. Daí ser nítida a relação entre jurisdição, ação e processo, conhecidos como institutos fundamentais do processo civil – a esse conjunto denominou-se como trilogia estrutural do direito processual<sup>9</sup>.

Após uma visão sociopolítica da jurisdição no item 1.1., passamos a trazer a conceituação clássica de jurisdição, representada pelos posicionamentos dos processualistas, diante da influência que os ideais e valores liberais tiveram sobre a produção do conhecimento jurídico da época.

Partindo das teorias clássicas de Francesco Carnelutti e Giuseppe Chiovenda sobre jurisdição, verificamos a importância no modelo de Estado e no contexto de sua época, pois em certo momento estas representaram os valores e os anseios da sociedade. Mesmo entendendo que esse conceito doutrinário a respeito de jurisdição não se adapta às pretensões da nossa Constituição, é indispensável que as conheçamos ainda que sinteticamente, para que possamos nos posicionar.

Com essa premissa, retira-se dos ensinamentos de Carnelutti que jurisdição consiste na justa composição da lide, ou seja, ela é exercida em relação a uma lide; que o interessado deduz perante o Estado-Juiz que, ao ser provocado, aplicará a lei ao caso concreto, buscando solucionar o conflito e alcançar a paz social. Para o mestre italiano, lide é o “[...] conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. Sem haver lide não há atividade jurisdicional<sup>10</sup>.

Entretanto, ressalta-se que tal doutrina deve ser vista com ressalva, visto que por tal conceito a jurisdição voluntária deixa de ser considerada jurisdição. Embora o processo de jurisdição voluntária não se destine à composição da lide, trata-se de situações que possuem uma repercussão social, que exige a prestação da tutela jurisdicional. Isso pela simples razão de que o juiz é, incontestavelmente, chamado para dar tutela aos direitos, garantindo melhor os preceitos legais que regem as relações da vida, quer seja num processo que contenha uma lide, quer seja num processo de jurisdição voluntária.

Apesar de existir posicionamento doutrinário contrário sobre a natureza jurídica do processo de jurisdição voluntária, corroboramos com o entendimento daqueles doutrinadores que defendem que tem natureza jurisdicional, apenas diferindo da jurisdição contenciosa pela

---

<sup>9</sup> PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil e trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 334.

<sup>10</sup> CANELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 78.

ausência de conflito entre as partes. Desse modo, a doutrina contemporânea<sup>11</sup> tende a confluir no entendimento de que a jurisdição voluntária apresenta-se como autêntica função jurisdicional.

Assim, Daniel Mitidiero afirma que sendo a jurisdição função do Estado, efetivada por meio de atribuições investidas em garantias funcionais, cuja missão é a aplicação do direito de maneira específica autoritativamente, impossibilitando uma revisão externa, por isso não há motivos para negar à jurisdição voluntária natureza jurisdicional, já que é necessária a provocação do poder judiciário para analisar o caso.<sup>12</sup>

Corroborando com esse entendimento, Francisco Wildo assevera que, ao identificar a essência da jurisdição na realização autoritativa do direito, mediante uma atividade provocada, o que implica na aplicação da lei por um terceiro imparcial, com caráter de substitutividade, em lugar dos interessados, evidente que se conclui que a jurisdição voluntária constitui verdadeira e própria jurisdição<sup>13</sup>.

Observamos que a teoria de Carnelutti, por si só, não consegue delimitar o conceito de jurisdição. Já Chiovenda, buscando conceituar jurisdição, parte do pressuposto de que, no Estado moderno, a confecção das leis, vale dizer, a produção do direito, é monopólio do próprio Estado. Este, por sua vez, considera como sua função essencial a administração da justiça, e que somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto; poder este que denomina jurisdição<sup>14</sup>.

Para o exercício dessa função de administrar a justiça, o Estado organiza órgãos especiais, ou seja, jurisdicionais, entre os quais se destacam os juízes, cuja tarefa, segundo Chiovenda, é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles próprios considerem como realmente existente. Em outras palavras, os juízes aplicariam a vontade abstrata da lei à realidade do caso concreto.

Nesse aspecto, para Chiovenda, a jurisdição seria o meio de realização do ordenamento jurídico, tendo a lei como sinônimo exclusivo de direito. Percebe-se nessa doutrina, de forma mais evidente, sua falta de preocupação com a justiça social, a eficácia das leis, a forma e os fins a que essas mesmas leis se destinam. Assim, em respeito aos princípios

---

<sup>11</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 48; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 87; e outros.

<sup>12</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 87.

<sup>13</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 49.

<sup>14</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

da separação dos poderes e da supremacia da lei, aos juízes somente caberiam a aplicação da vontade abstrata da lei à realidade do caso concreto sem qualquer juízo de valor em sua aplicação.

Apesar de o conceito de jurisdição formulado por Chiovenda não ser o mais adequado ao contexto atual, podemos encontrar nessa doutrina características importantes da jurisdição como as abaixo postas<sup>15</sup>.

O seu caráter de substitutividade, em que uma atividade pública substituiria uma atividade privada de outrem. O Estado, representado por seu órgão jurisdicional, os juízes, substituiria a atividade das partes em conflito, a fim de compô-lo e resguardar a ordem jurídica.

A diferença entre atividade administrativa da jurisdicional, para Chiovenda, a soberania pressupõe duas atividades distintas; uma delas é a função de legislar, o que para ele corresponderia a criar o direito; a outra, destina-se a aplicá-lo. Portanto, atuar a vontade da lei para o administrador seria completamente diferente do atuar a vontade da lei para o juiz. O administrador não tem por finalidade precípua a aplicação da lei; para ele, a lei é seu limite de atuação, e para o juiz, seu fim.

Após essas considerações, verifica-se que Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação<sup>16</sup>. Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro de funções do Estado e focava sua preocupação na atividade do juiz, posto isso, pode-se dizer que ele enxergava o processo sob a óptica publicista.

No tocante a Carnelutti, podemos afirmar que ele teve uma compreensão privatista da relação: lei, conflito e juiz. Assim, somente se daria corpo à jurisdição quando as partes necessitassem do juiz para solução dos conflitos. Isso implica dizer que o autor se preocupava com a finalidade das partes e via o processo a partir dos interesses privados.

Observa-se nas doutrinas de Carnelutti e Chiovenda que encontramos o predomínio da aplicação de uma ordem jurídica que se apresenta isolada da realidade social e longe da realização de justiça social, na qual a vontade da lei é tomada como a vontade geral da sociedade e o judiciário desenvolve o mero papel coadjuvante de aplicador dessa mesma lei. Todavia, entendemos que a conceituação clássica de jurisdição teve seu relevo dentro de uma

---

<sup>15</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, p.62-63.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Texto 6550. Acesso em: 23 jan. 2012.

perspectiva política e histórica da época de sua formulação. Portanto, é desnecessária uma crítica estrutural e lógica dessas teorias nos dias de hoje, bastando somente demonstrar que os valores da sociedade e o modelo de Estado de hoje são diversos daqueles, pugnando assim por uma nova conceituação de jurisdição.

É com esse entendimento que Marinoni assevera:

Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das ideias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão de história -, certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo<sup>17</sup>.

Desse modo, como o direito não se destina a um corpo social qualquer, mas a uma sociedade viva, em mobilidade, tendo épocas de crise, outras de estabilidade e de desenvolvimento, é pela interpretação que se deve adaptar os antigos conceitos aos novos tempos, sem, entretanto, abandoná-los. Por isso, é importante conhecer os valores do modelo de jurisdição existente no Estado liberal, mesmo que este não seja o mais adequado ao conceito atual, para ter a certeza de que aplicar teorias de uma época à sociedade de outra, deixa claro a impossibilidade de uma correspondência uníssona entre elas.

Assim, o atual conceito de jurisdição deriva do inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal que tanto prosperou na época do Estado liberal, buscando a segurança efetiva das relações e proteção do indivíduo, por ser a essência do Estado Democrático de Direito, que está marcado pela proteção dos direitos fundamentais contra a interferência do Estado.

Sob esses pressupostos, o atual conceito de jurisdição e suas novas dimensões, amplitudes e potencialidades é inspirado em uma sociedade que reivindica nacional e internacionalmente um Judiciário atuante e efetivo, despertando-se o papel jurisdicional da interpretação do direito.

Nesse aspecto, o direito nasceu para regular as relações humanas na sociedade. Isso é ponto pacífico e, portanto, suas normas não são produtos de um mero capricho do soberano (legislativo), mas para atender aos interesses dos indivíduos, buscando estabilidade e segurança jurídica nas relações. Sendo assim, interpretar uma norma não é simplesmente

---

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Texto 6550. Acesso em: 23 jan. 2012.

esclarecer seus termos de forma abstrata, mas, sobretudo, revelar o sentido apropriado para vida real e capaz de conduzir a uma aplicação justa.

Dessa maneira, as leis são formuladas em termos gerais e abstratos, para que se possam estender a todos os casos da mesma espécie. Passar do texto abstrato ao concreto, da norma jurídica ao fato real, é tarefa do aplicador do direito. Nessa tarefa, o primeiro trabalho consiste em fixar o verdadeiro sentido da norma jurídica e, em seguida, determinar o seu alcance ou extensão<sup>18</sup>. Surge assim a interpretação. Interpretar no ordenamento jurídico é fixar o verdadeiro sentido e alcance de uma norma jurídica.

Essa nova potencialidade, da interpretação do direito, no entanto, desvela a nova dimensão jurisdicional e seus novos paradigmas. A atividade jurisdicional inicialmente estava na atrelada a simplesmente dizer o direito. O direito foi reduzido à lei e a sua validade estava vinculada única e exclusivamente à autoridade de sua fonte de produção. Implantou-se assim o império da lei - geral e abstrata - em substituição ao império dos homens. Nesse complexo contexto, a jurisdição estava impedida de interpretar a lei ou até mesmo de considerá-la, para adaptar o comando normativo às circunstâncias especiais de um caso concreto. Podia unicamente utilizar-se da lógica da subsunção. Devia, simplesmente, aplicar mecanicamente as normas.

Observa-se que o positivismo agasalha perfeitamente esse contexto histórico, pois classicamente entende que o direito se resume à lei e que a tarefa do jurista é a de descrever o conteúdo lei, a vontade da lei, jamais a de interpretar o direito. A partir da visão contemporânea do direito, concebida pela estrutura do constitucionalismo atual, não se admite seu isolamento em face da sociedade, visto que o direito, ao absorver valores sociais fundamentais, saiu da redoma onde permanecera intangível por longas décadas, impregnando-se como ideal de justiça e da certeza de que somente existe para realizar um bem maior, que é servir à proteção de todo corpo social. Nesse momento, altera-se substancialmente o papel da jurisdição, pois assume a atribuição de verificar a compatibilidade do conteúdo legislativo às diretrizes constitucionais.

Nessa perspectiva, a jurisdição como poder-dever assume, finalmente, relevante missão no que tange à tarefa de dar máxima efetividade às normas constitucionais, já que as leis, nesse contexto contemporâneo fático e jurídico, não mais são lidas como ideais homogêneos do povo. Só serão válidas e legítimas quando permanecerem em conformidade com os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Essa visão contemporânea de jurisdição

---

<sup>18</sup> MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009, p. 419.

demonstra que o juiz deixou de ser a "boca da lei"<sup>19</sup>, posto que a atividade jurisdicional também seja valorativa e orientada pelos mandamentos constitucionais. Portanto, a atuação jurisdicional é automaticamente atingida por essa interpretação constitucional, condicionando toda releitura nos ramos processuais.

De todo o exposto, podemos dizer que jurisdição, fundamentalmente, constitui uma das funções essenciais do Estado moderno, ao lado da função legislativa e da administrativa, diferenciando-se destas duas últimas por fazer atuar o direito diante do caso concreto, a qual, ao ser provocada pela parte, por meio do juiz com imparcialidade, concede o direito ao cidadão como meio de ordenação e pacificação social, reequilibrando de forma segura as relações jurídicas, baseando-se nas interpretações dos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais.

### 1.3 Direito fundamental à jurisdição como prestação à tutela jurisdicional efetiva

O Estado, mediante as normas jurídicas por ele mesmo estabelecidas, regulamenta relações intersubjetivas, criando, desse modo, nos indivíduos, ao estabelecer antecipadamente o predomínio de um interesse sobre outro, direitos e obrigações individuais.

A proibição da autodefesa, com a qual se impede que o titular do direito exercite diretamente a força privada sobre o obrigado que descumpriu a obrigação, fez surgir, como já afirmamos, o poder jurisdicional do Estado.

Piero Calamandrei nos ensina que:

O Estado, à medida que cria o direito, estabelece abstratamente regras de conduta que devem ser observadas por outros, ou seja, pelos cidadãos em suas relações interindividuais. Mas se depois os preceitos concretos, que, segundo as circunstâncias, nascem dessas normas, não são observados por aqueles em função dos quais se tenham individualizado, então, para que as leis tenham valor prático, é necessário *em um segundo momento* pôr em ação essa atividade posterior, a qual serve para *garantir* que – quando o direito não é observado voluntariamente por aqueles a quem, por seus preceitos individuais, se dirige – o Estado intervenha para fazê-lo observar *por outros meios*; e a jurisdição é constituída, precisamente, da colocação em prática desses meios.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p.55.

<sup>20</sup> CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**, Trad. por Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Ed. Campinas: Bookseller, 2003, p.149.

Dessa forma, a jurisdição busca restabelecer a observância do direito em relação a quem deveria tê-lo observado voluntariamente, e de obter pela sujeição aquilo que não obteve pela vontade. De acordo com essa finalidade da jurisdição, quem aciona para obter do juiz uma providência jurisdicional considera essa providência não somente como destinada a satisfazer seu próprio interesse, mas, além disso, também para que valha em relação à outra pessoa, isto é, à pessoa sobre a qual deverá agir a sujeição imposta pelo Estado.

Partindo dessa análise, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, dispõe que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Tal assertiva estabelece, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio do acesso à justiça ou princípio da tutela jurisdicional ou ainda princípio do direito de ação.

Assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição foi consagrado como um direito fundamental que repercute sobre a estrutura do Estado e da sociedade, visto que está inserido na Constituição Federal no Título II, que prescreve: “Dos direitos e garantias fundamentais”.<sup>21</sup>

Sobre o assunto Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero afirmam que:

Ao proibir a justiça de mão própria e afirmar que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nossa Constituição admite a existência de *direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva*. Obviamente, a proibição da autotutela só pode acarretar o dever do Estado Constitucional de prestar *tutela idônea aos direitos*. Pensar de forma diversa significa esvaziar não só direito à *tutela jurisdicional* (plano do direito processual), mas também o próprio direito material, isto é, o direito à *tutela do direito* (plano do direito material). É por essa razão que o direito à tutela jurisdicional constitui à “proteção jurídica efetiva”<sup>22</sup>. (Grifos no original)

Nesse contexto, o preceito inserido no art. 5º, inciso XXXV, confere a todos o direito subjetivo à prestação jurisdicional, ou melhor, no dizer ponteano<sup>23</sup> - a pretensão à tutela jurídica - vedando qualquer ato que impeça ou exclua lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição Federal. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2012a.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 626-627.

<sup>23</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. I. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 42.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth consideram o acesso à justiça como o “mais básico dos direitos humanos” de um sistema jurídico moderno e igualitário, na medida em que permite garantir – e não apenas proclamar – todos os demais direitos<sup>24</sup>.

O direito constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) vem ganhando contornos cada vez mais amplos: inicialmente concebido como de ação/ingresso no judiciário, passou a significar a entrada em um sistema capaz de promover uma tutela jurisdicional qualificada<sup>25</sup>, ou seja, adequada, tempestiva e efetiva<sup>26</sup>.

Observa-se que, hodiernamente, a visão de acesso à justiça evoluiu em razão das transformações sofridas no entendimento do próprio direito, uma vez que aquele que provoca o Estado-Juiz impõe que seu direito seja analisado, ou seja, tal norma prevista no art. 5º, XXXV, da CF, garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

Desse modo, o direito à tutela jurisdicional não pode se limitar ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido ou ao conceito tradicional de acesso à justiça. Hoje, o acesso à justiça é garantia constitucional que só se realiza mediante a efetividade das decisões judiciais, que essas decisões produzam efeitos no mundo jurídico, alcançando a segurança jurídica.

É insuficiente assegurar o acesso aos Tribunais, se o direito pleiteado não for conhecido pelo Judiciário. Ensina Teori Albino Zavascki, a respeito, que:

O direito à efetividade da jurisdição – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – consiste no direito de provocar a atuação do Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, no sentido de obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma decisão *com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos*.<sup>27</sup> (Grifos no original)

Dessa forma, com a nova visão do direito fundamental à jurisdição, não basta que se tenha somente direito abstrato de ação. Faz-se necessário que a jurisdição tenha o fim de tutelar os direitos para que seja possível a sua efetiva proteção.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.11-12.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 216, 1990, p. 9-23.

<sup>26</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Org). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 19-51.

<sup>27</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. In: **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 1997, p. 32.

Ressalta-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva reúne o direito ao acesso à justiça, o direito à técnica processual adequada, o direito a participar por meio do procedimento adequado e o direito à resposta jurisdicional, resposta que possa realmente produzir efeitos. Como Assevera Marinoni:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. [...] A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades do direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou tutela) do direito material.<sup>28</sup>

Ressalta-se, que a ideia de efetividade da tutela judicial deve estar presente desde o ato de criação da norma processual. O legislador, ao criar a norma, deve ter em mente a realização da tutela prometida pelo direito material, de modo a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de promover essa efetividade. Esses procedimentos e técnicas processuais, todavia, somente adquirem substantivação quando relacionados a situações concretas. Portanto, cabe ao juiz adotar as providências judiciais adequadas e efetivas ao caso concreto para garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Nesse contexto, observa-se que, diante da importância do princípio da inafastabilidade à tutela jurisdicional, também conhecido por princípio da proteção judiciária, têm sido extraídos a garantia do direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e todos os respectivos corolários. Assim, tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura “[...] uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, abrangendo tanto as situações processuais como as substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutela os direitos pelo esforço interpretativo que procure suprir eventuais imperfeições dos institutos processuais<sup>29</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos, e a faculdade de exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Assim, a tutela dos direitos de liberdade

<sup>28</sup> MARINONI, Luis Guilherme. O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Professor Marinoni**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2011.

<sup>29</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**, 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 29 -31.

ameaçados ou lesados, a realização dos direitos fundamentais sociais, a satisfação dos direitos fundamentais de proteção, enfim, a reivindicação dos direitos fundamentais e de todos os direitos, em termos de efetividade, depende do direito de ação<sup>30</sup>.

Desse modo, o direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação, ao meio ambiente, podendo ser considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetividade, a concretização de todos eles<sup>31</sup>.

Sendo assim, o direito à tutela jurisdicional é exercido mediante propositura de ação, e o direito fundamental de ação obriga o Estado-juiz, diante de qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado, a prestar tutela jurisdicional efetiva. O processo, conforme já elucidado, é técnica, meio, método de trabalho, pelo qual se realiza a jurisdição. Tal técnica processual deve ser adaptada ao perfil do direito material, a fim de se obter a jurisdição efetiva, ou seja, a tutela dos direitos.

Observa-se diante dos posicionamentos acima, que o direito fundamental à jurisdição deve ser compreendido como direito a prestação à tutela jurisdicional efetiva, uma vez que deve ser analisado sob três perspectivas: do direito ao acesso à justiça; da adequação da tutela; e da tutela efetiva. Assim, fica demonstrado que a ação, longe de ser simples ato de invocar a prestação jurisdicional, constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva. Pois, nada adiantaria a Constituição Federal prever o direito à prestação jurisdicional, sem garantir sua efetividade.

Nesse contexto, o direito à tutela jurisdicional não pode ser limitado ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido ou ao conceito tradicional de acesso à justiça, como ensina Marinoni<sup>32</sup>. O direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da existência dos direitos, já que, em regra, não se admite a autotutela.

Ademais, a nova visão do direito jurisdicional, não basta que se tenha somente direito abstrato de ação. Faz-se necessário que a jurisdição tenha o fim de tutelar os direitos para que seja possível a sua efetiva proteção, seja eles fundamentais ou não.

Sarlet vai mais além, afirmando que os direitos e garantias fundamentais que envolvem, por exemplo, a inafastabilidade do controle judiciário e as garantias processuais estão intimamente vinculados ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que

---

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, 543.

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed., São Paulo: RT, 2008, p. 205.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

vem sendo considerado fundamento de todo sistema de direitos fundamentais.<sup>33</sup> No que toca aos direitos fundamentais, essa tutela se torna ainda mais importante, visto que eles estão no âmbito do mínimo existencial para que a pessoa humana tenha dignidade.

Assim, percebe-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional é aquele que possibilita a efetivação dos demais direitos fundamentais, de modo que se pode falar em uma relação de integração, interdependência entre direito processual e direito material. Isto é, por meio não apenas do processo, mas de uma tutela jurisdicional efetiva, consegue-se concretizar a força normativa da Constituição, protegendo-se os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

Por isso, com a visão de suprir eventuais imperfeições dos institutos processuais que possam impedir o provimento jurisdicional meritório, justifica-se o estudo sobre as condições da ação e a aplicação da teoria da asserção, em busca de garantir uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Pois, o processo é o instrumento onde a técnica processual que deve estar sempre a serviço da efetividade.

#### 1.4 Jurisdição no pós-positivismo

A Constituição Federal, durante muitas décadas, era vista como um documento essencialmente político, servindo apenas como uma solicitação à atuação dos poderes públicos. A partir do século XX, começa a haver mudanças nos paradigmas constitucionais, atribuindo à norma constitucional o status de norma jurídica. Assim, houve a superação do modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a concretização das propostas constitucionais ficava invariavelmente condicionadas à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário, não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição Federal<sup>34</sup>.

Prevalecia nessa época o positivismo, que foi concebido como uma forma de isolar o direito da moral e da política, onde tratava de questões atinentes à legitimidade e à justiça com um grau de abstração que não caberia ao trabalho do intérprete ou ao aplicador da norma fazer qualquer juízo de valor. Assim, a reaproximação do direito com ética e com os valores postos de lado pelo positivismo, promoveram uma revolução na ciência jurídica.

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 128-129.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

Assim, para o positivismo jurídico, o direito é um fato e não um valor. O jurista deve estudar o direito, do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, vale dizer, abstendo-se de formular juízos de valor. Desse comportamento, deriva uma teoria formalista da validade do direito. A busca de objetividade científica apartou o direito da moral, concebendo o fenômeno jurídico como uma emanção imperativa e coativa do Estado. O sistema jurídico passou a ser entendido como um sistema fechado, axiomatizado e hierarquizado de normas.<sup>35</sup>

Ocorre que o positivismo jurídico, em suas mais diversas manifestações, revelou propostas limitadas e insatisfatórias. Dessa forma, a constatação de que o direito não se resume a um sistema fechado de regras legais abriu margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico. Buscou-se, então, conceber-se a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais. A proposta é de uma nova grade de compreensão das relações entre direito, moral e política.

Desse modo, após a segunda guerra mundial, o movimento de reconstitucionalização aflorou na Europa, acarretando a derrocada do positivismo, a reaproximação do direito com a ética e a moral. Assim, o campo ficou propício para ascensão de um ideal constitucional efetivo e as normas constitucionais passaram a ser dotadas de imperatividade, além do caráter vinculativo e obrigatório.

Com essa nova perspectiva, reviu-se a questão da legalidade estrita, os princípios passaram a ser dotados de normatividade, surgiu uma nova concepção hermenêutica e desenvolveu-se uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. O arcabouço teórico do neoconstitucionalismo trouxe em si uma nova forma de organização política, o Estado Constitucional, representado pela justaposição simbiótica entre a democracia e constitucionalismo do pós-guerra.

Nesse contexto, o positivismo sofreu modificações, passando os operadores do direito que defendem o pós-positivismo, como também o neoconstitucionalismo, a analisarem a norma jurídica mediante uma nova hermenêutica.

O pós-positivismo jurídico afirma que a hermenêutica jurídica não deva restringir-se à lei e aplicação de leis, havendo de se almejar uma razão prática, imbuída de incessante busca da decisão justa. Decisão esta carregada de instrumentos jurídicos como proporcionalidade, ponderação de valores e razoabilidade, fazendo-se prevalecer à efetiva operabilidade do sistema jurídico, levando em consideração os princípios. Assim afirma

---

<sup>35</sup> LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba : Juruá, 2003, p. 17.

Barroso<sup>36</sup>: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.

No Brasil, o processo de reconstitucionalização deu-se sob o manto do nascimento de um novo Estado, com a promulgação de uma nova constituição – Constituição de 1988 - e dentro de uma transição de um regime ditatorial para o democrático, possibilitando um período de estabilidade constitucional.

Alterou-se, radicalmente, o modo de construção - exegese - da norma jurídica. Antes da constitucionalização do direito privado, como a Constituição não passava de uma Carta Política, destituída de força normativa, a lei e os Códigos se colocavam no centro do sistema jurídico. A lei - e sua visão codificada do século XIX - perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição<sup>37</sup>, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais.

Assim, a função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas atuar – declarar - a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional. Nesse sentido, a supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, um importante alicerce teórico.

Nesse contexto, a Constituição deve ser entendida como ponto de partida para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, assumindo um papel basilar na interpretação da norma jurídica. Isso permite inferir que o estudo e a aplicação do de todo o direito, bem como do direito processual, devem partir das premissas teóricas e metodológicas do mecanismo neoconstitucional, pautados na força normativa da Constituição, no desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e da jurisdição sob o ponto de vista constitucional.

Dessa forma, tem-se que a Constituição é, pois, o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica, assumindo um caráter fundamental na construção do neoprocessualismo. A Constituição brasileira de 1988 ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou constitucional os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais.

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In. BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 27-28.

<sup>37</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 6.

Ao se incluir no rol do artigo 5º, XXXV da CF/88, a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição - acesso à justiça -, mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada - acesso à ordem jurídica justa<sup>38</sup>.

Assim, tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura “[...] uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, abrangendo tanto as situações processuais como as substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutela os direitos pelo esforço interpretativo que procure suprir eventuais imperfeições dos institutos processuais<sup>39</sup>.

Com o neoconstitucionalismo criando uma nova percepção da Constituição e de sua função na interpretação jurídica, tem-se que tal norma fundamental fixa os vetores interpretativos da ordem jurídica. É dizer, a Constituição, com toda a sua força normativa, explícita ou implicitamente, firma os valores, os princípios e as regras a serem seguidos não só quando da aplicação das normas, seja pelo administrador ou pelo juiz, no caso concreto, mas também quando de sua elaboração pelo legislador.

Com o fenômeno da constitucionalização dos direitos, as leis infraconstitucionais e os Códigos deixaram de estar no centro do sistema jurídico, dando lugar às normas constitucionais que contemplam direito e garantias fundamentais. Assim, não se pode olvidar a tese de que a Constituição é dotada de normas jurídicas fundamentais e supremas, devendo sempre prevalecer, com todas as interpretações efetuadas a partir de suas normas.

Durante algum tempo, a premissa “Direito é lei”<sup>40</sup> gozou de especial prestígio e assim foi interpretada pelos positivistas, mas, pela nova tendência constitucional, essa definição não supre as implicações e necessidades que a palavra direito reclama. Isso porque a sociedade moderna pluralista cria uma infinita constelação de relações intersubjetivas que extrapolam o individualismo, como o reconhecimento dos direitos fundamentais e a atenção dada aos princípios que são verdadeiras fontes do direito, com verdadeiro caráter dirigista para responder às questões sociais, precisamos estar atendo aos novos tipos de interpretação das normas constitucionais.

Em busca de interpretar o direito para adequar à realidade social, permitindo que o julgador profira decisões mais justas e adequadas para a concretização dos direitos

---

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997, p. 20.

<sup>39</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 29 -31.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-395.

fundamentais, é que o processo hermenêutico vem sofrendo influência da nova hermenêutica constitucional.

E, em busca de interpretar a norma, com todas essas referências acima, observamos que a interpretação constitucional vem ganhando força dentro do processo hermenêutico, fazendo com todas as normas jurídicas sejam interpretadas para dar efetividade às normas constitucionais, vez que a Constituição é o documento normativo mais importante de um Estado. Este trabalho acadêmico defende que todo o ordenamento jurídico, portanto, deverá nela buscar sua validade, pois ocupa o topo da pirâmide normativa<sup>41</sup>, sendo reconhecida através da doutrina pela supremacia de suas normas.

Nesse contexto, observa-se que a interpretação do direito constitucional evoluiu com grande velocidade nesses anos, e essa evolução, consequência de um mundo dinâmico e complexo, trouxe um novo constitucionalismo hoje vivenciado. Ao direito, foi assimilada forte carga axiológica e os princípios constitucionais assumiram papel de grande relevância, os quais incidem sobre toda a ordem jurídica, em sua compreensão e aplicação em busca de concretizar os direitos fundamentais.

Desse modo, a visão contemporânea do direito, concebida pela estrutura do constitucionalismo atual, não admite seu isolamento em face da sociedade, pois o direito, ao absorver valores sociais fundamentais, saiu da redoma onde permaneceu intangível por longas décadas, impregnando-se como ideal de justiça e da certeza de que somente existe para realizar um bem maior, que é de servir à proteção de todo corpo social.

O fato de a Constituição possuir normas de caráter aberto que permitem a atualização na sua interpretação, e por serem estas capazes de renovar constantemente a ordem jurídica, para comportar dentro dos limites por ela traçados às mudanças operadas na sociedade, é que os modernos métodos de interpretação constitucional caracterizam-se, pois, pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição.

E, em razão dessa hermenêutica material da Constituição, com uma nova abordagem em relação aos métodos hermenêuticos, construindo uma nova hermenêutica direcionada a dar resposta a aspectos da realidade social, para que se possa construir o verdadeiro significado da norma, vem se consolidando a nova hermenêutica constitucional defendida por

---

<sup>41</sup> Denominação dada por Hans Kelsen.

festejados autores alemães, como Konrad Hesse<sup>42</sup> e Peter Häberle<sup>43</sup>, que constataam limitações na hermenêutica tradicional para concretização dos direitos.

Nesse diapasão, a interpretação constitucional vem ganhando um novo enfoque, fazendo surgir a constitucionalização da sistemática processual, o neoprocessualismo, que serve de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas, sobretudo, para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas à prestação jurisdicional.

---

<sup>42</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p.69.

<sup>43</sup> HÄBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A Sociedade aberta dos interpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 9.

## 2 UMA BREVE ANÁLISE DO OBJETO DA COGNIÇÃO: CONDIÇÃO DA AÇÃO E MÉRITO DA CAUSA

### 2.1 Conceito de Ação

Proibida a autodefesa, o Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas funções fundamentais. Assim, cabe-lhe solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre seus indivíduos.

Ocorre que a jurisdição é inerte e necessita de provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Francisco Wildo Lacerda Dantas nos ensina que:

A jurisdição se provoca através da ação e esta constitui um direito subjetivo e, segundo pensamos, mais do que é um direito é um poder, reconhecido a todos os cidadãos de exigir do Estado a prestação jurisdicional, consistente na remoção de uma situação obstáculo posta pela resistência oferecida pelo sujeito obrigado (jurisdição contenciosa) ou posta pela vontade da lei (jurisdição voluntária), que se realiza no processo.<sup>44</sup>

A provocação do sujeito do interesse violado ao Estado-Juiz, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional, estará o indivíduo exercendo um direito, que é a ação. Sobre o assunto preleciona Moacyr Amaral Santos:

Ação é o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Assim, o direito de agir se conexiona a um caso concreto, que se manifesta na pretensão, que o autor formula e para qual pede a tutela jurisdicional.<sup>45</sup>

Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional. Mediante o exercício da ação, provoca-se a jurisdição que, por sua vez, se exerce por meio daquele complexo de atos que é o processo<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 104.

<sup>45</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p.175.

<sup>46</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247.

Aqui estamos nos reportando à ação de direito processual, que provoca o exercício da função jurisdicional que atua mediante o processo. Francisco Wildo afirma que essa trilogia – jurisdição, ação e processo – defendida por Ramiro Podetti<sup>47</sup> deve, necessariamente, ser a base metodológica e científica do estudo da teoria e da prática do processo, onde o estudo deve se fundamentar em uma conceituação unitária e subordinada, uma vez que todos são interligados.<sup>48</sup>

Desse modo, retiramos dos estudos de Arruda Alvim as seguintes considerações sobre o conceito de ação que:

É o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação da nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material).<sup>49</sup>

Entretanto, para a obtenção de um conceito de ação no direito processual civil contemporâneo, é fundamental que conheçamos todo o seu processo histórico-evolutivo no campo doutrinário, uma vez que ainda nos dias atuais existem divergências a respeito.

### ***2.1.1 Breve histórico das Teorias da Ação***

Registra-se que não faremos aqui um estudo detalhado sobre as teorias da ação, tendo em vista as vicissitudes da longa polêmica que gerou tal instituto. Limitaremos a resumir as características mais importantes de cada teoria, para entendermos sua natureza jurídica e a evolução do conceito de ação. Assim, merecem destaque as seguintes concepções: teoria clássica, teoria da ação como direito concreto, teoria da ação como direito abstrato e teoria eclética de Liebman.

#### ***2.1.1.1 Teoria clássica, civilista ou imanentista***

Partindo da doutrina de Celso Neves, essa teoria permaneceu incontestada por longo período de tempo; foi denominada de teoria civilista unitária ou imanentista, segundo a qual a

---

<sup>47</sup> PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y técnica del proceso civil e trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 115.

<sup>48</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 30.

<sup>49</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 351.

ação é o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido, entendendo a escola clássica ser a ação como imanente a um direito material.<sup>50</sup>

Essa teoria representou as primeiras caminhadas acerca da natureza jurídica da ação, a qual teve início no século XIX no Direito Romano, sendo consolidada por meio do pensamento de Savigny, enfatizando que “[...] a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou violação”, acrescentando que a violação do direito gera uma relação ou um direito para quem a sofre, não havendo ação sem direito, nem direito sem ação, ou seja, esta segue a natureza do direito.<sup>51</sup>

Assim afirmava Friedrich Savigny:

Sob o ponto de vista geral se reconhece que toda ação implica necessariamente duas condições: um direito e a violação deste direito. Se o direito não existe, a violação não é possível: se não há violação, o direito não pode revestir a forma especial de uma ação.<sup>52</sup>

Nesse contexto, a “[...] ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação”<sup>53</sup>. Portanto, pode-se afirmar que essa teoria é o direito material em movimento e que a todo direito material lesado corresponde de pronto uma satisfação atrelada aos direitos individuais, ou seja, o foco é o direito subjetivo lesado.

Apesar de essa teoria ter prevalecido até meados do século XIX, essa concepção não explicava várias situações para realização do direito, tais como:

a) a impossibilidade de explicar a improcedência da ação, em que a decisão nega que o autor tenha razão, o que vale dizer: o autor não tem o direito que pleiteia. Assim, vislumbra-se que só poderá haver sentença de procedência, isto é, para essa teoria inexistente a sentença de improcedência.

b) A ação declaratória em que se discute apenas sobre a existência ou não de direito, e as ações constitutivas, que visam criar direitos e outras situações.

Ovídio A. Baptista da Silva, sobre o assunto, destacou que a teoria civilista, ao denominar ‘ação’ processual como o direito de perseguir em juízo ‘o que nos é devido pelo obrigado’, misturou as duas realidades, ou seja, o exercício da pretensão de tutela jurídica

<sup>50</sup> NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 84.

<sup>51</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

<sup>52</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução Jacinto Messias e Manoel Poley. 2. ed. Madri: Gongora, 1878, p.10.

<sup>53</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 250.

estatal e a ação de direito material, que é o agir do titular do direito para obtenção ‘do que lhe é devido’. E, sendo assim, não teve como explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo sem ter direito, ou seja, ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente, pois em tal caso a ‘ação’ processual não teria sido o direito de perseguir em juízo ‘o que nos é devido’.<sup>54</sup>

Desse modo, a natureza jurídica da ação, para teoria civilista unitária, seria a do direito subjetivo material, porque eram ambos a mesma coisa. Não haveria ação sem direito, nem direito sem ação. A ação, em suma, segue a natureza do direito. Essa teoria explica a natureza da ação de direito material, mas não serve para explicar a natureza da ação de direito processual.<sup>55</sup>

Sobre o estudo, destaca-se o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni:

É intuitivo que a ação não se confunde com o direito material. Hoje, ao contrário do que ocorreria à época em que tal confusão era feita, qualquer leigo sabe que propor uma ação significa ter o direito que através dela se busca, pois não é difícil ouvir alguém falar que o juiz não percebeu a existência do direito ou que as provas não foram produzidas de forma a evidenciá-lo, embora ele fosse de fácil demonstração. De modo que a antiga ideia de que a ação e o direito material constituem uma coisa só atualmente não merece sequer cogitação.<sup>56</sup>

Com base na teoria apresentada, percebe-se o reflexo de uma época em que não se considerava ainda o Direito Processual como ciência autônoma, sendo “[...] o processo civil mero apêndice do Direito Civil”.<sup>57</sup> Por essa concepção, a ação era considerada o próprio direito material depois de violado.

Não obstante, esse entendimento superado pela conhecida polêmica entre Windscheid e Muther, que, em 1857, iniciaram na Alemanha uma discussão que alterou toda concepção doutrinária existente a respeito da ação.

O grande mérito dessa célebre polêmica foi o reconhecimento da existência da ação como um direito autônomo. A ação passou a ser vista como um direito à fórmula – tutela

<sup>54</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 80.

<sup>55</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 93.

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed., rev., e atual. 2. Tiragem, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 176

<sup>57</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, v. 1, p. 119.

jurisdicional -, a ser exercido contra o Estado e também contra o adversário obrigado, sobre o qual será exercida a coação estatal, para que se obtenha o cumprimento de sua obrigação.<sup>58</sup>

Para Grinover, Cintra e Dinamarco, a discussão de Muther complementou a teoria de Windscheid distinguindo direito lesado de ação, afirmando: “[...] desta nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou”<sup>59</sup>.

Para Marinoni, a tese de Windscheid:

Conclui que a pretensão é equivalente moderno *actio*, afirmando que a pretensão é distinta do direito subjetivo, do qual é uma simples emanção que confere ao autor a possibilidade de exigir a sua realização, e do próprio direito de agir contra do Estado (direito de se queixar ou *Klagerecht*).<sup>60</sup> (Grifos no original)

Nesse aspecto, vislumbra-se que a tese de Windscheid, segundo a qual a ação é o exercício da pretensão perante o juiz, muito embora separe pretensão do direito subjetivo material, permanece a ideia de que ação é um direito material, e não um direito processual.

Ao estudar a tese de Muther, observa-se que a ação “[...] consistia no direito do lesado em buscar o amparo jurisdicional do Estado e do direito deste de tomar as providências necessárias para extinguir a lesão, contra o seu autor, sendo ela, portanto, bilateral e de natureza pública”.<sup>61</sup>

Em apertada síntese, esses doutrinadores demonstraram que direito lesado e ação não são sinônimos, têm realidades distintas, criando, a partir do direito subjetivo material da parte prejudicada, dois outros direitos públicos: a) um, para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional, e que é dirigido contra o Estado; e b) outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica, e que se volta contra a parte que a causou.<sup>62</sup>

Observa-se que essas teorias de Windscheid e Muther, ao tentar construir o conceito de ação, faz nascer uma nova concepção de ação, visto que a partir dessa época as demais

<sup>58</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001, p. 48.

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 250.

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed., rev., e atual. 2. Tiragem, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 176

<sup>61</sup> MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da ação** – com ênfase à ação civil pública para tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005, p. 47.

<sup>62</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60.

teorias aceitaram a autonomia do direito de ação e sua natureza pública, o que ressaltava que a ‘ação’ seria um direito dirigido contra o Estado, buscando eliminar a lesão jurídica causada pela parte.

### *2.1.1.2 Teoria da ação como direito concreto*

Registra-se que a teoria da ação como direito concreto surgiu depois da teoria da ação como direito abstrato, mas a doutrina prefere primeiramente analisar a teoria do direito concreto, por considerar que a teoria do direito abstrato é mais avançada quanto ao posicionamento da natureza da ação.<sup>63</sup> Assim, passamos a nos dedicar ao estudo da teoria da ação como direito concreto da ação.

Em 1885, surgiu uma nova visão sobre a natureza jurídica da ação, por meio da teoria concretista da ação ou teoria da ação como direito concreto, defendida por Adolf Wach. Esta afirmava que o direito de ação só existia se existisse um direito material. Era no direito material que o direito de ação se sustentava. Para essa teoria, o conceito de ação é o direito a uma sentença favorável.

Sobre o assunto Pedro Henrique Pedrosa Nogueira afirma que:

Embora as bases para formulação da teoria concreta da ação já estivessem bem presentes em Muther, foi Adolf Wach quem inaugurara essa concepção, cujo cerne, em linhas gerais, reside, na premissa segundo a qual a ação corresponde ao direito de se obter uma resolução judicial favorável.<sup>64</sup>

Adolf Wach subordinava o direito de ação a uma sentença favorável ao autor; isso para afastar a crítica da teoria civilista que não conseguia explicar o fenômeno da ação declaratória<sup>65</sup>. Ponderou, ainda, sobre como o juiz poderia conceder algo que não era devido e declarar que não era devido por ninguém – ação declaratória negativa -, e afirmou não haver espaço para confundir ação e direito material<sup>66</sup>.

Na visão de Wach, ação corresponde a um direito público e concreto, na medida em que somente terá existência quando houver o reconhecimento do direito material. Somente

---

<sup>63</sup> SILVA, Ovídio A. B. da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

<sup>64</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2008, p. 56.

<sup>65</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 126.

<sup>66</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo Civil**. Processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 81.

pode ser exercida pelo titular de um interesse real, e não imaginário. Para caracterização da ação, deve existir a violação ou ameaça a ofensa a direito, além da correspondência entre o direito e o ordenamento jurídico concreto, consubstanciado em regras previamente definidas.

Marinoni afirma, ao explicar a teoria concreta, que:

Porém, o direito a tutela jurídica, no raciocínio de Wach, significa direito à sentença favorável ou à execução ou ao sequestro, todos representando atos de proteção jurídica. Ou seja, o autor ou réu que não obtivesse sentença favorável não teria tutela jurídica. A teoria de Wach, embora frise a necessidade de o Estado dar proteção ao cidadão, demonstrando que o direito a essa proteção nada tem a ver com o direito material, vincula tal proteção a um ato de proteção concreta, com sentença favorável. Ainda que o autor e o réu tivessem pretensão à sentença, a pretensão à tutela jurídica dependia de uma sentença favorável.<sup>67</sup>

Embora mais avançada, essa teoria também não expressava o ideal conceito de ação, uma vez que somente existia ação quando era reconhecido o direito, ou seja, quando a sentença era de procedência. Quando a sentença era julgada improcedente, não haveria ação, apenas processo.

Nesse aspecto, portanto, continuamos sem explicação convincente para situações que já foram mencionadas, tais como aquelas provocações em que a parte vai a juízo sem que se tenha direito subjetivo, pretensão e ação - como exemplo: ação julgada improcedente, ação constitutiva e outras.

Assim, era o entendimento de Pontes de Miranda, que demonstrou o equívoco de Wach em vincular o exercício da pretensão à tutela jurídica à existência de um direito, pretensão ou ação, ao observar que:

Se só os que têm a pretensão tivessem direito ao uso dos remédios, haver-se-ia de começar do fim para o princípio: quem tem razão (direito, pretensão) tem ação, quem tem ação tem remédio processual. Ora, só se sabe quem tem “razão” depois que se instaurou o processo (remédio), que se verificou ser procedente a ação (isto é, existir), por se terem produzido as provas, e se pronunciado a sentença, contendo o direito objetivo.<sup>68</sup>

Vale destacar que, apesar da teoria concreta ter sofrido várias críticas, Chiovenda identificava-se com essa teoria, o que não o impediu de formular o conceito de ação como direito potestativo, “[...] a qual ação consistia em um direito autônomo, mas que não se dirige

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed., rev., e atual. 2. Tiragem, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 177.

<sup>68</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsó, 1955, p.234.

contra o Estado, porém somente em relação ao adversário, não se configurando num direito subjetivo e nem num direito público”<sup>69</sup>.

Para Chiovenda, denomina-se “direitos potestativos”, também chamados de “direitos formativos”, uma classe especial de direitos subjetivos cuja satisfação não depende propriamente do cumprimento de um dever do obrigado, ou de uma prestação a ser realizada por este.<sup>70</sup>

Assim, os direitos potestativos são poderes em que o respectivo titular tem de formar direitos, mediante a simples realização de um ato voluntário e sem que se exija do obrigado o cumprimento de uma prestação correspondente. A ação não é proposta em face do estado, mas em face do próprio adversário. A ação constitui um poder em face do réu. O Estado é visto como órgão público de prestação de tutela jurídica.

Marinoni, ao analisar os preceitos de Chiovenda, ensina-nos que:

Segundo Chiovenda, a ação requer uma sentença favorável (teoria do direito concreto) e, nesse caso, produz os efeitos da atuação da lei em face do adversário. Portanto, o réu, diante da ação, fica sujeito aos efeitos jurídicos derivados da sentença favoráveis do autor. Essa sentença ou tais efeitos jurídicos dependem do exercício da ação, vista como um poder em face do adversário, isto é, como uma ação que, quando acolhida, sujeita o adversário a determinados efeitos. De modo que a ação, para Chiovenda, está muito longe de constituir um direito contra do Estado, sendo um poder (ou direito potestativo) em face do réu.<sup>71</sup>

Esta concepção teve o mérito de mostrar que a ação não podia ser confundida com o direito subjetivo, como afirmava a teoria clássica. Contudo, assim como Wach, a teoria defendida por Chiovenda de que o direito de ação, embora autônomo, é um direito potestativo, na medida em que não é dirigido em face do Estado, para que este cumpra uma prestação, mas sim em face do réu, para que esse se sujeite aos efeitos da lei; deixava, também, sem explicação o fenômeno da ação de improcedência.

Desse modo, conclui-se que a teoria civilista, a teoria concretista, também não admite sentença de improcedência do pedido, não traduzindo assim a real natureza da ação.

---

<sup>69</sup> MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da ação** – com ênfase à ação civil pública para tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005, p. 51.

<sup>70</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 96.

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed., rev., e atual. 2. Tiragem, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 180.

### 2.1.1.3 Teoria da ação como direito abstrato

Essa teoria abstrativista da ação surgiu antes mesmo do nascimento da teoria da ação como direito concreto. Foi desenvolvida pelo alemão Heinrich Degenkolb e pelo húngaro Alexander Plósz, em 1876 e 1877. Por meio de tais formulações, os autores procuraram demonstrar que a ação é um direito processual subjetivo que se pode conceder com abstração de qualquer outro, sendo, portanto, absolutamente distinto do direito substancial ou material subjetivo que possa ter a parte.

Nesse contexto, a teoria abstrata explica que o direito de ação é “[...] o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado arguido pelo autor”. Ademais, destacam que “[...] pré-existe a própria demanda, compete a qualquer cidadão que puder invocar a proteção de uma norma legal em benefício do interesse alegado”.<sup>72</sup>

Didier Júnior aponta que os adeptos dessa teoria “[...] consideravam que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o resultado da causa (existência ou não do direito material)”<sup>73</sup>. A teoria abstrativista da ação, para esse autor, tem como objetivo a obtenção de um provimento jurisdicional sem a vinculação de um direito, ou seja, chega-se a uma sentença de procedência ou de improcedência. Em outras palavras, a ação independe do direito material, isto é, mesmo não havendo direito material, houve ação, ou seja, pode até haver provimento de procedência ou improcedência.

Sobre o assunto Francisco Wildo Dantas afirma que, para os defensores dessa teoria, a ação não dependia, para sua existência, que o autor tivesse ou não razão, porque a demanda tanto poderia resultar fundada quanto improcedente, e se concluía que o direito de ação era, pois, um direito abstrato, dirigido contra o Estado.<sup>74</sup>

Essa teoria sofreu críticas, pois não havia qualquer relação com o direito material, sendo apenas um direito de provocar sem qualquer observância para que exista o direito de ação. A partir dessa teoria, o direito de ação passa ser visto como um direito subjetivo, exercido para que o Estado preste a tutela jurisdicional, pouco importando qual é o resultado, ou seja, para essa teoria o direito de ação é aquele que nos permite provocar o Estado-juiz e,

<sup>72</sup> SILVA, Ovídio A. B. da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109.

<sup>73</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1, p. 168.

<sup>74</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 96.

com isso, obter um provimento judicial, independentemente da questão de mérito, da existência de razão por parte daquele que exerceu este direito.

#### *2.1.1.4 Teoria eclética de Liebman*

Essa teoria foi desenvolvida em 1949 por Enrico Tullio Liebman, processualista italiano, que residiu durante vários anos aqui no Brasil, tendo o nosso Código de Processo Civil de 1973 adotado essa teoria, o qual ainda hoje se encontra em vigor.

Assim, Liebman afirmava que ação seria um direito público subjetivo contra o Estado, mediante o atendimento de certas condições, para obtenção de um julgamento sobre o mérito da demanda<sup>75</sup>. Conforme o autor, para ter ação bastava que a parte provocasse o Estado-juiz e preenchesse as ditas condições da ação, ensejando assim um pronunciamento de mérito, quer seja pela procedência, quer seja pela improcedência do direito.

A Teoria de Liebman entende que a ação é autônoma em relação ao direito material e é abstrato em relação ao resultado da demanda, entretanto, para existir, necessária se faz a presença das condições da ação, sem as quais não terá havido ação. Há aqui uma incoerência de Liebman; eis que a falta de condições da ação leva à extinção do processo sem julgamento do mérito, pelo fato da parte ser considerada carecedora da ação. Ora, nesse caso a existência da ação dependerá do resultado prático da demanda, de forma que não seria aquela de todo abstrata.

A base da teoria de Liebman levava em consideração a teoria abstrata. Mas, não obstante, os doutrinadores perceberam que não havia uma separação do direito concreto, por isso denominou-se de teoria eclética.

Ovídio Baptista da Silva assim descrevia:

A doutrina de LIEBMAN representa de certa forma, uma intermediação entre os dois extremos, representados pelas correntes do “direito concreto de ação” e do direito “abstrato”. Reagindo contra a doutrina “civilista” da ação, ou contra a sua variante moderna representada pelos “concretistas”, e, ao mesmo tempo, negando também a tese oposta, que identifica a ação com o simples exercício de um direito público subjetivo incondicionado, por meio do qual qualquer pessoa pode provocar a atividade jurisdicional, coloca-se LIEBMAN num ponto de intermédio, ao definir a “ação” como um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito

---

<sup>75</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito processual Civil**. Vol. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.150.

reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide.<sup>76</sup> (Grifos no original)

Desse modo, a teoria de Liebman é um misto entre a teoria do direito abstrato de ação e a teoria do direito concreto de ação, definindo esta como um direito subjetivo público dirigido contra o estado, correspondente ao direito reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide.

Didier Júnior explica essa teoria da seguinte maneira: “[...] o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento este que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo”.<sup>77</sup>

Importante destacar que, para Liebman, a decisão do juiz de verificar ausência de alguma das condições da ação impossibilita o julgador analisar o mérito da ação, e, sendo assim, essa decisão não corresponde à verdadeira atividade jurisdicional. Só haverá jurisdição quando, ao provocar o Estado-juiz, a parte preencher as ditas condições da ação, ensejando que o juiz analise o mérito sobre a demanda, ainda que esta decisão seja contrária ao autor.

Nesse contexto, Liebman diferencia ação no plano processual da ação e no plano constitucional, pois aquela deve necessariamente preencher as condições da ação, para efetivamente exista ação, enquanto esta seria o mero acesso aos tribunais. A esse respeito, explicam Grinover, Cintra e Dinamarco:

O autor a define como direito subjetivo instrumental - e, mais do que um direito um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato a *sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material*. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do ‘*status civitatis*’), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja.<sup>78</sup> (Grifos no original)

Conforme essa teoria, não há exercício do direito de ação quando o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito. Nesse caso, foi movimentada a máquina judiciária em

<sup>76</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 100.

<sup>77</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1, p. 168.

<sup>78</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251.

razão do direito de demandar, que é garantia inerente ao princípio constitucional do acesso à justiça, mas não houve ação.

Sobre o assunto, Marinoni afirma que essa teoria se caracteriza como a possibilidade do provimento jurisdicional de mérito pelo Estado, independente de haver o direito material alegado, ou seja, tem como objetivo apenas o pronunciamento de mérito, seja ele favorável ou não ao autor. Assim, para existir ação, são imprescindíveis as condições da ação; logo, está a se falar da teoria eclética. No entanto, quando não há necessidade de condições da ação, há a teoria abstrativista ou incondicional, ou seja, o direito de petição ou ação presente nas ações constitucionais, nas quais se pode afirmar que há ação com exercício de cidadania.<sup>79</sup>

Conclui-se sobre a referida teoria, o direito de ação é abstrato e autônomo, entretanto somente existe, caso estejam presentes o que Leibman convencionou chamar de condições da ação. É autônomo o direito de agir, porquanto independe da efetiva existência do direito material invocado pela parte. É abstrato, uma vez que independe do resultado prático da demanda, de forma que há ação, mesmo em casos de improcedência dos pedidos. Mas, para existir realmente, a ação tem que preencher as chamadas condições da ação, ensejando assim uma decisão de mérito sobre a demanda, ainda que essa decisão seja contrária ao autor.

Desse modo, Liebman desenvolveu a teoria das condições da ação, como argumento de que elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame de mérito, definindo, três condições da ação: legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.<sup>80</sup>

Apesar de Liebman afirmar que “[...] ação é um direito ou poder subjetivo processual de promover o processo, provocando o efetivo exercício da jurisdição, desde que presentes as condições da ação”<sup>81</sup>, comungamos com o entendimento da doutrina moderna de que as condições da ação não são requisitos para a existência da ação, mas para seu exercício. Por isso, ainda que falte um dos requisitos da ação, haverá atividade jurisdicional, conforme demonstraremos a seguir.

A teoria eclética, no entanto, recebeu críticas, por não conseguir explicar o que ocorre com a ação quando não preenchidas as ditas condições da ação. Esta, como ponderado, se processa no âmbito jurisdicional até que seja proferida a sentença de carência de ação, mas,

---

<sup>79</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed., rev., e atual. 2. Tiragem, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 215.

<sup>80</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, p. 203.

<sup>81</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 63.

conforme Liebman, essa hipótese é caracterizada pela não existência da ação, uma vez que não concebe a existência de exercício de jurisdição, mas simples "atividade administrativa".

Didier Júnior, seguindo corrente oposta, faz severa crítica ao instituto das condições da ação adotado em nosso ordenamento, conforme a seguinte lição:

A concepção de um direito de ação condicionado, apenas se justifica para aqueles que o entendem como direito a um provimento sobre o mérito, e a jurisdição, como a prestação jurisdicional que componha a lide. Não seguimos essa linha de raciocínio. A sentença (sim, é sentença!) que declara inadmissível o exame do mérito (análise puramente processual) é tão sentença (jurisdição) quanto aquela que declara inexistente o direito material invocado. Dizer que a atividade do magistrado, neste caso, não é jurisdição nos parece absurdo e arbitrário.<sup>82</sup> (Grifos no original)

Necessário destacar que por essa teoria vislumbramos um direito de ação condicionado a certas condições, não obstante o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao conferir o direito de ação como garantia constitucional confere a todos indistintamente, não impondo quaisquer requisitos ou condições. Sendo assim, passaremos a analisar quais são condições da ação, estabelecidas pelo Código de Processo Civil e derivada da teoria de Liebman.

## 2.2 Condições da ação

A essa obrigatoriedade de preencher as condições da ação adveio da chamada teoria eclética da ação, adotada pela nossa sistemática processual e defendida por Liebman e sustentada por vários doutrinadores. Ela traz a ideia de que só existirá ação quando efetivamente concorrerem as condições para a sua propositura: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir.

Na verdade, essa teoria nos quer ensinar que, uma vez proposta a demanda, a ação só existirá quando aferida a veracidade da presença das condições acima enumeradas, possibilitando que o juiz julgue o mérito da causa, proferindo uma sentença definitiva pela procedência ou improcedência do direito alegado.

Dessa forma, Liebman constrói a essência de sua teoria eclética, afirmando que:

---

<sup>82</sup> DIDIER JR., Fredie. **Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto.** Podium, Salvador, ano2, mar 2001. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br/artigos/processocivil.htm>>. Acesso em: 25 set. 2012, p.7.

Ação se refere a uma *fattispecie* determinada e exatamente individuada, e é o direito a obter que o juiz proveja ao seu respeito, formulando (ou atuando) a regra jurídica especial que a governa. Ela é por isso condicionada a alguns requisitos (que devem verificar-se caso por caso em via preliminar), vale dizer ao interesse *ad agire*, que é o interesse do autor a obter o provimento demandado; à *legitimazione ad agire*, que é a competência (atribuição) da ação a aquele que a propõe e em confronto com a contraparte; e a possibilidade jurídica, que é a admissibilidade, em abstrato, do provimento requerido, segundo as normas vigentes do ordenamento jurídico nacional. Faltando uma destas condições, se tem aquilo que, com exata expressão tradicional, se qualifica carência da ação, e o juiz deve refutar de prover sobre o mérito da demanda. Neste caso não se tem verdadeiro exercício da jurisdição, mas, somente uso das suas formas para fazer aquela avaliação preliminar (confiada aos magistrados) que serve a excluir de início aquelas causas nas quais estão defeituosas as condições que são requeridas para o exercício do poder jurisdicional.<sup>83</sup>

Para o autor, a ação e a jurisdição são correlatas, não ocorrendo uma sem ocorrer a outra. Segundo Liebman, o julgador, ao emitir seu pronunciamento final, concluindo pela inexistência de quaisquer das condições da ação, proferirá uma sentença terminativa e não definitiva, declarando a carência de ação, independentemente do momento em que foi pronunciada<sup>84</sup>, essa decisão não corresponde à verdadeira atividade jurisdicional.

Sobre as condições da ação, Grinover afirma que se trata de elementos ou requisitos que limitam o exercício do direito de ação, em cada caso concreto. Elementos ou requisitos estes para que se exerça de maneira correta, na espécie, o direito de obter o provimento jurisdicional: a sentença de mérito, no processo de conhecimento, e o provimento satisfativo, no processo de execução.<sup>85</sup>

Assim, para que possamos falar no exercício do direito de ação, é preciso que o indivíduo, ao provocar a tutela jurisdicional, preencha as condições da ação, que são elas: legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Passamos agora a análise de cada uma das condições:

### **2.2.1 Legitimidade *ad causam***

Podemos conceituar legitimidade *ad causam* como o vínculo existente entre as partes e o objeto da demanda, ou seja, para ser legítima, a parte autora deve possuir uma ligação com

<sup>83</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile**. Revista trimestrali di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950, p. 66.

<sup>84</sup> Idem. Ibidem, p. 66.

<sup>85</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977, p. 26-27.

o objeto do direito afirmado. Já o réu, para ser parte legítima, é necessário a existência de uma relação de sujeição em relação à pretensão do autor.

Nesse sentido, afirma Luiz R. Wambier:

Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação, aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no polo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.<sup>86</sup>

Para Liebman a legitimidade de agir surge a partir do interesse de agir, assim afirma:

Legitimação de agir (*legitimidade ad causam*) é a titularidade ativa e passiva da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência a qual ele existe; em outras palavras, é o problema que decorre da distinção entre existência objetiva do interesse de agir e sua pertinência subjetiva.<sup>87</sup>

Conforme o Código de Processo Civil, no seu artigo 6º dispõe: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”<sup>88</sup>. Como se observa, estamos a tratar da legitimação ordinária, em que o autor deve ser o titular da situação jurídica afirmada em juízo e o réu, a outra parte legítima no processo para suportar o ônus da demanda. Desse modo, é necessário que exista um vínculo entre autor da ação, objeto da ação e réu. Mesmo que não exista a relação jurídica pelo autor, há de existir pelo menos alguma relação jurídica que permita ao juiz identificar essa relação entre autor, objeto e réu.

Desse modo, quando definimos que legitimidade de agir diz respeito à identificação entre as partes da relação jurídica de direito material objeto do processo e as partes do processo, uma vez que ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, podemos definir o que a doutrina chama de legitimação ordinária.

A legitimação ordinária estabelece que a mesma pessoa que se afirma titular do direito lesado seja a mesma pessoa que aciona o Poder Judiciário. Mas registra-se que, segundo o artigo acima, a lei pode autorizar que terceiro alheio à relação jurídica de direito material pleiteie o direito de outrem; dessa forma, tem-se o que a doutrina denomina de legitimação extraordinária.

<sup>86</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de processo civil** – teoria geral do processo de conhecimento. 7. ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 141.

<sup>87</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, p. 208.

<sup>88</sup> BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 set. 2012b.

Sobre o assunto prevê Liebman:

A legitimação para agir é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propõe e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento da tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo. Tudo quanto se disse até aqui prevalece em casos normais e refere-se a legitimação ordinária. Todavia, em casos expressamente indicados na lei, pode ser reconhecida ao terceiro uma legitimação extraordinária, que lhe confere o direito de prosseguir em juízo ‘um direito alheio’.<sup>89</sup>

Existem outras formas de legitimidade, mas não vamos aqui nos aprofundar sobre o assunto da legitimidade, uma vez que não é o objeto do nosso trabalho.

Nesse contexto, no sistema adotado pelo nosso Código de Processo Civil, o autor é o polo ativo, é aquele que se diz titular de direitos e requer proteção da justiça, ao passo que o réu é o polo passivo, aquele a quem caiba cumprir obrigações decorrente do pedido ou objeto da ação.

Importa ressaltar que não podemos confundir legitimidade com capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo. A capacidade de ser parte, portanto, diz respeito à personalidade que uma característica da pessoa seja física ou jurídica. Assim, toda pessoa pode ser parte<sup>90</sup>. Já a capacidade de estar em juízo é uma qualidade genérica para agir em juízo, conferida, em princípio, aos que não forem absolutamente ou relativamente incapazes.

Ernandis Fidélis Santos, sobre o tema, assevera:

Não se deve também confundir a capacidade de ser parte, a capacidade para estar em juízo e legitimação para a causa. A primeira é capacidade genérica para figurar como parte; a segunda, a capacidade de defender direito próprio ou alheio em juízo; a terceira importa na titularidade ativa e passiva da ação. A parte, mesmo sendo ilegítima, é parte, mas a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo são pressupostos processuais.<sup>91</sup>

Salienta-se, ainda, que, para um grupo de estudiosos<sup>92</sup>, a ausência de legitimação para causa é matéria de mérito. Assim é a posição de Calmon de Passos, afirmando que a

<sup>89</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito processual Civil**. p. 159-160.

<sup>90</sup> Importante registrar a ressalva de tal regra a exceções estabelecidas em normas jurídicas, tais como, o nascituro, cujo direitos à lei põe a salvo desde da concepção, conforme dispõe o art. 2º do Código Civil.

<sup>91</sup> SANTOS, Ernandis Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 62.

<sup>92</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Livraria Progresso, 1961, p. 40; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 227-231.

legitimação para causa é matéria relacionada com o mérito, nele se incluindo, e não uma condição para a admissibilidade de um pronunciamento sobre ele, como defende Liebman ao configurar a legitimidade como condição da ação, apoiando seu entendimento com o argumento de que "[...] decidir a respeito de uma relação de direito material é decidir, obrigatoriamente, sobre a titularidade desse mesmo direito".

Marcos Bernardes de Mello, ao tratar da natureza jurídica da legitimidade *ad causam*, já defendia, na época de transição do Código de Processo Civil de 1939/1973, que a ausência da legitimidade é decidir o mérito da causa, ou seja, a ação deveria ser extinta com mérito pela improcedência, senão vejamos:

[...] é evidente que negar-se [Sic] ao autor legitimidade *ad causam* é decidir-se sobre o mérito da causa, porque se proferiu julgamento sobre a *res in iudicio deducta*. Naturalmente, que uma decisão dessa espécie não pode admitir renovação da demanda sobre a mesma matéria, sob pena de desrepeito a coisa julgada material. Não nos parece concebível que alguém que foi tido como não titular da pretensão de direito material (*res in iudicio deducta*) possa retornar a juízo com a aquela mesma pretensão. Pode acontecer, na verdade, que quem não era, venha a se tornar titular da pretensão. Mas aí há nova pretensão, porque nova relação jurídica material.<sup>93</sup>

Observa-se que o eminente doutrinador, apesar de não tratar sobre a teoria da asserção, já defendia que o juiz, ao verificar as condições da ação, adentra no mérito, e, sendo assim, a ausência de uma das condições ensejaria a improcedência do direito, e não a extinção do processo sem análise do mérito, posicionamento este, que no tocante ao pronunciamento final coincide com a respectiva teoria em estudo.

Entretanto, conclui-se que para a teoria eclética, a legitimidade *ad causam* é uma condição para a existência da própria ação, sendo uma atribuição específica para agir concretamente, conferida exclusivamente pelo direito objetivo aos titulares da lide, podendo, às vezes, ser conferido a outras pessoas que não integram diretamente a relação jurídica afirmada em juízo. Verificada a sua ausência no processo, deve o mesmo ser extinto sem resolução do mérito, por ser a parte carecedora da ação.

---

<sup>93</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Sobre a Natureza Jurídica da Legitimidade *ad causam***. Maceió, 1973, p. 40.

### 2.2.2 Interesse de agir

Entende-se que o direito de agir é fruto da presença ou possibilidade de um dano injusto, sem a pronta intervenção estatal. Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo Estado o interesse no exercício da jurisdição – função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade -, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. Assim, é preciso que a prestação jurisdicional solicitada, em cada caso concreto, seja necessária e adequada.<sup>94</sup>

Apesar de alguns doutrinadores entenderem que o interesse de agir deve vir representado pelo binômio necessidade-adequação do provimento jurisdicional solicitado, adotamos no presente trabalho o posicionamento doutrinário que afirma que o interesse deve ser analisado diante do binômio necessidade-utilidade, visto que o termo utilidade é mais amplo, já que esperamos resultados úteis da função jurisdicional. Sendo assim, o critério adequação está dentro do critério da utilidade, segundo Marcelo Abelha Rodrigues<sup>95</sup>.

Nesse raciocínio, ensina Dinamarco que interesse de agir está intimamente associado à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação jurisdicional<sup>96</sup>. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, energia e custos do Judiciário na resolução da demanda.

Para Liebman, a definição de “[...] interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo proteção do interesse substancial<sup>97</sup>; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a interesse e aptidão do provimento pedido a protegê-lo”<sup>98</sup>. Isso significa que o interesse implica a necessidade e/ou utilidade da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado. Essa necessidade pressupõe um conflito de interesses, pois sem a lide não haverá lugar a invocação da tutela jurisdicional.

<sup>94</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 257.

<sup>95</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São paulo: Revistas dos Tribunais, 1998, p. 183.

<sup>96</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 302.

<sup>97</sup> O interesse de agir processual diferencia-se do interesse substancial (núcleo de um direito subjetivo material) ou material, que diz respeito à relação jurídica de direito material arguida. Além disso, é requisito de todos os direitos processuais, e não apenas da ação.

<sup>98</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito processual Civil**. p. 206.

Vale ressaltar que o interesse de agir não pode ser confundido com o interesse substancial. Rodrigo da Cunha Lima Freire<sup>99</sup> afirma que o interesse de agir é uma condição para o exercício regular da ação, de ordem exclusivamente processual, que não determina a existência ou não existência do interesse substancial juridicamente protegido. Isto posto, o interesse de agir, tutelado pela lei processual, é absolutamente distinto do interesse substancial ou material, protegido pela lei substitutiva.

Desse modo, o interesse processual<sup>100</sup> é composto do binômio - necessidade e utilidade – e, sem eles, não haverá tutela jurisdicional do Estado de direito, conforme estabelece a teoria de Liebman e o CPC. O interesse de agir, nessa perspectiva, deve ser analisado sob dois diferentes aspectos: a ‘necessidade’ de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a ‘utilidade’ do processo que deve propiciar algum proveito para o demandante entre o pedido e a proteção jurisdicional que deseja obter.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil brasileiro determina, em seu art. 3º, que "[...] para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade"<sup>101</sup>. Portanto, o interesse processual é o interesse de agir do titular de direitos, havendo propositura da ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, o resultado final não será alcançado. Assim, de acordo com a teoria eclética, o autor será carecedor da ação quando não puder obter, por meio da ação proposta, o resultado almejado.

Segundo Wambier, o "[...] interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual"<sup>102</sup>. Por conseguinte, o interesse processual está relacionado com a necessidade e a utilidade do provimento, aliado ao entendimento de que a escolha do procedimento de forma errada afeta o provimento jurisdicional do Estado.

Sobre o assunto Adroaldo Furtado Fabrício nos ensina que:

O requisito consiste em ser a prestação jurisdicional buscada pelo autor necessária e útil, vale dizer, a ação só será admitida se a atuação do Estado-

<sup>99</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001, p.121.

<sup>100</sup> O Código de Processo Civil utiliza a expressão interesse processual ao tratar do interesse de agir. Assim, passaremos a tratar a questão como a lei expressa, para evitar equívocos. Nelson Nery Júnior refere-se a esta circunstância afirmando: “Deve preferir-se utilizar o termo da lei ao equívoco ‘interesse de agir’, evitado de falta de técnica e precisão”. Ainda explica: “Agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que ‘interesse processual’ significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual”. NERY JÚNIOR, Nelson. **Condições da ação**. Revista de direito processual civil, nº 64, ano 16, 1991, p. 33.

<sup>101</sup> BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 set. 2012.

<sup>102</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de processo civil** – teoria geral do processo de conhecimento. 7. ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 140 -144.

juiz for a única, nas coordenadas do caso concreto, capaz de assegurar ao demandante a satisfação da pretensão de direito material por ele manifestada. Do ponto-de-vista da necessidade, a imposição da restrição visa impedir que alguém provoque a atividade jurisdicional do Estado por mero capricho ou comodismo, quiçá com o só propósito de molestar o réu, quando estava apto a obter o mesmo resultado por seus próprios meios e sem resistência. Na perspectiva da utilidade, supõe-se que a sentença almejada represente um proveito efetivo para o autor, no sentido de assegurar-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que a anterior. A conceituação do interesse processual por essa dupla visualização garante que o aparelhamento judiciário não seja utilizado como órgão de consulta para simples solução acadêmica de teses jurídicas e que, de outra banda, dela não se abuse como instrumento de intimidação ou pressão.<sup>103</sup>

Para Didier Júnior<sup>104</sup>, há interesse-utilidade quando “[...] o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido”. Da mesma forma, quando um provimento não mais puder render o resultado almejado, pela “perda do objeto”, a ordem jurídica não permite que se leve adiante a pretensão, por falta de interesse de agir.

Assim, o interesse processual refere-se à necessidade, utilidade para o proveito da tutela jurisdicional a fim de que o autor obtenha a satisfação do direito pleiteado, e justifica-se na medida em que não convém ao Estado acionar o aparato judicial sem que dessa atividade possa ser extraído algum resultado útil. Ocorre que a ausência desse requisito acarreta a carência da ação, com extinção do processo sem resolução do mérito, conforme prevê a teoria de Liebman.

### ***2.2.3 Possibilidade jurídica do pedido***

A possibilidade jurídica do pedido significa que ninguém pode intentar uma ação sem que peça uma providência que esteja em tese, abstratamente, prevista no ordenamento jurídico, seja expressa, seja implicitamente<sup>105</sup>.

Para Liebman, o terceiro requisito da ação era a possibilidade jurídica do pedido:

O terceiro requisito da ação – possibilidade jurídica do pedido – é representado pela admissibilidade em abstrato do provimento do pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido. Quaisquer que sejam as

<sup>103</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **"Extinção do Processo" e Mérito da Causa**. In: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do Processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 41-42.

<sup>104</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 1, p. 197.

<sup>105</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. p. 181.

circunstâncias do caso concreto, não pode ser apreciada pelo mérito uma demanda com vista a um provimento que o juiz não possa pronunciar.<sup>106</sup>

Registra-se que Liebman<sup>107</sup> retirou a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação em 1973, quando da publicação da 3ª edição de seu *Manual de direito processual civil*, tendo em vista que, à época, o exemplo utilizado – a impossibilidade do divórcio – passou a ser aceito na Itália, passando a impossibilidade jurídica do pedido a integrar o conceito de interesse de agir.

A possibilidade jurídica do pedido, para muitos, não constitui uma condição autônoma da ação. Liebman, que sustentava inicialmente a existência de três condições da ação, e cuja teoria foi acolhida pelo CPC, modificou mais tarde sua opinião e passou a sustentar que as condições são apenas duas: legitimidade e o interesse. Para ele, a possibilidade jurídica está absorvida pelo interesse de agir, porque não se pode considerar titular de interesse aquele que formula pretensão vedada pelo ordenamento.

A nossa legislação, porém, continuou a considerar a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. E sua ausência impede que o mérito da ação posta em juízo seja analisado, ocasionando a extinção anômala do processo, como se observa do art. 267, VI e art. 295, parágrafo único, inciso III, ambos do Código de Processo Civil: “art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: VI – quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.”, bem como no “art. 295, parágrafo único, inciso III, do mesmo código, onde afirma a inépcia da petição inicial quando o pedido for juridicamente impossível.”<sup>108</sup>

Desse modo, não se admite a formulação de pretensões que contrariem o ordenamento jurídico; uma vez que aquele que vai a juízo postular algo vedado por lei terá a sua pretensão obstada. Não haveria sentido em movimentar a máquina judiciária se já se sabe de antemão que a demanda será malsucedida porque contraria o ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, Dinamarco vai mais além e afirma que o juiz, para analisar a impossibilidade jurídica do pedido, não basta que ele examine, isoladamente, o pedido, mas também a causa de pedir, cuja ilicitude contaminará o pedido. Esclarece sua posição alegando:

---

<sup>106</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito processual Civil**. p. 205-206.

<sup>107</sup> Idem. Ibidem. p. 206-206.

<sup>108</sup> BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 set. 2012.

O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir desligamento de um Estado da Federação). A *causa petendi* gera impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz. (Grifos no original)

Apenas para esclarecer o acima afirmado, podemos exemplificar melhor alegando que, se alguém ingressa em juízo postulando a condenação do réu ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, o pedido será lícito. Porém, se a causa de pedir for decorrente da vitória do autor em jogo de azar, o juiz indeferirá a pretensão. Assim, por ser a causa de pedir ilegal, tornou-se ilícito o pedido que, isoladamente, era lícito.

Arruda Alvim, sobre o assunto, dá as suas contribuições, afirmando que haverá impossibilidade jurídica do pedido, quando a pretensão for vedada expressamente pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, afirma:

Por possibilidade jurídica do pedido, portanto, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material.<sup>109</sup>

Humberto Theodoro Júnior pronuncia sobre a possibilidade jurídica do pedido asseverando: "[...] exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação"<sup>110</sup>.

Wambier destaca que existem diferentes possibilidades de pedir, caso estejamos diante de direito público ou de direito privado. Para o direito privado, é suficiente a inexistência de vedação expressa no ordenamento jurídico quanto à petição trazida ao juiz pelo autor. Para o direito público, só se tem permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, não se permitindo fazer pedido sobre o que a lei não fizer qualquer referência. Em vista do exposto, existe uma mistura das duas correntes de opinião devido ao diferente tratamento dado pelo direito privado e pelo direito público.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 353.

<sup>110</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62-75.

<sup>111</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de processo civil – teoria geral do processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 141-142.

É importante destacar, que a impossibilidade jurídica do pedido ocorre também, quando o pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário se já excluído do ordenamento jurídico, sem qualquer consideração peculiar ao caso concreto. Um exemplo clássico é o já citado caso de dívida de jogo que não se pode requerer a proteção jurisdicional para cobrar tal dívida, já que é proibido pelo ordenamento jurídico. Cabe observar que embora a ação de cobrança seja possível em nosso sistema, não o será se tiver como causa do pedido a dívida de jogo.

Não podemos deixar de mencionar o entendimento doutrinário diverso do CPC a respeito da possibilidade jurídica do pedido, que da sua análise acarreta julgamento do mérito da causa, quando configurada a impossibilidade jurídica do pedido em juízo. Corrobora essa óptica o posicionamento de Calmon de Passos<sup>112</sup>, alegando que, ao julgar improcedente um pedido, o juiz estará, em verdade, examinando um problema de não incidência e, por conseguinte, abordando uma questão de mérito. Em se rejeitando o pedido, estar-se-ia julgando esse pleito manifestamente improcedente, no mérito.

Didier Júnior, a respeito da possibilidade jurídica do pedido como condições da ação, vai mais além, afirmando quanto "[...] a referência à possibilidade jurídica do pedido como condição da ação deverá ser, simplesmente, desconsiderada, por manifestamente equivocada":

A melhor solução, todavia, é, sem dúvida, extinguir a categoria “possibilidade jurídica do pedido”, pois a sua existência autônoma é injustificável: equiparando-se à nossa conhecida improcedência (*prima facie* ou não), não há porque erigi-la à categoria distinta. É sem medo, portanto, que defendemos que a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, *de lege lata*, gera coisa julgada material (estamos, pois, com CALMON DE PASSOS, THEODORO JR., EDUARDO OLIVEIRA, FURTADO FABRÍCIO, entre outros), à luz do art. 269, I, CPC, cotejando-o com o quanto previsto no inciso III do parágrafo único do art. 295, CPC. A referência à possibilidade jurídica do pedido como condição da ação (art. 267, VI) deverá ser, simplesmente, desconsiderada, por manifestamente equivocada.<sup>113</sup> (Grifos no original)

Apesar de o Código de Processo Civil em vigor mencionar que a possibilidade jurídica do pedido é uma condição para ação, e a sua ausência na demanda acarretará extinção do processo sem resolução do mérito, por ser a parte carecedora da ação, importa registrar que

<sup>112</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Livraria Progresso, 1961, p. 40

<sup>113</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2918>>. Acesso em: 22 set. 2012, p.28.

o projeto do Novo CPC prevê a exclusão da possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

Assim, o projeto do Novo CPC<sup>114</sup> adotou o posicionamento atualizado de Liebman – na publicação da 3ª edição do seu Manual de direito processual civil - excluindo do elenco das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, como se pode observar da proposta dos artigos seguintes: “Art. 16. Para propor a ação é necessário ter legitimidade e interesse”; “Art. 467. O juiz proferirá sentença sem resolução do mérito quando: I- indeferir a petição inicial; (...) VI- o juiz verificar ausência de legitimidade ou interesse processual”; “Art. 315. A petição inicial será indeferida quando: II- a parte for manifestamente ilegítima; (...) III- o autor carecer de interesse processual”.

Desse modo, a Exposição de Motivos do Novo CPC expõe que a possibilidade jurídica do pedido deixou de ter natureza de condição da ação, passando a integrar o mérito da causa, segundo manifestação da Comissão de Juristas responsável pela reforma:

Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.<sup>115</sup>

Podemos vislumbrar uma tímida evolução quanto à exclusão da possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, apesar da Comissão de Juristas especialmente constituída para atualização do CPC não ter levado em conta as consequências prejudiciais da aplicação da teoria eclética.

O projeto do Novo CPC corrobora com o posicionamento doutrinário de que a impossibilidade jurídica do pedido é mérito da causa. Considerando assim, o entendimento do próprio Liebman, que, *a posteriori*, passou a desconsiderar a possibilidade jurídica do pedido entre as condições da ação.

Nesse contexto, o juiz, ao verificar que o pedido não se conforma ao ordenamento jurídico, julgará com resolução de mérito, proferindo uma sentença de improcedência do pedido, ou seja, uma sentença de mérito, que tende à formação da coisa julgada material, não permitindo a rediscussão da matéria. Além disso, contribui a um só tempo para a economia e

---

<sup>114</sup> BRASIL. Projeto do Novo Código de processo civil. **Senado**. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

<sup>115</sup> BRASIL. Projeto do Novo Código de processo civil. Exposição de motivo projeto do Novo CPC. **Senado**. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

efetividade da prestação jurisdicional, evitando-se a repetição de causas e asoerbamento do Poder Judiciário.

### **2.3 Objeto da cognição:** das condições da ação e mérito da causa

Cognição é uma palavra que pode ser utilizada com significados diversos. Nesse estudo, ela será utilizada para tratar do ato volitivo e intelectual do julgador ao apreciar as questões fáticas e jurídicas da causa.

Kazuo Watanabe, sobre o assunto, afirma que:

A cognição é um ato, em sua essência, de inteligência do juiz, pode-se defini-la, como o método pelo qual o juiz forma juízo de valor sobre os pressupostos autorizadores do julgamento de mérito e sobre as pretensões apresentadas no processo (oriundas do conflito de interesses), com o fim de decidi-las, utilizando-se, para formação de seu convencimento, da consideração, da valoração e da análise das provas e alegações produzidas pelas partes.<sup>116</sup>

A cognição judicial não se restringe, portanto, aos aspectos jurídicos. Compreende, também, elementos fáticos que, em verdade, representam a maioria das discussões deduzidas em juízo. Desde a propositura da petição inicial, durante todo o ínterim da tramitação do processo, o julgador analisa e valora os atos processuais, materializando a cognição na motivação da sentença.<sup>117</sup>

Chiovenda ressalta bem o caráter lógico da cognição quando observa que:

Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita.<sup>118</sup>

Nesse contexto, observa-se que para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e pacificadora pressupõe a técnica de cognição. Não há outra forma legal, num Estado

---

<sup>116</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67.

<sup>117</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução: Dr. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 215-216.

<sup>118</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Intsituições de direito processual civil**. Tradução: brasileira. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1, p. 253-254.

Democrático de Direito, de proferir qualquer decisão judicial sem que o juiz antes analise, valere e mesure fatos, provas e argumentos.

Sendo assim, a técnica de cognição é imanente e indissociável das decisões judiciais, uma vez que a Constituição Federal, no art. 93, inciso IX, e o Código de Processo Civil, art. 458, inciso II, exigem que as decisões judiciais sejam motivadas. É nesse momento que o julgador apresenta os argumentos jurídicos e fáticos que o conduziram a aceitar determinadas premissas em detrimento de outras.

Ressalta-se que, em uma demanda, a delimitação do objeto da cognição é de fundamental importância para que o julgador possa apresentar os argumentos jurídicos e fáticos que o conduziram a aceitar determinadas premissas em detrimentos de outras, possibilitando analisar ou não o mérito da causa.

Nesse contexto, o objeto da cognição diante da nossa sistemática processual se limita<sup>119</sup>: aos pressupostos processuais, que são requisitos indispensáveis para a existência e válida constituição, ao desenvolvimento regular da relação jurídico-processual<sup>120</sup>; as condições da ação, que diante da teoria eclética são imprescindíveis à obtenção de uma decisão de mérito; e o mérito, que deve ser compreendido como o objeto principal do processo<sup>121</sup>.

Para o estudo proposto, limitar-nos-emos a analisar apenas o objeto da cognição: condições da ação e o mérito da causa.

---

<sup>119</sup> Importante fazer uma ressalva nesse momento. Existem três teorias principais acerca do objeto da cognição e uma delas, a mais restritiva, defende que o objeto da cognição é um binômio de questões, integrada pelos pressupostos processuais e pelas condições da ação, relegando o objeto do processo para outro plano. Mas Alfredo Buzaid, coordenando o anteprojeto e o projeto do atual Código de Processo Civil considerou os pressupostos processuais e as condições da ação como requisitos de admissibilidade para o julgamento do mérito. Assim sendo, os pressupostos constituem matéria preliminar ao exame do mérito, correspondendo à matéria genérica que antecede o pedido no plano processual. Passamos apenas a nos reportar à corrente que predomina na nossa sistemática processual, que define como objeto de cognição: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa. NEVES, Celso. **Binômio, trinômio ou quadrinômio?** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 517, ano 67, p. 11-16, novembro, 1978.

<sup>120</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 286.

<sup>121</sup> O legislador pátrio, ao elaborar o Código de Processo Civil, utilizou a terminologia *lide* para designar o mérito da causa e consignou, ainda, que a *lide* era o objeto do processo. Esses argumentos estão consignados no item 6 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, onde se lê que "[...] O projeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa [...] A *lide* é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes [...]". Sob esse viés, *lide* e mérito seriam sinônimos, figurando o mérito como o objeto do processo. BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2012.

### 2.3.1 *Cognição das condições da ação*

A Constituição Federal garante o acesso ao Judiciário, mas a processualística traz as condições mínimas que devem ser preenchidas para que possamos provocar o Poder Judiciário.

Neste sentido, afirma Liebman<sup>122</sup> que só haverá jurisdição quando, ultrapassada essa fase de averiguação prévia, constatar o juiz que a causa posta em julgamento está constituída no processo, de forma regular e capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda, mesmo que essa decisão seja contrária ao autor. A falta de uma das condições mencionadas leva à carência de ação e o juiz deve refutar-se de prover o mérito da demanda, quando, então, não há um verdadeiro exercício da prestação jurisdicional.

Para os defensores da teoria eclética, a cognição sobre as condições da ação é pressuposto para a existência da ação e, a falta de qualquer delas, implicará inexistência do direito de ação; por isso, quando o juiz pronuncia a “carência da ação”, nem mesmo haverá processo, mas mero fato, e o juiz não terá exercido função jurisdicional<sup>123</sup>.

Nesse contexto, ressalta-se que a doutrina não é uníssona quando do estudo das condições da ação. Ora, elas se apresentam como elementos necessários à própria existência da ação, pois, se ausente algumas das condições da ação, a decisão a ser proferida pelo juiz será de extinção do processo sem resolução do mérito, conforme estabelece o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil<sup>124</sup>, uma vez que o autor será carecedor de ação; ora exsurtem como requisitos para o exercício do direito de ação.

Podemos considerar que esse é um dos temas mais polêmico de toda Teoria Geral do Processo, visto que o assunto sobre a ação vem desafiando os processualistas ao longo do tempo. Não há unanimidade entre os doutrinadores até os dias atuais no que se refere a sua natureza jurídica, ou seja, quanto a sua posição no ordenamento, mas tentaremos demonstrar qual a melhor doutrina que trata do assunto, buscando assim a efetividade da prestação jurisdicional.

Nada obstante, parece que maior razão assiste àqueles que vislumbram as condições da ação como pressupostos para o exercício da ação. Assombra deveras paradoxal admitir que não há exercício da função jurisdicional quando o processo é extinto sem resolução de mérito.

---

<sup>122</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito processual Civil**. op. cit. p. 205-206.

<sup>123</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 90.

<sup>124</sup> BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2012.

Desse modo, afirma José Carlos Barbosa Moreira que prefere falar em “condições do legítimo exercício do direito de ação”<sup>125</sup>.

Assim, as condições da ação não se tratam de pressupostos da existência do direito de ação. O direito de ação existe sem qualquer condicionamento. Trata-se apenas de requisitos que devem ser levados em conta no momento em que o direito de ação é concretamente exercido; dizem respeito ao exercício, e não à existência do direito.

Desse modo, enquanto todos têm o direito de ação ou acesso à justiça, previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXV, para que ele possa ser exercido efetivamente, faz-se necessário que sejam preenchidas as condições da ação delimitadas pela sistemática processual.

Contudo, o momento de cognição das condições da ação está sendo questionado pelos doutrinadores e, sendo assim, apresentam-se duas teorias distintas: a teoria da exposição/apresentação e a teoria da asserção/prospectação<sup>126</sup>.

A teoria da exposição/apresentação, que também pode ser denominada de teoria do exame em concreto das condições da ação, prega que as condições da ação podem ser analisadas em qualquer momento e grau de jurisdição; se ficar demonstrado, ao final do processo, que falta alguma das condições da ação, o julgador deverá extinguir o processo sem resolução do mérito, ante a carência de ação, aplicando, então, a hipótese do art. 267, inciso VI, do CPC.

No entanto, para a teoria da asserção/propesctação, o primeiro momento de cognição para que o magistrado verifique a presença das condições da ação dá-se com a análise da petição inicial. Uma vez recebida a petição inicial, o juiz deve estudar, abstratamente, se as condições da ação se fazem presentes. Diz-se, assim, que as condições da ação devem ser analisadas *in status assertionis* e, se nesse momento, o juiz verifica, diante das assertivas na inicial, que as condições da ação estão presentes. Se posteriormente ficar demonstrado, por exemplo, após a instrução, ou mesmo só no final do processo, a falta de alguma condição da ação, o juiz deverá prolatar uma sentença de mérito, julgando improcedente o pedido do requerente. Isso é o que preconiza a cognição das condições da ação diante da teoria da asserção.

O mérito dessa corrente é que a análise *in status assertionis* das condições da ação tem o condão de evitar que procedimentos transcorram inutilmente, para que, ao final, quando

---

<sup>125</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199.

<sup>126</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 259.

da prolação da sentença, sejam extintos sem resolução do mérito por ausência de uma das condições da ação.<sup>127</sup>

Sobre o assunto Grinover, Cintra e Dinamarco:

Se a inexistência das condições da ação, todavia, for aferida só ao final, diante da prova produzida (e não há preclusão nesta matéria, podendo o juiz rever sua anterior manifestação), duas posições podem ser adotadas: para a primeira (teoria da apresentação), mesmo que venha a final, a decisão será de carência de ação; para a segunda (teoria da prospectação), a sentença nesse caso será de mérito. A primeira teoria prevalece na doutrina brasileira, apesar de autorizadas vozes em sentido contrário (Kazuo Watanabe).<sup>128</sup>

Contudo, essas teorias vêm sofrendo diversas críticas de elogiáveis processualistas, no tocante à natureza jurídica das condições da ação, bem como se a sua análise deve ser realizada na propositura da petição inicial em *in status assertionis* ou a qualquer tempo, como afirma o Código de Processo Civil.

Percebe-se que a teoria da apresentação corresponde à teoria do exame em concreto das condições da ação, enquanto a teoria da prospectação segue a linha da teoria da asserção. A nossa lei processual civil não se posicionou sobre qual teoria deve ser adotada. Entendemos, entretanto, que a teoria da asserção ou prospectação mostra-se mais adequada, conforme demonstraremos no terceiro capítulo desse trabalho.

Assim, observamos que o nosso sistema jurídico prevê as condições da ação como sendo requisitos fundamentais para que possa ser analisado, pelo Estado-juiz, se o autor tem o direito material questionado. Por isso, a cognição das condições da ação, bem como o momento em que deve o julgador analisá-las vem sendo discutido pelos processualistas, tendo em vista que são requisitos estabelecidos para o exercício regular do direito de ação.

### ***2.3.2 Cognição sobre o mérito da causa***

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, o legislador pátrio, ao elaborar o código, utilizou a terminologia *lide* para designar mérito da causa, e consignou, ainda, que a *lide* era o objeto principal do processo.

<sup>127</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 87-109.

<sup>128</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 259.

Alfredo Buzaid pondera que “[...] o anteprojeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa”<sup>129</sup>. Esclarece:

Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-se à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflitos de ambos os litigantes.<sup>130</sup>

Dessa forma, lide e mérito seriam sinônimos, figurando o mérito como objeto do processo. No entanto, vislumbra-se que essa correlação não é unívoca ao analisar o Código de Processo Civil.

Podemos observar que todo estudo desenvolvido em torno do mérito da causa entra na seara do objeto do processo, isso porque é comum afirmar-se, como já mencionado, que o mérito é o objeto do processo.

Assim, o objeto do processo nada mais é do que aquilo que é deduzido em juízo, por um ato de iniciativa da parte interessada, para apreciação do juiz. Não lição de Cândido Rangel Dinamarco: “[...] é a demanda que define o *objeto do processo*, ou ‘objeto litigioso’ do processo, em torno do qual será exercida a jurisdição em cada caso concreto, ao juiz não sendo lícito desconsiderá-lo, ampliá-lo, por iniciativa própria ou pronunciar-se acerca de outro objeto.”<sup>131</sup>

Vale salientar que não se pode confundir objeto do processo com objeto da cognição. A cognição, além de incidir sobre questões de fato e de direito, é influenciada por fatores externos. Ela recai, abstratamente, sobre os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito. É possível que a cognição sobre o mérito da causa, em um caso concreto, sequer venha a ser analisado pelo julgador, como exemplo, quando verificar ausência de uma das condições da ação, extinguindo o processo sem resolução do mérito, o que não significa que não houve cognição. Ela existiu, mas se limitou aos pressupostos processuais e às condições da ação.

Isso posto, podemos retirar dessas afirmações que o objeto da cognição é mais amplo do que o objeto do processo, vez que para alguns doutrinadores objeto do processo é o mesmo que mérito da causa. Mas, ainda assim, a delimitação do mérito da causa, pode ser vinculada a

<sup>129</sup>BUZOID, Alfredo Buzaid. **Anteprojeto do Código de Processo Civil**. Exposição de motivos, cti., nº 14, pág. 24. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

<sup>130</sup> Idem. Ibidem, 2012.

<sup>131</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos de processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 186.

outros termos como: mérito como questões; mérito como demanda; mérito como relação jurídica controvertida; mérito como lide; mérito como pretensão.<sup>132</sup> Assim, vamos fazer um registro sintético de tais conceitos.

Desse modo, para quem entende **mérito como questões**, o respaldo está na doutrina italiana. Podemos citar os ensinamentos de Carnelutti<sup>133</sup>, que afirma que a decisão da lide é obtida pela resolução de questões. Vale lembrar que lide, na concepção carneluttiana, indica um conflito de interesses. Assim, vislumbra-se, que lide não se confunde com questões.

Não corroboramos com esse entendimento, uma vez que questões seriam dúvidas - pontos controvertidos - a respeito das razões, ou seja, dúvidas acerca de um fundamento fático ou jurídico apresentado pelo autor da demanda para corroborar, embasar, justificar, suas pretensões. A solução das questões, dessa forma, é uma fase que deve preceder ao julgamento do pedido formulado pelo autor. É um degrau a ser superado quando da prolação de uma sentença. É um antecedente lógico do consequente dispositivo que julga o mérito da causa.

Liebman, sobre o assunto, conclui que o “[...] mérito é representado pelas questões, com influência na decisão (que o juiz prepara através da cognição) sobre a procedência ou improcedência da demanda”<sup>134</sup>.

Nos ensinamentos de Liebman:

O conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em consequência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão formam, em seu complexo, o mérito da causa. [...] Não se pode estabelecer qualquer regra sobre a ordem lógica em que as várias questões de mérito deverão ser examinadas: deverá o juiz, caso por caso, examiná-las e resolvê-las na ordem que lhe parecer mais conveniente.<sup>135</sup>

Contudo, essas correntes, quando analisadas sob um aspecto crítico, não conseguem prosperar. A diferença entre mérito e questões de mérito tem reflexos na estruturação da

<sup>132</sup> Essa separação é apresentada pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, **Fundamentos de processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 188: "Como já dito antes, os autores que se detiveram um pouco na conceituação do mérito podem ser divididos em *três posições fundamentais*: a) os que o conceituam no plano das *questões*, ou complexo de questões referentes à demanda; b) os que se valem da *demanda* ou de situações externas ao processo, trazidas a ele através da demanda; c) especificamente, a assertiva de que o mérito é a *lide, tout court* (Exposição de Motivos)."

<sup>133</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1973, v. 2, p. 36.

<sup>134</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil I**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 170-171.

<sup>135</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil I**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 170-171.

sentença. As questões referentes ao mérito são tratadas e resolvidas na parte da motivação da sentença. Todas as questões suscitadas pelas partes ao longo do processo devem ser analisadas e solucionadas pelo juiz de forma fundamentada, conforme estabelece o art. 93, inciso IX da Constituição e art. 458, inciso II, do Código de processo Civil.

Já na parte dispositiva, aí sim, se decide o mérito. Define-se quem tem razão, qual a pretensão será tutelada pelo ordenamento, ou seja, solucionar as questões não equivale a julgar o mérito. O efeito na prática resulta em consequências totalmente diversas, uma vez que somente o disposto é atingido pela coisa julgada. Assim, esse conceito é incompatível com o sistema processual brasileiro.

Quanto ao **mérito como demanda**, observa-se que há uma tendência estabelecida na doutrina da ligação direta entre a demanda posta à apreciação do Poder Judiciário e o mérito. Isso porque a sentença que julga a demanda seria uma sentença de mérito.<sup>136</sup> Mérito seria, então, a decisão definitiva do juiz acerca do que as partes tenham proposto, ensejando o que a doutrina chama de sentença definitiva, positivada em nosso código, no art. 269, inciso I.

Para Chiovenda, mérito corresponde à demanda. O doutrinador italiano afirma que sentença de mérito<sup>137</sup> seria aquela que se manifestasse sobre a demanda proposta, seja para aplicar, ou não, ao autor, o comando de lei pleiteado, a fim de assegurar-lhe o bem da vida almejado.<sup>138</sup>

Contudo, Cândido Rangel Dinamarco discorda desse pensamento:

Não creio que a *demanda* seja o mérito da causa. Vejo nela, apenas, o *veículo* de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca do remédio que o demandante quer. A demanda é fato estritamente processual, pressuposto processual, é ato formal do processo, que com ele tem vida e nele se exaure. Ela é o *veículo* da pretensão do demandante, que é sua aspiração a determinado bem ou a determinada situação jurídica que, sem o processo e sem a intercessão judicial, o sistema o impede de obter.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 246.

<sup>137</sup> "A sentença de mérito é o provimento do juiz que acolhe ou rechaça a demanda do autor dirigida a obter uma declaração de existência de uma vontade de lei que lhe garanta um bem, o da existência de uma vontade de lei que o garanta ao requerido. (destaques e tradução livre). Giuseppe CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 134. Em suas Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 37, aponta que "Conceitualmente 'sentença' é o pronunciamento sobre a demanda de mérito e, mais precisamente, o provimento do juiz que afirma existente ou inexistente a vontade concreta da lei alegada na lide. [...]"

<sup>138</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 134. (tradução livre)

<sup>139</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 246.

Apesar de haver uma tendência na doutrina a estabelecer uma ligação direta entre a demanda posta à apreciação do Poder Judiciário e o mérito. Isso porque a sentença que julga a demanda seria uma sentença de mérito. Dinamarco se posiciona que a demanda é apenas o elo de união entre algo externo ao processo e que é por ela introduzido ao procedimento para apreciação do órgão julgador. Enfim, a demanda não é o mérito, mas é o instrumento que o torna cognoscível.

Já **mérito como relação jurídica controvertida**, os adeptos desse conceito defende que o mérito seria representado pela relação jurídica afirmada, sendo que o juiz cumpriria sua função jurisdicional e pacificaria o conflito de interesses contrapostos ao decidir se essa relação afirmada existe ou não.<sup>140</sup>

O equívoco desse conceito incide que, ao afirmar que o mérito consiste numa relação jurídica controvertida, estão pressupondo que a relação jurídica já existe, o que pode não ser verdade, uma vez que o juiz, ao prolatar a sentença, pode julgar a ação improcedente por se convencer de que não há relação jurídica.

Sobre o assunto que busca a conceituação de mérito, Dinamarco posiciona-se em sentido contrário aos defensores da teoria que define mérito como relação jurídica controvertida:

Embora tudo leve a aceitar que o mérito se identifique em algo que vem de fora do processo para ele, ou seja, algo na vida comum das pessoas (porque o processo é criação dos juristas e seu uso visa a prestar um serviço às pessoas, em seu relacionamento em sociedade), não podemos afirmar que ele seja constituído pela relação jurídica controvertida. [...] Além disso, o processo de execução faz-se sem que necessariamente haja controvérsia em torno da relação jurídica afirmada pelo demandante – o que levaria à conclusão de que poderia ser também, muitas vezes, destituído de objeto (e não falta quem o diga).<sup>141</sup>

No entanto, essa vertente que vê o mérito como relação jurídica afirmada também não satisfaz adequadamente as discussões. Corroborando com o entendimento acima, no processo de execução, por exemplo, não há discussão acerca da relação jurídica afirmada, ou seja, não se busca, por esse procedimento, manifestação alguma sobre a relação jurídica. O que se almeja é a satisfação de um direito já reconhecido, ou, em outras palavras, pugna-se pela satisfação de uma relação jurídica afirmada e reconhecida, mas que não foi cumprida

---

<sup>140</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 198.

<sup>141</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 248-249.

pelo requerido. Assim, apesar de não existir discussão quanto à relação jurídica, é inquestionável a existência de mérito no procedimento executório.

**Mérito como lide**, encontramos no Código de Processo Civil, na Exposição de Motivos, em que o projeto só utilizava a palavra lide para designar o mérito da causa.<sup>142</sup> O Código de Processo Civil de 1973, na exposição de motivos, estabelece uma identidade entre os conceitos de lide e de mérito:

Lide é, consoante, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.<sup>143</sup>

Todavia, é com esse raciocínio que o legislador processual pátrio empregou a palavra lide como sinônimo de mérito e externou que a lide é o objeto principal do processo. Apesar da interpretação literal da Exposição de Motivos do Código de processo civil, registra-se para outro entendimento, segundo o qual o objeto do processo é a cognição do *meritum causae* ou a pretensão deduzida em juízo pelas partes, e não a lide.

Salienta-se que o mérito é o objeto do processo. É objeto que se coloca diante do magistrado para que este se pronuncie acerca das questões trazidas pelas partes a juízo, é o conteúdo do processo. Numa primeira análise, já se sabe que o mérito da causa (ou *objeto do processo*) é algo trazido de fora, que dá causa à formação do processo e que dependerá de um pronunciamento do juiz.<sup>144</sup>

Lide é anterior ao processo e significa um conflito de interesses. Dessa forma, a pretensão deduzida em juízo e que constitui o objeto do processo decorre da lide, podendo referir-se, no entanto, apenas à parcela da mesma, isto é, nem todos os interesses resistidos serão, necessariamente, deduzidos em juízo pelas partes. Com isso, conclui-se que a lide não é o objeto do processo.

Ovídio Araújo Baptista da Silva discorda desse posicionamento de que mérito equivaleria à lide afirmando:

<sup>142</sup> BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: -08 set. 2012.

<sup>143</sup> BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: -08 set. 2012.

<sup>144</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 239.

Para os defensores desta teoria, o conceito de mérito está intimamente ligado a duas premissas essenciais: (a) a decisão de mérito cinge-se ao ato de *julgar*, razão pela qual diz-se que julgar a lide é o mesmo que julgar o mérito; (b) somente haverá verdadeiro julgamento (leia-se decisão de mérito) quando o magistrado manifestar-se sobre o pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente. Isso faz concluir que qualquer provimento do juiz que não seja um julgamento definitivo, não seria de mérito. Se entendermos que o conceito de mérito corresponde ao julgamento da lide, parece correto que a concessão de uma medida liminar não será decisão de mérito. Para conceder ou negar uma liminar, o juiz baseia-se num juízo de probabilidade, sem pronunciar-se definitivamente pela procedência ou improcedência da pretensão posta em causa pelo requerente.<sup>145</sup>

Galeno Lacerda, assim como Ovídio Araújo Baptista da Silva, não comungam do entendimento de que lide e mérito seriam conceitos equivalentes. Para o autor, mérito é um conceito que implica juízo de valor aplicado à conduta humana. Filosoficamente, é a propriedade do ato, em virtude do qual o sujeito ativo receberá uma recompensa ou sofrerá uma pena. Em síntese, diz Lacerda, pode-se definir mérito como sendo a propriedade do pedido do demandante da ação processual conformar-se ou não com o direito e, via de consequência, ser acolhido ou rejeitado. Para ele, todo juízo de valor consistirá numa sentença de mérito.<sup>146</sup>

**Mérito como pretensão** representa a possibilidade de alguém exigir de outrem uma prestação negativa ou positiva, e o ato de exigir a prestação que se define como exercício da pretensão.<sup>147</sup> Julgar o mérito é o mesmo que julgar a pretensão do requerente, é conceder-lhe, ou não, a tutela jurisdicional pleiteada.

Alexandre Freitas Câmara<sup>148</sup> aponta como melhor doutrina a que afirma que o mérito deve ser visto como pretensão. Pretensão é a exigência de submissão de interesse alheio ao interesse próprio.

Para Dinamarco<sup>149</sup>, pretensão à satisfação de um interesse é a exigência de que o interesse alheio se subordine ao seu, é a busca pelo bem da vida, a busca por uma conduta da outra parte que satisfaça o seu interesse. A pretensão constitui o elemento essencial da demanda.

<sup>145</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: \_\_\_\_\_. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233-234.

<sup>146</sup> LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 83.

<sup>147</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998, p. 21.

<sup>148</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Lúmen Juris Editora, 2006, v. 1, p. 130.

<sup>149</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 203 -240..

Nesse contexto, tem-se como objeto do processo a pretensão processual entendida como a exigência do demandante no sentido de obter um atuar ou um fazer. Julgar o mérito é julgar essa pretensão, manifestada em juízo através de um pedido.

Mas, adverte Câmara<sup>150</sup> que pretensão não é o pedido, sendo este apenas a sua manifestação no processo. Pretensão é intenção, elemento volitivo e subjetivo. Pedido, por sua vez, é meio de declaração da vontade de se obter determinado resultado em juízo. Ou em outros termos, manifestação processual da pretensão.

Desse modo, apesar de existir na doutrina vários conceitos de mérito, os quais apresentam pontos divergentes, encontramos uma unidade entre eles no que diz respeito à relação jurídica que vai ser estabelecida no âmbito externo do processo. Assim, definiremos aqui que o mérito de uma demanda é o objeto litigioso do processo, é a pretensão de direito material que, deduzida em juízo, torna-se pretensão de direito processual que será analisada pelo julgador.

Após essas considerações sobre o mérito, passaremos a analisar as diferenças entre ação material, ação processual e direito fundamental à jurisdição como direito à prestação jurisdicional efetiva, para depois verificamos quais os efeitos ocorridos nas decisões com ou sem a análise de mérito.

#### **2.4 Considerações sobre: Ação material, ação processual e o direito fundamental à jurisdição como direito à prestação jurisdicional efetiva**

Primeiramente, vale lembrar que a partir do direito romano – início do século XIX - as ações eram consideradas um meio de defesa do direito material. Esse caráter acessório e dependente do direito de ação em relação ao direito material é que levava o legislador civil a entender que “[...] todo direito corresponde uma ação, que o assegura”<sup>151</sup>.

Desse modo, ação seria o direito exercido em juízo, o meio de se obter em juízo a proteção do direito. De acordo com essa óptica, se não houvesse ação, não haveria direito, e, se não houvesse direito, não haveria ação. A ação era, assim, elemento do direito subjetivo.

---

<sup>150</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit., p. 130.

<sup>151</sup> BRASIL. Código Civil de 1916, art. 75. Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2012..

Apesar de várias controvérsias sobre o assunto, de acordo com o que já apresentamos em capítulos anteriores, podemos dizer que ação trata-se de direito diverso do direito subjetivo, tendo características e conteúdos próprios.

O direito subjetivo material na visão de Leonardo Greco:

É o direito do seu titular de exigir de outrem determinados comportamentos, enquanto o direito de ação não é o direito de exigir o comportamento assegurado pelo direito material, mas o direito de obter a prestação jurisdicional, de obter o exercício da jurisdição. Logo, o conteúdo do direito de ação não é o mesmo conteúdo do direito subjetivo material.<sup>152</sup>

A partir dessa conclusão, é importante destacar a diferença doutrinária existente nos conceitos de ação de direito material, ação processual e direito fundamental à jurisdição.

A expressão **ação como direito material** é utilizada pelos que defendem a palavra ação como a tutela jurídica do direito material. Nesse sentido, trata-se de um direito concreto, pertencente apenas ao titular do direito material. Assim, o titular do direito de ação coincide com o titular do direito material.

Nos primórdios<sup>153</sup>, o exercício da ação de direito material acontecia mediante a autotutela, posteriormente passou a ser exercida por meio do processo. No direito romano, não se fazia uma nítida distinção entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material. Nessa esteira, a ação era o próprio direito material violado, diante dos ensinamentos de Savigny<sup>154</sup>.

Conforme entendimento de Pontes de Miranda<sup>155</sup>, a ação, nesse sentido, é a inflamação do direito ou da pretensão. A ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo, quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular age. Para o citado doutrinador, “[...] um mesmo fato jurídico pode irradiar duas ou mais ações, ensejando concorrências de ações”<sup>156</sup>.

<sup>152</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, v. 1, p. 192.

<sup>153</sup> Esta expressão está sendo utilizada para designar as civilizações mais arcaicas, principalmente as pré-históricas em que o direito era uma manifestação das leis de Deus. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. (GILISSEN, John: *Introdução Histórica ao Direito*. 2ª. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 33).

<sup>154</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução Jacinto Messias e Manoel Poley. 2. ed. Madri: Gongora, 1878, p.10.

<sup>155</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1970, v. 1, p.116.

<sup>156</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 144.

Nesse sentido, a ação material, diversamente da pretensão, em que há o poder de exigir ou próprio ato de premir o sujeito passivo, importa um agir para satisfação, independentemente da vontade do acionado. Enquanto que a pretensão, para surtir o efeito desejado, depende de um ato voluntário do obrigado, ação material independe. Desse modo, a ação material importa um agir para a satisfação, prescindindo-se de qualquer ato do sujeito passivo.

Sobre o assunto, registra-se a opinião de Nogueira<sup>157</sup>, ao afirmar que ação de direito material não é exatamente em agir, mas expressa o poder conferido ao titular do direito para impor a respectiva satisfação. Tal imposição, cuja realização, em regra, é vedada por ato próprio, se realiza por meio do Estado-Juiz.

Assim, Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>158</sup> salienta que a doutrina processual costuma negar relevância científica, ou a própria existência da ação material, sob o argumento de que esta foi substituída pela ação processual, a partir da vedação da justiça privada.

Portanto, o monopólio Estatal da jurisdição determina que a ação material seja exercida por meio da ação processual, de modo que por meio da ação processual, será examinada e avaliada a ação material, que vem afirmada naquela e diz respeito ao efeito jurídico que o autor procura obter em face do réu.<sup>159</sup>

Ademais, a atividade do juiz não é similar à exercida pelo particular nos primórdios em que se exercia a autotutela. Com a vedação desta, essa ação apenas subsiste nas raras exceções previstas em lei. Atualmente, não há como equiparar a eficácia do direito material com a eficácia da jurisdição. A ideia de pretensão à tutela jurisdicional, em busca de uma sentença favorável, por implicar em concretismo, é incompatível com a incerteza do processo.

Já **ação processual**, é o veículo por meio do qual colocamos o mecanismo estatal em andamento, é o exercício da pretensão à tutela jurídica em face do Estado.<sup>160</sup>

Desse modo, uma vez exercendo-se o direito público à jurisdição, dotado de pretensão à tutela jurídica, tem-se o exercício da ação, ou seja, a pretensão se exerce mediante ação processual. Nesse contexto, tem-se que o direito de acesso à jurisdição possui pretensão, que se exerce por meio da ação. Em outras palavras, a ação processual é o exercício do direito à prestação jurisdicional.

<sup>157</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2008, p. 131 -134.

<sup>158</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação**. Porto Alegre: Revista Ajuris. n. 29, 1983, p. 106-107.

<sup>159</sup> ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

<sup>160</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119.

Assim, menciona Nogueira:

Quando alguém vai a juízo, afirma-se que uma “ação” foi ajuizada, isto é, que o demandante se valeu de algum remédio jurídico processual. Para viabilizar a prestação jurisdicional em conformidade com as mais variadas situações da vida tuteladas pelo direito material, o direito processual põe à disposição dos interessados diversos “caminhos” para a obtenção da tutela jurídica que o Estado se obrigou a prestar sempre quando lhe seja solicitada. O remédio jurídico processual (ou a “ação” processual), assim, nada mais é do que o instrumento posto pelo Direito formal a serviço de determinadas pessoas, a fim de suscitar, com o uso dele, a prestação da tutela jurisdicional do Estado.<sup>161</sup>

Nesse contexto, pode-se afirmar que a provocação ao Poder Judiciário, a ação foi ajuizada, por meio de algum remédio jurídico processual. Esse remédio jurídico processual nada mais é do que o direito de ação como meio para exercer a jurisdição, que tem como o instrumento o processo.

Nogueira<sup>162</sup> alega que o “o dualismo ação de direito material/ ação de direito processual se relaciona estreitamente com o direito fundamental à jurisdição”. Portanto, quando o autor pede tutela jurisdicional, exerce a ação processual e alega ter pretensão e ação material.

No tocante ao **direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**, primeiramente, registra-se que a ação, em suas diversas acepções, constitui importante vínculo entre o processo e o direito material: seja no ponto de vista material, o qual representa o agir para satisfação independente da vontade do obrigado, repercutindo inclusive na eficácia da sentença para alguns (ação material); seja porque representa o exercício da pretensão pré-processual, a partir do qual a máquina judiciária é impulsionada, com vistas à prestação da tutela jurisdicional; ou seja, ainda, porque representa o próprio direito à tutela jurídica do Estado.

Sabe-se que não basta ser abstratamente titular de um direito material segundo as normas estabelecidas pela legislação. Caso, por qualquer motivo, os direitos previstos pela legislação não se realizem espontaneamente, será indispensável ao seu titular buscar a sua proteção por meio do Estado, visto que a atuação coercitiva das regras de direito material é monopólio do Estado, salvo raras exceções, conforme já mencionamos anteriormente.

Entretanto, deve-se salientar que o entendimento pela superação do conceito de ação vem crescendo na doutrina. Nesse aspecto, o assento fundamental do processo hodierno não

<sup>161</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2008, p. 151.

<sup>162</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Op. cit. p. 152.

se encontra na ação processual, e muito menos na ação material, nem na sentença, mas no resultado final do processo, exatamente na tutela jurisdicional. Desse modo, não se deve pensar mais em eficácia da ação de direito material ou da ação processual ou na eficácia da sentença<sup>163</sup>, mas sim na efetividade da tutela jurisdicional.

Essa perspectiva do direito de ação sob a óptica do direito fundamental à jurisdição como direito à prestação jurisdicional efetiva, é considerada como garantia constitucional, tendo sido objeto de estudo pelos doutrinadores, a qual demonstra que o direito à prestação jurisdicional, no estado moderno, está compreendido como uma garantia constitucional e afigura-se como um direito subjetivo fundamental e inviolável.<sup>164</sup>

Assim, não basta o reconhecimento da obrigação genérica e abstrata do Estado de prestar a jurisdição. É necessário verificar-se, além da existência de previsão de tutela, a própria estrutura dessa tutela e o curso do processo, de modo que a garantia constitucional se traduza em tutela qualificada e possa, de fato, se efetivar. Para isso, não basta a mera constitucionalização do direito abstrato à tutela jurisdicional, uma vez que prestar jurisdição passou a exigir do Estado procedimentos diferenciados e instrumentos processuais idôneos, capazes de conferir uma proteção (tutela) efetiva, adequada e tempestiva a todo e qualquer direito<sup>165</sup>.

É com esse raciocínio que passamos a apreender o conceito de jurisdição:

O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Ele não é um direito que exige que o Estado atue para protegê-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento.<sup>166</sup>

Sendo assim, podemos afirmar que o conceito contemporâneo de jurisdição emerge do reconhecimento do direito fundamental à jurisdição, que deve ser entendido como o direito de todo e qualquer cidadão que vai a juízo, ao preestabelecimento de um procedimento capaz de tutelar, de forma efetiva e adequada, o direito material posto em causa. É dever que vincula o legislador no sentido de preestabelecer normas processuais adequadas; vincula o juiz, a fim de que este empregue a

<sup>163</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1.

<sup>164</sup> ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, ação e tutela Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 148.

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutelas dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 146.

<sup>166</sup> TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer e não fazer e entregar coisa certa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 66.

melhor interpretação das normas, melhor técnica possível no manuseio dos mecanismos inerentes àquele determinado procedimento para a efetividade da tutela.

Conclui-se que a extensão do direito de ação é muito mais do que um ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, em seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

## 2.5 Análise do mérito da causa e a coisa julgada

Elio Fazzalari, ao descrever sobre ‘mérito’, ‘comando’ e ‘julgamento’, qualifica-os como provimentos que envolvem a cognição do mérito da causa, isto é, o “[...] aspecto substancial deduzido na lide e aquele requerido ao juiz”. É a decisão proferida pelo julgador acolhendo ou rejeitando o pedido da demanda judicial.<sup>167</sup>

Desse modo, quando provocamos o poder judiciário, o que se almeja é que a tutela jurisdicional seja concedida analisando o mérito da causa, quer seja pela procedência, quer seja pela improcedência, uma vez que teremos sentenças definitivas ou de mérito, sendo, portanto, atingida pela coisa julgada.

Majoritariamente<sup>168</sup>, a doutrina pátria adota o entendimento de Liebman, afirmando que coisa julgada é uma qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis, definitivos<sup>169</sup>. A definitividade é característica da atividade jurisdicional que ocorre quando a sentença de mérito não está sujeita a nenhum recurso, não podemos mais discutir a matéria de direito em outra demanda. Isso permite concluir que tais efeitos, de imutabilidade, não poderão ser modificados, por estarem protegidos pelo manto da coisa julgada material, garantindo segurança jurídica nos julgados.

A doutrina traz uma distinção entre coisa julgada formal e material, fazendo uma relação com o resultado da demanda se foi com ou sem resolução de mérito. Menciona-se que a coisa julgada material, portanto, compreende a verdadeira, a mais pura coisa julgada, que torna imutável a sentença de mérito e seus efeitos em determinado processo. A coisa julgada formal ocorrerá quando não for mais possível se discutir atos decisórios proferidos dentro do

<sup>167</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p.441.

<sup>168</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 536; FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p.441; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009, p. 1183; ARENHART, Sérgio; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. 3. tri. São Paulo: RT, 2008, p. 644; e outros.

<sup>169</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2010, p. 493.

processo, ocorrendo à preclusão da matéria; é o que a doutrina denomina de preclusão máxima.

É importante fazer essa análise sobre a questão do mérito e as condições da ação, uma vez que alguns processualistas<sup>170</sup>, afirmam que ao se examinar as condições da ação, inevitavelmente se está analisando o mérito da demanda. Necessário, então, demonstrar os efeitos de uma sentença com ou sem resolução do mérito, visto que a parte, ao provocar o Estado-Juiz, busca uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e definitiva.

No que diz respeito às condições da ação, conforme já mencionamos, são aqueles requisitos que têm de estar presentes para que possa exercer o seu direito de ação<sup>171</sup>, permitindo que o julgador possa analisar o mérito da demanda, julgando-a procedente ou improcedente, quando as referidas condições estiverem presentes. A ausência de alguma das condições da ação enseja sentença sem resolução de mérito, por ser o autor, como definiu Liebman, carecedor da ação.

Assim, as condições da ação funcionam como uma espécie de juízo de admissibilidade para a petição inicial ou para alguns doutrinadores as condições da ação são como técnica de julgamento antecipado<sup>172</sup>, que devem estar presentes para que o juiz possa passar ao exame de mérito.

Apesar de entender que melhor seria a extinção das ditas condições da ação, por corroborar com o entendimento de Didier Júnior, Ovídio Baptista, Calmon de Passos. Mas nesse trabalho, preferimos interpretá-la conforme estabelece a teoria da asserção, uma vez que esta não contraria toda a sistemática imposta pelo legislador, apenas interpreta as condições da ação para dar maior instrumentalidade ao processo, garantindo os princípios da economia, celeridade e segurança jurídica.

Adota-se esse posicionamento, no sentido do princípio da máxima efetividade da norma, que pressupõe não haver normas inúteis no ordenamento jurídico. Dessa forma, se se considerasse os casos em que o juiz, desde que constatada uma ausência das condições da ação, extinguisse o processo com resolução de mérito por improcedência flagrante, como

---

<sup>170</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2918>>. Acesso em: 22 set. 2012; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Livraria Progresso, 1961, p. 40.

<sup>171</sup> Como já mencionamos no decorrer desse trabalho, preferimos tratar as condições da ação como requisitos para o exercício do direito de ação, como afirma Barbosa Moreira. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199 (Primeira série).

<sup>172</sup> WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 110.

sustentam alguns doutrinadores<sup>173</sup>; o art. 267, VI do CPC, haveria revogação tácita do referido dispositivo, bem como do art. 3º do Código, que menciona que para propor uma demanda é necessário ter interesse e legitimidade, categorias das condições da ação.

Seguem-se assim os ensinamentos de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que é contrário à autonomia das condições da ação da forma como é aceita pela teoria eclética, uma vez que as enquadra no mérito da causa. A crítica que faz à teoria eclética é de que:

Não obstante a mesma afirmar que o chamado 'direito de ação' é autônomo e abstrato, considera que ele só existirá verdadeiramente quando estejam presentes, no processo, determinadas *condições da ação* que o legitimem, ou seja, o 'direito de ação' é abstrato, mas deve ser conexo a uma pretensão de direito material, ligado como deve estar, segundo se diz, a uma *concreta* situação de fato. O 'direito de ação' na realidade só existiria quando houvesse um motivo justificador do pedido de tutela jurisdicional, isto é, quando surgisse uma situação de fato contrária ao direito, que possa ser resolvida tão-só pelas vias jurisdicionais.<sup>174</sup> (Grifos no original)

Portanto, apesar de corroborarmos com o entendimento acima, é importante demonstrar a polêmica doutrinária sobre o assunto. Neste trabalho, filiamo-nos a interpretação dada pela teoria da asserção de que, nos casos em que o juiz consegue perceber de imediato, diante das assertivas na inicial, que o autor não preenche umas das condições da ação, pode o magistrado extinguir o processo sem resolução do mérito. Então, deve o juiz, antes de apreciar a pretensão do autor, analisar o preenchimento dos pressupostos processuais e das condições da ação, sendo que a ausência de uns e outros implicarão a extinção do processo sem resolução de mérito.

Assim, tendo o juiz constatado, de plano, um caso de falta das condições da ação, o processo deve ser extinto com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, sendo proferida uma sentença meramente terminativa ou sentença processual; termina, então, o processo sem definir a relação jurídica pleiteada, ensejando coisa julgada formal e não material, possibilitando a repositura da demanda, tudo conforme art. 268, do CPC.

Assim, é o posicionamento de Rodrigo Freire:

---

<sup>173</sup> Citamos como exemplo Fredie Didier (**Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 212-221; Ovídio Araújo Baptista da Silva (**Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1., p.90-103 ) e outros.

<sup>174</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 103.

Uma vez proferida a sentença que reconheceu a ausência de uma condição da ação, se não mais houver possibilidade de esta decisão ser reformada em face da preclusão, ocorrerá coisa julgada formal, também conhecida como preclusão máxima, podendo o autor repropor a ação, uma vez comprovado o pagamento de honorários advocatícios e de todas as despesas processuais, o que se limitará apenas na hipótese do abuso de direito, quando haverá carência do interesse de agir.<sup>175</sup>

Mas registra-se que, ao analisar as assertivas alegadas da inicial e preenchidas as condições da ação, se a ausência de alguma das condições da ação ocorrer em momento posterior, o processo deve ser extinto com resolução do mérito por improcedência do pedido, visto que adentrou no mérito da causa; no meio da tramitação do processo, na fase instrutória, é matéria de mérito, conforme o que estabelece a teoria da asserção.

Sendo assim, se o juiz verificar que o autor não preenche uma das condições da ação, como, por exemplo, a legitimidade para a causa, e essa ilegitimidade, só for constatada na fase de instrução, houve apreciação do mérito da causa, não podendo ele extinguir o processo sem resolução do mérito, mas, sim, julgar o pedido improcedente em face daquele réu.

Desse modo, pode-se concluir que, se adotarmos a teoria eclética da ação, teremos, diante da ausência de alguma das condições da ação, sempre sentença terminativa. Vale ressaltar que essa sentença extingue o processo sem resolução do mérito, não atingindo o direito substancial referente à ação, não alcançando a coisa julgada material, portanto, não impede a repropositura da demanda no futuro.

Entretanto, ao aceitarmos a teoria da asserção, diante da ausência de alguma das condições da ação, verificada no momento posterior à tramitação da inicial, a sentença deve ser definitiva pela improcedência do direito. Assim, a sentença será com resolução do mérito, fazendo coisa julgada material, impossibilitando a rediscussão da matéria em momento posterior.

Pelo que foi exposto, a depender da teoria adotada – eclética ou asserção –, repercute no pronunciamento do julgador ao proferir a sentença com resolução ou não de mérito, atingindo assim coisa julgada. Entendemos que a teoria que dever ser adotada, buscando economia, celeridade, efetividade e segurança jurídica é a teoria da asserção, segundo demonstraremos no próximo capítulo.

---

<sup>175</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima Freire. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001, p. 101-102.

### 3 TEORIA DA ASSERÇÃO: INSTRUMENTO DE CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

#### 3.1 Teoria da asserção

A palavra asserção deriva do latim *assertione* e significa afirmação, alegação, argumentação. Segundo a Teoria da Asserção, também denominada de *della prospettazione*, as condições da ação são aferidas consoantes o alegado pelo autor na petição inicial, não podendo o magistrado adentrar com profundidade em sua análise, sob pena de exercer juízo meritório.

A teoria da asserção ou *propesttazione* defendida por grandes nomes como Kasuo Watanabe<sup>176</sup>, Flávio Luiz Yarshell<sup>177</sup> e José Roberto dos Santos Bedaque<sup>178</sup>, buscando fornecer ao instituto das condições da ação uma maior aplicabilidade prática.

Assim, a teoria da asserção pode ser considerada como uma teoria intermediária entre a teoria abstrata pura e a teoria eclética. Para essa corrente doutrinária, a presença das condições da ação deve ser analisada pelo juiz com os elementos fornecidos pelo próprio autor em sua petição inicial, sem nenhum desenvolvimento cognitivo. Existe até mesmo parcela doutrinária que entende que tal análise pode ser feita depois da petição inicial, desde que ainda com uma cognição superficial das alegações feitas pelo autor.<sup>179</sup>

Nesse sentido, estudando as condições da ação e sua relação com a Teoria da Asserção, verifica-se, segundo os adeptos dessa teoria, como, Kazuo Watanabe, Babosa Moreira e José dos Santos Bedaque, que as condições da ação devem ser verificadas *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as afirmações do autor na petição inicial. Como preleciona José Carlos Barbosa Moreira: “[...] a análise das condições da ação deve ser feita com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se [Sic] o julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a *res in iudicium deducta*”<sup>180</sup>.

Não obstante, o momento de verificação das condições da ação ainda está sendo questionado pelos doutrinadores, visto que as condições da ação são requisitos

<sup>176</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Perfil, 2005, p. 92.

<sup>177</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 103.

<sup>178</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. **Justitia**, São Paulo, n. 53, p. 51, 1991.

<sup>179</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 84. Também assim, BEDAQUE, José Roberto do Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. **Justitia**. São Paulo: s/ed., n. 53, 1991, p. 54.

<sup>180</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Legitimação para agir. Indeferimento da Petição Inicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 200. *in* "Termas de Direito Processual", Primeira Série.

imprescindíveis à obtenção de uma decisão de mérito. E, sendo assim, apresentam-se duas teorias distintas: a teoria da exposição/apresentação e a teoria da asserção/prospectação.

Nesse contexto, o dilema se instaura no momento em que o Estado-Juiz deve verificar se a parte preencheu ou não as condições da ação. Sobre o assunto, o Código de Processo Civil é omissivo quanto ao momento processual exato de verificação, pelo magistrado, da existência ou não das condições da ação. Divergem os estudiosos em dois sentidos: quanto à Teoria da Exposição e quanto à Teoria da Asserção.

A teoria da exposição que se encontra presente no Código de Processo Civil é a teoria mais antiga que conta com diversos adeptos até os dias atuais. Para seus defensores, cabe a apreciação das condições em qualquer fase processual e quando chegar à conclusão pela carência da ação, ou seja, ausência de uma das condições da ação, deve-se, então, extinguir o processo sem resolução de mérito, sem analisar aquilo que foi pedido pelo autor<sup>181</sup>.

Contrapondo-se à teoria da exposição, vem a teoria da asserção. Esta, por sua vez, se posiciona no sentido de que as condições da ação devem ser analisadas a *prima facie*, de acordo com as assertivas alegadas pelo autor na inicial. Defendem essa teoria, dentre outros, Machado Guimarães<sup>182</sup>, Barbosa Moreira<sup>183</sup> e Kazuo Watanabe<sup>184</sup>.

Desse modo, pela teoria da exposição, o magistrado pode analisar as condições da ação a qualquer tempo, até mesmo em grau de recurso, e se durante a tramitação do processo ou do recurso for verificada a ausência de umas das condições da ação, o processo será extinto sem resolução do mérito, conforme art.267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, Kazuo Watanabe afirma que na teoria da asserção ou da *prospettazione* o magistrado deve analisar as condições da ação *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Deve o juiz, ao analisar a petição inicial admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. Verificando a presença dessas condições nesse momento inicial, mesmo que posteriormente na instrução, e observado que falta uma das condições da ação, passa o juiz a julgar, com resolução de mérito, pela

---

<sup>181</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit. p.259.

<sup>182</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica Universitária, 1969, p. 102.

<sup>183</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.116.

<sup>184</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 92.

improcedência do direito alegado, e não a julgar extinto o processo sem resolução de mérito, como afirma o Código de Processo Civil<sup>185</sup>.

Ao tratar sobre o assunto, José Carlos Barbosa Moreira defende em sua obra a teoria da asserção:

O exame da legitimidade, pois como o de qualquer das condições da ação – tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se o julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in judicio deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como que admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria o juízo de mérito a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória<sup>186</sup>. (Grifos no original)

Portanto, embasados nessa corrente de vanguarda, autores renomados<sup>187</sup>, assim como a ampla jurisprudência, lecionam no sentido de que as condições da ação devem ser aferidas no momento do juízo de admissibilidade da pretensão inicial, *prima facie*, tendo como único instrumento de influência as alegações trazidas na petição inicial, de modo que tal juízo toma por presumida e provisória a presença das condições da ação. Tal juízo de admissibilidade condicional, para se chegar ao mérito, uma vez preenchido pelas assertivas do autor na inicial, seria de natureza definitiva, sem vislumbrar sua revisão em momento ulterior, extinguindo assim o processo com análise de mérito em qualquer hipótese, mesmo verificando, posteriormente, a ausência de uma das condições da ação, visto que nesse caso se julgaria pela improcedência do direito.

Nessa perspectiva, Fábio Gomes<sup>188</sup> corrobora com o entendimento acima, de que as condições da ação devem ser vista como defende Watanabe, dando razão à teoria da asserção. Kazuo Watanabe informa que "[...] as 'condições da ação' são aferidas no *plano lógico* e da *mera asserção* (afirmação) do direito, e a *cognição* a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao accertamento do direito afirmado"<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 92.

<sup>186</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Legitimação para agir. Indeferimento da Petição Inicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 200. in "Termas de Direito Processual", Primeira Série.

<sup>187</sup> Como: Luiz Guilherme Marinoni, Alexandre Freitas Câmara, José Carlos Barbosa Moreira, José dos Santos Bedaque, Araken de Assis, Leonardo Greco, Kazuo Watanabe, Flávio Yarsell, Elpídio Donizetti e outros.

<sup>188</sup> GOMES, Fábio. **Carência de Ação**: doutrina e comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revistas dos Trinauais, 1999, p. 72.

<sup>189</sup> WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 94.

Leonardo Greco menciona sobre o assunto:

Portanto, em minha opinião, caso a falta de uma condição da ação transpareça não no exame da petição inicial, mas depois de instaurado o contraditório entre as partes, ela será julgada como questão relativa ao mérito da causa, gerando improcedência do pedido, e não carência de ação.<sup>190</sup>

Conferimos aqui o exemplo trazido por Kazuo Watanabe em sua obra, para ilustrar melhor a diferença existente entre as duas tomadas de posição sobre as teorias em comento:

Uma ação reivindicatória movida por "A", em seu nome, dizendo que o imóvel "X", de propriedade de seu compadre, foi invadido por "B". O juiz indeferirá desde logo a inicial por ilegitimidade *ad causam* ativa (art. 295, II, CPC). Aqui nenhuma diferença entre as duas correntes. Admita-se, invés, que "A" se diga proprietário do imóvel "X", apresente o título em seu nome, e mova a ação contra "B". Este, em defesa, alega que o imóvel é de "C", sendo o autor, portanto, parte ilegítima. Feita a instrução, conclui o magistrado que a razão está com "B". Pela Teoria Eclética, a solução deveria ser de carência, por ilegitimidade *ad causam* ativa. Mas, pela Teoria da Abstração, o problema da legitimidade estaria já superado, pela verificação da afirmativa contida na inicial e sua conformidade com o título exibido, de modo que a solução deveria ser de improcedência, pois o que o juiz está declarando é que o direito que o autor afirmou ser seu, não existe. A consideração de que o imóvel pertence a "C" é apenas o fundamento para negar o direito afirmado pelo autor, pois esse é o objeto litigioso em julgamento<sup>191</sup>.

Ainda, ilustrando a diferença entre as teorias expostas, Alexandre Freitas Câmara afirma:

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As "condições da ação" são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretistas da ação. Exigir a demonstração das condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a outra teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou carecedor de

<sup>190</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, v. 1, p. 241.

<sup>191</sup> WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 100-101.

ação? A se afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores dessa teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou a sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as condições da ação, quem fizer jus a um provimento jurisdicional favorável<sup>192</sup>.

Sobre a adoção da teoria da asserção, vale mencionar a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

O interesse e a legitimidade para causa representam requisitos para o julgamento do pedido (não podendo mais ser considerados, como já se propôs, elementos constitutivos da ação) e devem ser aferidos in statuts assertionis, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa ou quando o autor carecer de interesse processual, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, CPC), com extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, do VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade da parte ou da ausência de interesse do autor, há resolução de mérito (art. 269, I, CPC).<sup>193</sup>

Já Didier Júnior<sup>194</sup>, prega pela abolição das condições da ação como categoria jurídica<sup>195</sup>, afirma que deveria haver a exclusão da legitimidade de agir ordinária e da possibilidade jurídica do pedido da categoria dogmática jurídica de condições da ação, uma vez que é “impossível extremá-la do mérito da causa”, tendo em vista que a “[...] falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito”; faz um registro que “[...] à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao mesmo diminui os inconvenientes que a aplicação literal do § 3º do art. 267 do CPC poderia causar”.

Para esclarecer melhor sua posição, Didier Júnior cita alguns exemplos:

Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pede-lhe alimentos, possui legitimidade *ad causam*, mesmo que se comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de filiação, quando será caso de improcedência do

<sup>192</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v. 1, p. 124/125.

<sup>193</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

<sup>194</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219.

<sup>195</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, v. 1, p. 236.

pedido e não de carência de ação. Se o autor pretende a obtenção de verba devida contratualmente, mas demanda contra alguém estranho ao contrato, da própria estipulação da causa de pedir é possível aferir a ilegitimidade; o magistrado, neste caso, indeferirá a petição inicial sem exame de mérito.<sup>196</sup>

Dessa forma, é possível verificar que a apesar de grande discussão doutrinária a respeito da forma pela qual o juiz deve verificar o preenchimento ou não das condições da ação, a teoria da asserção vem na prática forense obtendo prestígio, por ser considerada como a melhor modalidade de aferição das condições da ação considerando que, ultimamente, vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais, como veremos em alguns julgados.

No recurso especial n°. 818.603/RS a Ministra Nancy Andrighi afirmou que antes de examinar a tese do Recurso, que não é demais lembrar que apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos devem ser constatados *in status assertionis*, isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial e constatado a ausência de algum deles leva-se a improcedência e não carência de ação, buscando garantir uma tutela jurisdicional que possa produzir eficazmente efeitos no mundo jurídico, evitando que o processo após anos de tramitação seja extinto sem resolução de mérito<sup>197</sup>.

A quarta turma do STJ no REsp 753.512, tendo como Rel. Ministro João Otávio de Noronha na ação de indenização por extravio de bagagens, também reconhece a teoria da asserção, como a melhor forma para a verificação das condições da ação, levando em consideração os fatos narrados na petição inicial.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, v. 1, p. 235.

<sup>197</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 818603/RS**. STJ - 3ª Turma - Relatora Ministra Nancy Andrighi - REsp 818603/RS - Data publicação DJ 03/09/2008. Julgamento 19/08/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2011a. Eis o que está disposto no texto do referido REsp.: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO DEMONSTRADA. - A ofensa à literalidade da lei confunde-se com o próprio mérito da rescisória. Havendo ofensa à literalidade da lei, **o juízo é de procedência, e não de carência da ação**. - Apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos devem ser constatados **in status assertionis**, isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial, não estando demonstrados na hipótese. Recurso Especial não conhecido.” (STJ - 3ª Turma - Relatora Ministra Nancy Andrighi - REsp 818603/RS - Data publicação DJ 03/09/2008. Julgamento 19/08/2008.) (Grifo nosso). Nesse entendimento segue os julgados: **REsp 832.370/MG**, 3ª Turma, DJ 13.08.2007; **REsp 879.188/RS** - 2ª. Turma, DJ 02/06/2009 e outros.

<sup>198</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 753. 512/RJ**. Relator Ministro João Otávio de Noronha; Rel. p/ Acórdão, Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma. Julgamento 16/03/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: data 22 jun. 2011b. Veja-se, pois, o texto: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE BAGAGENS DO PREPOSTO CONTENDO PARTITURAS A SEREM EXECUTADAS EM ESPETÁCULO ORGANIZADO PELA EMPRESA AUTORA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EQUIPARAÇÃO AO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DA ASSERÇÃO. EMPRESA AUTORA BENEFICIÁRIA DO CONTRATO

Corroborando com o entendimento acima, vem julgando o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, alegando que os requisitos para o exame do mérito – como as ditas "condições da ação" - devem ser analisados à luz das alegações abstratas lançadas na petição inicial. Assim, basta que da análise abstrata dos fatos narrados na petição inicial se observe *in statu assertiones* as condições da ação, para que se viabilize o exame do mérito em sua plenitude. É a chamada "teoria da asserção" de que nos falam autores consagrados como José Carlos Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe<sup>199</sup>.

Ainda analisando a aplicação da teoria da asserção no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho, vale consignar a síntese do voto abaixo:

Rito Procedimental. Alteração (Ordinário X Sumaríssimo). Direito Intertemporal. Aplicabilidade Imediata. Para o sistema do isolamento dos atos processuais, adotado pelo nosso ordenamento jurídico, o processo é um todo único, mas composto de atos autônomos, que podem ser isolados, atingindo a Lei nova os atos ainda não praticados, respeitados aqueles findos e os seus efeitos. A imediata aplicabilidade da nova norma aos atos pendentes, não afronta nenhum direito da parte, porquanto as sentenças e os recursos devem obedecer à Lei do tempo em que forem proferidas – princípio processual *tempus regit actum*. A Lei a ser seguida é aquela vigente no momento em que se debate o direito no Judiciário. Legitimidade de Parte. Aferição Segundo o *Status Assertionis*. Constatação no Mérito da Ausência de Direito Material. Decretação da Improcedência da Ação. **Pela moderna teoria geral do processo, a aferição da legitimidade de parte, deve ser feita em abstrato, ou seja, segundo o que se afirmou em juízo – status assertionis. Tal conduta se adequa, com maior perfeição, à instrumentalidade da ação e do processo. Se, ao se analisar o mérito, concluir pela ausência do direito pleiteado, a decretação da improcedência é de rigor, porquanto obstar-se-á a repetição da**

---

HAVIDO ENTRE O MAESTRO E A RÉ. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. 1. Em caso de defeito de conformidade ou vício do serviço, não cabe a aplicação do art. 17, CDC, pois a Lei somente equiparou as vítimas do evento ao consumidor nas hipóteses dos arts. 12 a 16 do CDC. 2. **A teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial.** 3. No caso em exame, como causa de pedir e fundamentação jurídica, a autora invocou, além do Código de Defesa do Consumidor, também o Código Civil e a teoria geral da responsabilidade civil. 4. Destarte, como o acórdão apreciou a causa apenas aplicando o art. 17, CDC, malferindo o dispositivo legal, o que, como examinado, por si só, no caso concreto, não implica em ilegitimidade passiva da autora, a melhor solução para a hipótese é acolher em parte o recurso da ré, apenas para cassar o acórdão, permitindo que novo julgamento seja realizado, apreciando-se todos os ângulos da questão, notadamente o pedido com base na teoria geral da responsabilidade civil. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido". (Grifo nosso)

<sup>199</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (9ª Região). **Apelação Civil 70007419278**. Proc. nº. 03281-2001-662-09-00-8). – Rel. Juiz Célio Horst Waldruff, DJPR 23.01.2004). Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>> e <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011c.

Julgado no mesmo sentido **RO 5.407/2000** – Rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva – DOESP 04.03.2002, TRT 15ª R.

**propositura da ação.** (TRT 15ª R. – RO 5.407/2000 – Rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva – DOESP 04.03.2002).<sup>200</sup> (Grifo nosso)

Entende também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul, ao julgar a apelação n. 70007419278 da ação ordinária pretendendo compensação de precatório em face de débito tributário, que as condições da ação devem ser verificadas *in status assertionis*, buscando garantir uma tutela jurisdicional célere e efetiva, embasados nos precedentes jurisprudenciais da própria Corte e do Superior Tribunal de Justiça<sup>201</sup>.

Verificamos que existem precedentes no STJ e nos Tribunais, com a adoção da teoria da asserção, apesar de haver discussão doutrinária sobre o assunto. Em recente precedente, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que se mostra em consonância com a doutrina moderna, firmando o entendimento que o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Trata-se da aplicação da teoria da asserção.<sup>202</sup>

Assim, como já afirmamos, corroboramos com o entendimento de que as condições da ação, em princípio, são aferidas pela situação jurídica levada a juízo, mas *in statu assertionis*, segundo as afirmações do autor e os documentos que acompanham a inicial, pois, do contrário, havendo sempre a necessidade de produção de provas, desapareceria qualquer razão de economia processual para a análise destas condições em via preliminar.

Em síntese conclusiva, o que interessa para fins da existência das condições da ação para a teoria da asserção é a mera alegação do autor, sendo a análise da veracidade ou não dessa alegação relegada ao juízo de mérito, admitindo-se, provisoriamente, que o autor está

<sup>200</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). RO (escrever por extenso) 5.407/2000. Relator Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOESP 04.03.2002. Disponível em: < <http://portal.trt15.jus.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

<sup>201</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil. 70007419278**. 22ª C.Cív. – Rel. Des. Augusto Otávio Stern – J. 09.12.2003) JCPC.295 JCPC.295.PUN.III JCPC.267 JCPC.267.I JCPC.273. TJRS – **APC 70007419278** – 22ª C.Cív. – Rel. Des. Augusto Otávio Stern – J. 09.12.2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011. Leia-se o texto:

Direito Tributário e Fiscal. Ação Ordinária Pretendendo Compensação de Precatório em Face de Débito Tributário. Indeferimento da Inicial, Por Impossibilidade Jurídica Do Pedido, Com Fulcro nos Artigos 295, Parágrafo Único, III, C/C 267, I, Ambos do Código de Processo Civil. Apelação. 1. Pedido de tutela antecipada no âmbito recursal. Possibilidade. Caso concreto, todavia, em que não estão presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil. Relação jurídico-processual não angularizada. Não-concessão da antecipação. 2. Possibilidade, em tese, de outorga da tutela jurisdicional pleiteada pela autora. **As condições da ação devem ser verificadas in status assertionis.** Pedido e causa de pedir legalmente fundamentados, inclusive em precedentes jurisprudenciais desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Apelo provido. (Grifo nosso)

<sup>202</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2T). Recurso Especial 879188/RS. Relator Humberto Martins. Julgamento - 21/05/2009, p. DJE 02/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2011.

dizendo a verdade. Desse modo, vislumbramos que a teoria da asserção vem sendo adotada por diversos doutrinadores e utilizada pelos Tribunais, para garantir uma tutela jurisdicional que possa produzir eficazmente efeitos no mundo jurídico.

### 3.1.1 Críticas à teoria da asserção

A principal crítica à teoria da asserção, diante dos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, tem como fundamento a impossibilidade de modificar a natureza de um instituto jurídico tomando-se por base a diferente carga cognitiva ou o momento em que um pronunciamento é proferido. Uma condição da ação será sempre uma condição da ação, não tendo nenhuma relevância se sua ausência pode ser percebida liminarmente pelo juiz ou somente após o exaurimento de sua cognição.<sup>203</sup> Ademais, para o citado doutrinador, bastaria ao autor mentir nas alegações da petição inicial para adaptá-la as exigências das condições da ação para merecer um julgamento de mérito.

Assim, Dinamarco apresenta, em sua obra, um capítulo sobre o assunto teoria da asserção, fazendo as seguintes críticas:

Ao propor arbitrariamente essa estranha modificação da natureza de um provimento judicial conforme o momento em que é produzida (de uma sentença terminativa a uma de mérito), a *teoria della prospettazione* incorre em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem, desnecessária e inutilmente o sistema. Eis aqui algumas objeções que nunca foram satisfatoriamente respondidas: a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra sentença ‘*de mérito*’ fundada no fato de que uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art.515, § 1º); c) se fosse de mérito a sentença que reconhece tratar-se de dívida de jogo (*improcedência da demanda*), a coisa julgada que se formará em torno dela impediria a plena vigência do art. 1.477 do Código Civil, porque eventual pagamento que se faça seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, não suscetível de cobrança judicial (obrigação natural); d) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduzirá o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à

---

<sup>203</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 313-315.

anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido) *etc.*<sup>204</sup>

Nesse contexto, verifica-se que Cândido Rangel Dinamarco é fiel à concepção tradicional das condições da ação trazidas por Liebman, rebatendo os argumentos da teoria da asserção, considerando-a uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema. Afirma que, para superar todas as objeções, a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídico-processuais arraigados na cultura ocidental, como de mérito, o da coisa julgada material e até mesmo das condições da ação. Para aceitá-la, seria indispensável uma mudança muito significativa na ordem jurídico-positiva do processo e em série de pilares da cultura processual de fundo romano-germânico.<sup>205</sup>

Greco traz, em sua obra, a posição crítica à teoria da asserção, apesar de entendê-la como importante complemento ao estudo das condições da ação. Ele registra que a referida teoria delimita os casos em que a questão é examinada como simples carência de ação e quando é julgada improcedente, mas alega que “[...] escancara as portas da justiça, uma vez que para nessa ingressar basta que o autor se afirme titular de um direito”<sup>206</sup>:

Por outro lado, a teoria da asserção, defendida pelos abstratistas, merece críticas, na medida em que a outorga ao autor do direito à jurisdição não pode desprender-se de fatos objetivos para resultar simplesmente da sua palavra, ainda que destituída de qualquer verossimilhança. É o defeito que tem sido chamado de autolegitimação, pois basta que ele se afirme titular, de um direito contra determinada pessoa para que possa ingressar em juízo e requerer em face dela uma providência jurisdicional.<sup>207</sup>

Observa-se que, segundo os críticos, a teoria da asserção é facilitadora e liberal ao ingresso em juízo, e tal faculdade favorece o abuso de direito de demandar, o espírito de aventura, ou seja, a instauração das chamadas lides temerárias, porque aquele que tem um inimigo pode afirmar-se titular de um direito contra ele apenas com o intuito de prejudicá-lo de molestá-lo no pleno gozo dos direitos.<sup>208</sup>

<sup>204</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 314-315.

<sup>205</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, v. 1, p. 314-315.

<sup>206</sup> Idem. *Ibidem* p. 245.

<sup>207</sup> Idem. *Ibidem*, p. 241-242.

<sup>208</sup> Idem. *Ibidem*, p. 242.

Maricí Giannico critica a teoria da asserção, afirmando que sua fragilidade está em distinguir a forma de julgamento em razão do momento processual em que as condições da ação são analisadas:

A maior crítica que se faz a teoria da asserção funda-se na ideia de que um instituto não pode ter sua natureza definida em razão do momento processual em que ele é apreciado. Assim, se determinada matéria relaciona-se com a impossibilidade jurídica da demanda, a falta de interesse de agir ou a ilegitimidade da parte, deve ser tratada com condição da ação, não importando que sua análise esteja desvinculada do que fora alegado na petição inicial. Além disso, outra severa crítica dirigida as assertivas diz respeito à lacuna existente no tocante à carência da ação superveniente, a qual não é passível de verificação *in status assertionis*.<sup>209</sup>

Para alguns doutrinadores, a teoria da asserção não é caso de se dizer, pura e simplesmente, que o juiz deve partir do pressuposto de que as afirmações do autor são provisoriamente verdadeiras ou de se afirmar, de maneira simplista, que veda ao juiz a examinar o conjunto probatório para verificar a presença das condições da ação, ou mesmo que este exame sobre as provas desnatura o requisito examinado, retirando-lhe o caráter de condição da ação. Malgrado a autoridade tais posições, pensamos que ao Juiz compete fazer cognição sobre afirmações do autor – e não simplesmente aceitá-las provisoriamente -, podendo, inclusive, se valer do conjunto probatório, para aferir a presença das condições da ação.<sup>210</sup>

Apesar de merecer respeito às críticas acima, nosso posicionamento, é que não podem desvirtuar a teoria da asserção, uma vez que o próprio Código de Processo Civil estabelece normas que inibem condutas arbitrárias, se praticada pela parte.

Assim, no tocante crítica que para ter direito ao pronunciamento de mérito, bastaria que o autor mentisse na inicial – autolegitimação -, bem como apenas advogados inexperientes incorreriam em carência de ação. Podemos destacar que o próprio CPC prevê o artigo 14 que: “[...] são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:” I - que as partes devem expor os fatos em juízo conforme a verdade;

---

<sup>209</sup> GIANNICO, Maricí. Carência da ação e ação rescisória. Jurisprudência. In. **Revista de Processo**, nº 123. Ano 30, maio de 2005, p. 16.

<sup>210</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, p. 66-67.

II - devem proceder com lealdade e boa-fé; e III - não devem formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento.<sup>211</sup>

Em consonância com esse artigo, vêm os artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil, que estabelecem a cominação de multa pela litigância de má-fé, constituem os referidos dispositivos instrumentos que serviriam ao propósito de coibir o que os críticos afirmam ocorrer, ou seja, as alegações inconsequentes dos advogados das partes estariam imunes a qualquer tipo de controle. Além disso, se há omissões ou imprecisões nos fatos narrados pelo autor, acreditamos que a sentença de mérito que declare a improcedência do pedido é punição razoável para a parte que adota esta prática. Ao mesmo tempo, é preciso destacar o interesse que tem a parte ré em ver a ação movida contra si ter sua improcedência declarada, e não somente ser extinta, sem que se julgue seu mérito da causa.

Corroborando com esse entendimento, não podemos deixar de mencionar a observação de Wambier:

Consideramos haver interesse em recorrer para o réu, na hipótese de a sentença ter extinguido o processo sem julgamento de mérito por carência. Isso porque, ainda que esta decisão seja aparentemente e sob certo aspecto vantajosa para o réu, não transitando em julgado sentença que extinguiu o processo sem julgar a lide, fica este ainda sujeito a ser acionado novamente. A decisão que o favoreceria integralmente e de maneira inequívoca seria a de improcedência da ação.<sup>212</sup>

Não estamos, no presente trabalho, buscando ignorar o dispositivo legal do CPC, quanto à análise e consequência da ausência das condições da ação; procuramos apenas interpretá-las diante do que estabelece a teoria da asserção, uma vez que o sistema previsto no CPC é baseado na doutrina de Liebman, que grande parte da doutrina reconhece não mais atender aos anseios do conceito atual de prestação da tutela jurisdicional efetiva. Assim, dentro do sistema processual vigente, a melhor saída possível é a adoção da teoria da asserção, que permite conciliar a sistemática atual do código com os princípios da economicidade e da instrumentalidade do processo.

Desse modo, apesar da teoria da asserção sofrer críticas oposicionistas, a forma como ela vem sendo difundida pela doutrina moderna e aplicada pelos Tribunais, faz-nos crer que

---

<sup>211</sup> BRASIL. Código de processo civil. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: -08 set. 2012.

<sup>212</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 203.

ela é mais eficiente, no tocante à prestação da tutela jurisdicional efetiva, do que a teoria eclética da ação.

### 3.1.2 A teoria da asserção e o projeto do Novo Código de Processo Civil <sup>213</sup>

Primeiramente, vale registrar que o projeto do Novo CPC prevê a permanência das condições da ação. Observamos que a manutenção das condições da ação, na legislação processual, foi opção insistente da referida comissão. Entretanto, em duas oportunidades, ficou assentada a posição de parte da doutrina pela extinção das condições da ação do código. Conforme ata da 6ª Audiência Pública, vislumbramos que foi isso que ficou consignado sobre o assunto, em que se chamou atenção para a extinção de todas as condições da ação. Observamos também, que na 7ª Audiência, a referência foi mais específica, sugerindo a “exclusão das condições da ação do corpo do CPC, já que, para essa parte da doutrina, se tratam de mérito da demanda”. <sup>214</sup>

Assim, apesar do Novo Código de Processo Civil <sup>215</sup> ainda não ter sido aprovado em sua completude, já temos ciência de que não haverá nenhuma alteração quanto ao acolhimento da teoria da asserção. Imperativo, entretanto, manifestar nossa discordância com o que vem sendo proposto no projeto do Novo CPC, que fora formulado por comissão especialmente constituída para isso e não levou em conta as consequências danosas da aplicação da teoria eclética, uma vez que essa teoria nada atende quanto aos princípios de economia, celeridade processual e segurança jurídica.

Sinteticamente, no tocante às condições da ação, o Novo CPC fez uma alteração, mantendo apenas a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir como condições da ação. Desse modo, de fato, o Novo CPC deixou de trabalhar com a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, como, aliás, o próprio Liebman propugnou posteriormente na 3ª edição do seu Manual de Direito Processual Civil, ao alargar o conceito de interesse agir.

Acreditamos que nesse aspecto foi acertada a exclusão, porque se observa de início que, conforme entendimento do próprio Liebman, ele passou a desconsiderar a possibilidade jurídica do pedido entre as condições da ação, visto que o seu único exemplo disso (à época, o

<sup>213</sup> Neste trabalho, o projeto do Novo Código de Processo Civil, passaremos a chamar de “Novo CPC” em contrapartida ao atual Código de Processo Civil - lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>214</sup>BRASIL. Projeto do Novo Código de processo civil. **Senado**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2012.

<sup>215</sup>BRASIL. O projeto do Novo Código de Processo Civil. **Câmara**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras>>. Acesso em: 29 set. 2012.

divórcio) foi extinto. Entre os doutrinadores brasileiros, essa condição sempre se afeiou mais à categoria de interesse de agir. De qualquer maneira, foram mantidos a legitimidade e o interesse processual, conforme a leitura do artigo 467 do projeto: “O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

Com relação à possibilidade de reconhecimento da carência de ação (ausência de legitimidade ou interesse processual), a sistemática do projeto se mantém quase fiel à do código atual. É o que dispõe o artigo 467, parágrafo 3º do projeto: O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V e VI, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito. Apenas havendo alteração na parte final, em que, pelo Novo CPC, o juiz pode alegar de ofício enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Com efeito, dispõe o artigo art. 468 “A sentença sem resolução de mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.”. Entretanto, o parágrafo primeiro do citado artigo dispõe que, nos caso de ilegitimidade ou falta de interesse processual, a propositura da nova ação depende da correção do vício. Com relação ao mencionado artigo 468, § 1º, do Novo CPC, que veda a possibilidade de propositura de nova demanda sem sua correção, a regra acaba com a possibilidade de se ficar repetindo o ingresso da mesma demanda, possibilidade essa admitida pelo artigo 268 do CPC ainda em vigor, esperando juízo positivo de admissibilidade, talvez pela substituição do magistrado.

Sendo assim, em linhas gerais, a última versão do Novo CPC<sup>216</sup> nos artigos 16, 315, 338 e 467, repete praticamente o que dispõe o atual CPC com relação aos artigos 3º, 295, 301 e 267 assim sucessivamente, ou seja, a boa e velha carência de ação, independentemente do momento da sentença e da forma de apreciação, implicará sentença prolatada sem resolução de mérito. Portanto, o Novo CPC, ainda que tenha avançado em comparação com o atual Código de Processo Civil com relação a alguns assuntos, não se desvinculou da teoria eclética do direito de ação, nem muito menos se aproximou da teoria da asserção.

### **3.2 Teoria da asserção como instrumento da economia, celeridade e segurança jurídica à prestação da tutela jurisdicional efetiva**

---

<sup>216</sup> BRASIL. O projeto do Novo Código de Processo Civil. **Câmara**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras>>. Acesso em: 29 set. 2012.

O direito de ação tem o papel de provocar a jurisdição, constituindo a “[...] provocação inicial do Estado-juiz para que ele atue e, nesta perspectiva, para que ele preste tutela jurisdicional”<sup>217</sup>.

No entanto, a ação não é uma garantia do simples acesso ao judiciário. É uma garantia a um processo justo, ou seja, a todos os meios que garantam a obtenção da tutela jurisdicional apta à pacificação do conflito. Assim, somente têm acesso à tutela jurisdicional aqueles que são titulares do direito afirmado. Contudo, todos possuem indistintamente, mediante a simples afirmação de um direito ameaçado ou lesado, o poder ou o direito de se valer dos meios assegurados constitucionalmente para a obtenção de tutela jurisdicional. O exercício de ação, desse modo, “[...] dá origem ao direito de obter um pronunciamento do juiz sobre o pedido de tutela, independentemente do conteúdo da decisão final”<sup>218</sup>.

Exercendo seu direito de ação, pretendendo obter a tutela jurisdicional de proteção a seu direito, o cidadão deflagra o processo que, hoje, há de ser entendido não como um fim em si mesmo, mas como “[...] um método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução dos litígios”<sup>219</sup>, ou como “[...] um instrumento a serviço e realização da justiça do caso concreto.

Hodiernamente, a doutrina moderna fala da efetividade do processo, efetividade da tutela jurisdicional sem, contudo, haver precisão conceitual a respeito. Desse modo, a efetividade, além de ser princípio, também é escopo do moderno processo, conforme leciona Lopes e Lopes<sup>220</sup>: “[...] os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa estão diretamente ligados à efetividade da jurisdição, uma vez que eles são a garantia, para o cidadão, de obter do Estado à tutela de seus direitos”.

Acerca, especificamente, da efetividade do processo ou da jurisdição, menciona-se que é “[...] o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar um bem da vida de que se considera titular”. A este indivíduo devem ser, e são, “[...] assegurados meios expedidos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado”.

<sup>217</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1., p. 331.

<sup>218</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 230.

<sup>219</sup> Idem. *Ibidem*, p. 36-38.

<sup>220</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Princípio da Efetividade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 241

<sup>221</sup> Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao cidadão uma resposta que tenha condições de produzir efeito no mundo jurídico para fora do processo.

Nota-se, então, que há uma estreita relação entre jurisdição, ação, processo e efetividade, constatação que não passou despercebida nos estudos de Dinamarco, cujas linhas, pela importância, merecem transcrição literal:

Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa que sua almejada aptidão para eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. Sempre, como se vê, a visão dos objetivos que vem iluminar os conceitos a oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema.<sup>222</sup>

Registra-se, que após o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5.º da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional de n. 45/2004, a efetividade guarda relação com a celeridade. Esclareça-se, porém, que, embora relacionados, efetividade e celeridade não são sinônimos, conquanto seja comum haver confusão entre os sentidos. A respeito da diferença, “[...] a celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Com maior rigor técnico e à luz da emenda n. 45, aos jurisdicionados se deve garantir a razoável duração do processo”<sup>223</sup>, ou seja, que a tutela jurisdicional efetiva seja concedida, observando o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporcionando às partes o resultado do direito material alegado.

Desse modo, quem provoca o Estado-juiz, no mínimo, almeja uma resposta concedendo ou não o direito alegado. Reposta essa que possa produzir efeitos no mundo jurídico para fora do processo. Nesse contexto, levando em consideração a afirmativa de Câmara, “[...] a ciência isolada da prática é uma ciência estéril, enquanto a prática do direito, distante da ciência, pode se tornar puro charlatanismo”<sup>224</sup>, é que analisamos as condições da ação: como mera técnica processual para o exercício do direito de ação, adequando, assim, a ciência e a prática em busca da efetividade da tutela jurisdicional.

<sup>221</sup> Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição** – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 141.

<sup>222</sup> DINAMARCO, Cândido, Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 330.

<sup>223</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro e LOPES, João Batista. . In. OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 245.

<sup>224</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1. Nota introdutória.

Assim, o que se convencionou denominar de condições da ação, na realidade, Kazuo Watanabe, no estudo da cognição do processo civil, já mencionava que “[...] são razões de *economia processual* que determinam a criação de técnicas processuais que permitem julgamento antecipado, sem a prática de atos inteiramente inúteis ao julgamento da causa”. Frisa-se que “[...] o que procuramos acentuar é a utilidade das ‘condições da ação’ como técnicas de julgamento antecipado, por razões de economia processual”.<sup>225</sup>

Desse modo, considerando as condições da ação como técnica processual do exercício do direito de ação, devemos considerá-la diante da teoria da asserção, buscando evitar o efeito danoso que a aplicação irrestrita do que o Código de Processo Civil determina, quando ausente uma das condições.

Como já mencionamos nos capítulos anteriores, a leitura do art. 267, VI e §3.º, do Código de Processo Civil estabelece que a extinção do processo sem resolução de mérito pode ocorrer a qualquer tempo, porque a carência de ação é matéria não-preclusiva, diante da norma processual vigente.

Ocorre que não se admite que a lei seja aplicada cegamente sem interpretá-la diante dos anseios das garantias e dos direitos estabelecidos na Constituição Federal. Por esse motivo, fala-se na necessidade de uma releitura das condições da ação pelo Juiz, conforme os ensinamentos de Rogério Marrone de Castro Sampaio:

A aferição das condições da ação constitui estágio em que se evidencia a atuação valorativa na aplicação das normas processuais. O novo modelo processual, em que se prestigia a outorga de uma tutela jurisdicional justa e pacificadora, impulsiona o processo, na medida do possível, ao julgamento do mérito, visto que, em princípio, esse é o resultado que atende a tais expectativas. [...] Inseridas entre as técnicas processuais, surgem as condições da ação como requisitos cuja presença é essencial para viabilizar o exame do objeto da ação [...]. De outra parte, a ausência de uma das condições da ação torna o processo inútil, desprovendo de eficácia a tutela jurisdicional que viesse a apreciar a pretensão do autor, além de movimentar, desnecessariamente, a máquina do Poder Judiciário.<sup>226</sup>

Surgindo um obstáculo ao exame do mérito, as condições da ação devem ser compatibilizadas com essa nova visão constitucional do direito de ação. Ao mesmo tempo que atuam como fator limitativo do exercício da plena atividade jurisdicional no caso concreto, não podem, de outra parte, ser concebidas num grau de formalismo que conduza à vulneração

<sup>225</sup> WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 109-110.

<sup>226</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 131-134.

dessa nova concepção social dada ao processo, vinculado a um resultado justo. Em suma, é imperioso que a ação, como direito à obtenção de uma tutela justa, seja inserida, com as limitações impostas pela presença de certas condições, dentro do modelo que consagra as garantias constitucionais do processo. Daí a necessidade de flexibilização do exame das condições da ação, passando a tratá-la como técnica processual do exercício do direito de ação.

Castro Sampaio ratifica a necessidade de realçar que a atuação prática das condições da ação, como técnica para se aferir a aptidão do processo de atingir providência de mérito, dá ensejo a inúmeras dificuldades e a intensas discussões doutrinárias. Estas, todavia, não guardam pertinência com o que se pretende nessa fase. Parece irrecusável, a par dessa controvérsia, que a aferição da legitimidade da parte, do interesse processual ou de agir e a possibilidade jurídica do pedido exigem do juiz um exame superficial e abstrato dos vários aspectos que giram em torno do direito material, objeto da pretensão deduzida.<sup>227</sup>

Desse modo, procedendo a esse exame, uma vez constatada a falta de pertinência subjetiva para figurar em um dos polos da relação jurídica processual, ou a falta de adequação ou de necessidade da tutela pretendida, ou a existência de vedação no ordenamento jurídico para que se instaure a relação processual, deve o magistrado, como regra, julgar o autor carecedor de ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito.<sup>228</sup> O que se defende, no entanto, é que, excepcionalmente, se atinja o julgamento do mérito, com a satisfação do interesse protegido, relegando-se para segundo plano a perfeita identificação de uma dessas condições da ação. A relevância do bem jurídico, objeto da pretensão, justifica a mitigação desses requisitos prejudiciais ao mérito, com fundamento, inclusive, no princípio da proporcionalidade.<sup>229</sup>

Castro Sampaio afirma que maior ainda é o prejuízo à instrumentalidade processual quando a extinção do processo, por carência de ação, dá-se após longa e cansativa tramitação processual, com o esgotamento, inclusive, de toda a fase instrutória. Uma vez atingido esse estágio, é muito mais razoável, na medida do possível, outorgar-se providência de mérito, julgando-se procedente ou improcedente a ação, do que se apegar ao formalismo e

---

<sup>227</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 136-138.

<sup>228</sup> Sobre essa questão, sugere-se conferir a Teoria eclética de Liemban.

<sup>229</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 138.

simplesmente decretar o autor carecedor de ação, conquanto, à luz da legislação processual, isso deva ser feito.<sup>230</sup>

A jurisprudência se mostra afinando-se, então, com a moderna processualística para a efetividade à prestação da tutela jurisdicional; assim, vem entendendo o ministro Castro Meira da 2ª turma do Superior Tribunal de Justiça:

[...] segundo a Teoria da Asserção, em voga no Direito Processual brasileiro, a possibilidade jurídica do pedido deve ser analisada de acordo com o que é asseverado pela parte autora, na exordial. Isto é, o momento para se verificar a existência das condições da ação é quando o juiz realiza o primeiro contato com a petição inicial, deixado o exame das questões de mérito, relativas à procedência ou à improcedência da demanda, para o julgamento final, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para propiciar sua adequada e efetiva tutela. [...] <sup>231</sup>

Sendo assim, aplicando a teoria da asserção, o Juiz estará velando pela resolução da lide, sem esquecer, portanto, de examinar as condições da ação. Todavia, irá fazê-lo fundamentado nas abstratas alegações do autor. Recebida a inicial, tudo em diante será mérito e a sentença correspondente será definitiva, desafiando coisa julgada material, com efeitos endoprocessuais e extraprocessuais. Concretizada, assim, a segurança jurídica e a efetividade processual.

Para os adeptos da teoria da asserção, sendo possível ao juiz mediante uma cognição sumária perceber a ausência de uma ou mais condições da ação, deve extinguir o processo sem a resolução do mérito por carência de ação, art. 267, VI, do CPC, pois já teria condições desde o limiar do processo de extingui-lo e assim evitar o desenvolvimento de atividade inútil.

Com embasamento no princípio da economia processual, entende-se que, já se sabendo que o processo não reúne condições para a resolução do mérito, cabe ao juiz a sua prematura extinção por carência da ação. Mas, não se pode admitir que um processo após meses, anos de tramitação chegue ao seu final, devidamente instruído, pronto para ser

<sup>230</sup> Idem. Ibidem, p. 138.

<sup>231</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª turma. **Agravo em Recurso Especial no. 53.146/SP** – 2011/0148200-4. Relator Ministro Castro Meira. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 29 set. 2012. A título de ilustração dos argumentos erigidos acerca desse julgado, confira-se o texto a seguir. **PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA.** 1. A Defensoria Pública tem autorização legal para atuar como substituto processual dos consumidores, tanto em demandas envolvendo direitos individuais em sentido estrito, como direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, na forma do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n.º 80/94. Precedentes. 2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes. Agravo regimental não provido.

decidido pelo juiz, e seja extinto sem julgamento de mérito por carência de ação. Isso afronta completamente um dos escopos da jurisdição, qual seja, a composição de litígios, a prestação da tutela jurisdicional célere e efetiva.

Nessa perspectiva, se não há prejuízo para as partes e se é plenamente possível, ao juiz, compor o conflito de interesses, não há porque deixar de apreciar o mérito. Esse tipo de conduta é antagônica, atenta contra a instrumentalidade e efetividade do processo e demonstra um enorme apego aos formalismos.

Esse é o entendimento da doutrina moderna segundo Didier:

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, a carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in statu assertionis*). Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito.<sup>232</sup>

Disso se depreende que não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito.

Marinoni faz suas reflexões afirmando a relação existente entre a teoria da asserção e o princípio da economia processual:

Podemos dizer, sem medo de errar, que a teoria que aceita que o caso é de carência de ação está muito mais perto do concretismo do que pode imaginar. [...] As condições da ação devem ser aferidas de acordo com a afirmativa feita pelo autor na petição inicial, ou seja, *in statu assertionis*. [...] O princípio da economia processual nada ganha com a teoria eclética, e o que recebe de benefício com a teoria que entende que as condições da ação devem ser aferidas *in statu assertionis*.<sup>233</sup>

<sup>232</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.212-219.

<sup>233</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. revissada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 211-212.

O autor, sobre a teoria da asserção, faz um paralelo com os efeitos da aplicação dessa teoria e a coisa julgada material, trazendo seu posicionamento doutrinário, amparado pela jurisprudência do STJ:

O interesse e a legitimidade para causa representam requisitos para o julgamento do pedido (não podendo mais ser considerados, como já se propôs, elementos constitutivos da ação) e devem ser aferidos in status assertionis, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa ou quando o autor carecer de interesse processual, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, CPC), com extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, do VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade da parte ou da ausência de interesse do autor, há resolução de mérito (art. 269, I, CPC). No primeiro caso, não há que se pensar na formação de coisa julgada (ou, como prefere o CPC, coisa julgada material, art. 467). Não havendo sentença de mérito transitada em julgado, no sistema do Código, não há que se falar igualmente na possibilidade de ação rescisória (STJ, 1ª Seção, AR 381/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 27.09.1994, DJ 12.06.1995, p. 132). No segundo, há resolução de mérito e formação de coisa julgada, podendo ser eventualmente aviada, sendo oportuna, ação rescisória. (STJ, 3ª Turma, REsp21.544/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 19.05.1992, Dj 08.06.1992, p. 8.619).<sup>234</sup>

Portanto, é possível verificar que, apesar de grande discussão doutrinária, a teoria da asserção ao possibilitar que a sentença que se funda na falta de condição da ação possa ser proferida pela improcedência, ou seja, sentença de mérito, definitiva, apta a alcançar a coisa julgada material, impossibilita a renovação da demanda, evitando o assoberbamento ao Poder Judiciário por reposituras de ações inúteis, bem como garante efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Por fim, mencionamos as lições de Didier a respeito do assunto:

Nosso direito, estranhamente, considera rigor excessivo a extinção prematura do processo sem julgamento do mérito. '*Não vamos permitir que o aparelho jurisdicional se movimente em razão de um pedido manifestamente repellido pelo ordenamento*'. O curioso é que essa medida economicamente esqueceu-se do mais elementar antídoto contra proliferação de demandas jurídicas: a coisa julgada material.<sup>235</sup> (Grifos no original)

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

<sup>235</sup> DIDIER JR., Fredie Souza. **Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto**. Podium, Salvador, ano 2, mar 2001, p.18. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br/artigos/processocivil.htm>>. Acesso em: 22 set. 2012.

Observa-se, com fulcro nas palavras desse autor, que deve haver um compromisso da técnica processual, encarando o sistema a partir de ângulos externos, com a sistematização da ideia em torno do princípio da instrumentalidade e efetividade do processo. Isso permite estabelecer um novo momento no pensamento do processualista, de modo a evitar os males do exagerado ‘processualismo’ e ‘formalismo’, predispondo o processo, de modo a possibilitar seu uso em consonância com os objetivos iniciais que abarcam a visão do processo como instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa e, para além, como um mecanismo de resolução de controvérsias. Vislumbra-se que, por meio da teoria da asserção, tem-se uma melhor prestação jurisdicional, não ficando o direito material escondido pelo formalismo do direito processual civil.

Diante da aplicação da teoria da asserção, podemos vislumbrar a incidência dos princípios da economia, celeridade processual e segurança jurídica como garantes à efetividade da tutela jurisdicional; uma vez sendo analisadas as questões oriundas das condições da ação após o momento inicial, deve-se ser extinto o processo com resolução do mérito, para evitar novos ajuizamentos e com isso assoberbar o Poder Judiciário.

### **3.3 Teoria da asserção e possibilidade de sua aplicação**

Vivemos hoje um Estado garantidor e efetivador de direitos, que tem levado em consideração o processo hermenêutico para a concretização dos direitos, em busca de resguardar os direitos fundamentais.

Quando nos referimos à hermenêutica, podemos defini-la como a teoria que se dirige à compreensão do ordenamento jurídico. Carlos Maximiliano<sup>236</sup> nos ensina que a hermenêutica jurídica tem como objeto o estudo, a análise e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito.

Dessa forma, o direito estabelece as normas jurídicas para salvaguardarem e ampararem o convívio social. Ocorre que, para aplicação do direito, existem no ordenamento jurídico vários métodos e critérios de interpretação estabelecidos pelo processo hermenêutico.

Por vezes, o aplicador do direito se depara diante de uma situação em que o dispositivo infraconstitucional não se encontra consoante com os valores constitucionais, sendo necessário lançar mão da interpretação, e nesse caso, nos reportaremos à interpretação sistemática.

---

<sup>236</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.1.

Nesse contexto, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos. Dito de outra forma, a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é aquela que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro.<sup>237</sup>

Considerando o ordenamento jurídico como um sistema aberto, Freitas ensina que “[...] a interpretação sistemática deve ser concebida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos”.

Em sendo assim, a interpretação sistemática vem ajudar explicar a possibilidade da aplicação da teoria da asserção, uma vez que, ao adotar, de forma evidente, a teoria eclética da ação, o Código de Processo Civil estabeleceu determinadas condições para consagrar o direito de ação, fazendo nascer uma distinção entre direito de ação constitucional e direito de ação processual.

Além do mais, Liebman estabeleceu que as condições da ação são necessárias para existência da ação, admitindo que somente há exercício da função jurisdicional quando o juiz decide o mérito da ação. Caso isso ocorra, pode essa decisão proferida ser favorável ou desfavorável, sobre a pretensão de direito material deduzida em juízo. Quando verificar ausência de algumas das condições da ação, a parte é carecedora da ação e a sentença é sem resolução do mérito, não havendo, portanto, a existência da ação. Essa teoria de Liebman recepcionada pelo nosso CPC.

Verifica-se que a própria norma infraconstitucional é que estabelece determinadas condições que limita a atividade jurisdicional. Todavia, uma vez que o CPC optou por adotar a teoria eclética, assumiu o risco de suportar das fraquezas que a teoria apresenta.

Para Eugênio Parcelli de Oliveira<sup>238</sup>, a teoria eclética foi elaborada para mitigar a suposta liberdade de acesso à jurisdição; surgiu como uma “[...] mitigação do direito, abstratamente a todos, à provocação da jurisdição”.

---

<sup>237</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60-61.

<sup>238</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 77.

Nesse contexto, a teoria da asserção contém uma série de afirmações que devem ser interpretadas como o ideal para a análise das condições da ação, a fim de sanar algumas inconsistências da teoria eclética, bem como das normas estabelecidas pelo Código de Processo Civil, com o direito de ação previsto na Constituição, para que o mesmo seja interpretado sistematicamente conforme a nossa Magna Carta.

No decorrer do trabalho, posicionamo-nos favorável à posição de doutrinadores que afirmam ser a teoria da asserção a que melhor se adapta à concessão de uma tutela jurisdicional célere e efetiva; isso se considerando que há um prejuízo à instrumentalidade processual quando a extinção do processo, por carência de ação, se dá após longa e cansativa tramitação processual, com o esgotamento, inclusive, de toda a fase instrutória. Atingido essa fase, é muito mais razoável outorgar-se providência de mérito, julgando-se procedente ou improcedente a ação, do que se apegar ao formalismo e simplesmente decretar o autor carecedor de ação, conforme estabelece a legislação processual.

Entretanto, todo juiz tem o dever de obediência à lei, à norma geral. Mas esse dever não pode mais compreender a tarefa de individualização de uma interpretação fechada ao formalismo procedimental da interpretação da norma jurídica. Ao juiz incumbe a missão de individualizar de modo apropriado a lei ao caso concreto. Para isso, tem o magistrado que se abrir ao mundo jurídico, ao invés de fechar-se no código e no método de interpretação lógico-formal. É preciso que se compreenda que os códigos e os conceitos jurídicos estão no mundo, mas não são o mundo.

O que se busca, então, por meio da hermenêutica, é que a interpretação não se reserve aos métodos fechados de interpretação, não se enclausure nos autos, esquecendo o mundo exterior. Não se forma o Estado e as garantias das pessoas com bases nas leis criadas, mas é dada a responsabilidade aos legisladores, juízes adequarem as leis à realidade da comunidade a cada época. Por isso, não se espera que a sociedade se molde em razão das leis, mas que as leis sejam práticas e aplicáveis à realidade social, concretizando os direitos fundamentais, sob pena de serem: válidas – por terem cumprido o processo legislativo -, legítimas – por serem concebidas pelos agentes públicos responsáveis por sua composição, e ineficazes – pois seus conteúdos destoam da realidade e consagram letra morta, sem valor ao anseio da sociedade.

Podemos afirmar que o processo não é mera técnica, mas instrumento para a realização da justiça. Com esse entendimento, Oliveira<sup>239</sup> defende o processo como “[...]”

---

<sup>239</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXIX, n. 87, t. I, setembro de 2002, p. 38.

instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, ou seja, direito constitucional aplicado”. Para o autor, é preciso não esquecer a estreita conexão que existe entre jurisdição, ação e processo para a proteção dos direitos e garantias constitucionais - cujo reflexo denota-se no conteúdo da decisão proferida pelo órgão judicial. É incoerente pensar no processo desprendido das matrizes constitucionais. O instrumento deve adaptar-se aos preceitos elevados contidos na Constituição; do contrário, estaria se pondo em perigo os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Portanto, percebe-se, diante do que foi apresentado no decorrer deste estudo, que a doutrina e os Tribunais têm-se voltado cada vez mais à óptica dos direitos constitucionais primando por eles e deixando de lado o formalismo e a letra fria da lei; ou seja, interpretando-a de forma sistemática, como forma de garantir a efetividade aos princípios da inafastabilidade à tutela jurisdicional, economia processual, celeridade e segurança jurídica. Assim, diante de uma interpretação sistemática é que vem sendo aplicada na prática a teoria da asserção para a garantia de uma prestação à tutela jurisdicional efetiva.

## CONCLUSÃO

O direito fundamental à tutela jurisdicional é um dos mais importantes dos direitos fundamentais, visto que é garantidor da efetivação de todos os outros. A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, XXXV, que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo o direito de ação.

Esse dispositivo constitucional é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, pois o acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de ingresso em juízo ou a mera admissão ao processo. É necessário que se tenha efetivo acesso à justiça, ou seja, uma devida resposta do judiciário. Para que tenha efetividade, é necessário que, no menor espaço de tempo, o processo confira a quem tem direito tudo àquilo que faz jus.

Com o advento do Estado Democrático e, portanto, com a nova visão de que o direito passou a desfrutar, chega-se à conclusão de que ele não é um sistema fechado de normas, em que estas devem ser reproduzidas tais como estão no ordenamento, sem qualquer adequação ao caso concreto. Isso porque as hipóteses de incidência da lei nunca são as mesmas. Ainda que as situações sejam semelhantes, os sujeitos diferem e, com eles, diversas vicissitudes constituem suas variantes. O juiz tem de ter a sensatez de modelar a conjuntura do que lhe é apresentado processualmente, ao sistema normativo, de maneira a ajustar cada caso à solução que lhe parece equânime, sem fugir, é certo, dos contornos da legalidade.

Desse modo, ninguém se socorre do Judiciário senão para ver satisfeita ou, melhor dizendo, *efetivada* a sua pretensão. De nada ou quase nada adiantaria ter certo direito declarado se ele não pudesse ser realizado na prática.

É para a efetividade que convergem todos os reclamos dos jurisdicionados. E não é só: fluem no sentido da efetividade, também, todos os esforços dos legisladores e aplicadores do direito.

Por se pretender sempre a efetiva concessão da tutela judicial é que se busca a prolação de sentenças definitivas. Só estas dão, em regra, resposta ao jurisdicionado de mérito, ao contrário das sentenças terminativas, que não definem a lide. É, pois, nessa perspectiva que a teoria da asserção vem sendo estudada por diversos doutrinadores para fundamentar a melhor aplicação das condições da ação.

A essa obrigatoriedade de preencher as condições da ação, para se proferir uma sentença de mérito, adveio da chamada teoria eclética da ação adotada pela nossa sistemática processual e defendida por Liebman, que nos traz a ideia de que só existirá ação quando

efetivamente concorrerem as condições para a sua propositura: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir.

Na verdade, essa teoria quer-nos ensinar que uma vez proposta a demanda, a ação só existirá quando aferida a veracidade da presença das condições acima enumeradas.

Ressaltamos no decorrer do trabalho, que a teoria adotada por Liebman, o julgador ao emitir seu pronunciamento final, concluindo pela inexistência de quaisquer das condições da ação, proferirá uma sentença terminativa, e não definitiva, declarando a carência de ação, independentemente do momento em que foi pronunciada.

Para os defensores da teoria eclética, as condições da ação são pressupostos para a existência da ação e a falta de qualquer delas implica a inexistência do direito de ação; por isso, quando o juiz pronuncia a 'carência da ação', nem mesmo haverá processo, mas mero fato, e o juiz não terá exercido função jurisdicional. Essa é a grande crítica realizada pelos doutrinadores, uma vez que a teoria eclética não entende como atividade jurisdicional quando há carência de ação.

Diante das perplexidades causadas pela adoção da teoria eclética, vislumbramos que doutrinadores afirmam que a melhor forma de interpretar as condições da ação, deve ser diante da teoria da asserção.

Assim, as reflexões erigidas ao longo desta dissertação permitiu-nos observar que, na teoria da asserção ou da *prospettazione* o magistrado deve analisar as condições da ação *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Quando da análise da petição inicial, deve o juiz admitir, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. Verificada a presença dessas condições nesse momento inicial, mesmo que posteriormente na instrução, é preciso, ainda, observar a falta uma das condições da ação, passe o juiz a julgar com resolução de mérito pela improcedência do direito alegado, e não julgar extinto o processo sem resolução de mérito, como afirma o Código de Processo Civil.

Não buscamos ignorar o dispositivo legal do CPC, quanto à análise e consequência da ausência das condições da ação; procuramos apenas interpretá-las diante do que estabelece a teoria da asserção, uma vez que o sistema previsto no CPC é baseado na doutrina de Liebman, que grande parte da doutrina reconhece não mais atender aos anseios do conceito atual de prestação da tutela jurisdicional efetiva. Assim, dentro do sistema processual vigente, a melhor saída possível é a adoção da teoria da asserção, que permite conciliar a sistemática atual do código com os princípios da economicidade e da instrumentalidade do processo.

Portanto, a presença do instituto condição da ação deve ser visto como técnica de julgamento antecipado, por razões de economia processual, levando a causa a sua análise do mérito, possibilitando assim a coisa julgada material. Seriam condições para o julgamento do mérito da causa e não condições para existência da ação.

É importante ressaltar que, de acordo com o CPC, se ausente algumas das condições da ação, está-se proferindo uma sentença terminativa. Quando isso ocorre, os litigantes podem ingressar novamente em juízo, depois de corrigida a falta, para ter direito à tutela jurisdicional que possa produzir efeitos eficazmente no mundo dos fatos. Na leitura que traçamos acerca da questão, verificamos que quando se extingue o processo por falta de algumas das condições da ação, não foi concedida a tutela, aqui compreendida como análise meritória, embora tenha havido atividade judiciária.

Entretanto, entendemos que a atividade desenvolvida pelo magistrado, ao aferir as condições da ação é jurisdicional, podendo-se falar desde então em exercício de direito da ação, quer estejam presentes ou não tais condições, mas o que buscamos é que esse direito de ação seja garantido por meio de uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Percebemos, no decorrer do trabalho, que a teoria da asserção já tem grande prestígio doutrinário e jurisprudencial, uma vez que os Tribunais vêm adotando-a como forma de garantir o provimento jurisdicional efetivo, buscando interpretar as condições da ação e não suprimi-las, visto que são imposições do direito processual. Todavia, suas vestimentas, ofertadas em outra época histórica e momento processual, não mais servem aos fins do direito de ação em sua faceta da tutela jurisdicional célere e efetiva dos tempos modernos.

Isso significa que todos têm direito a uma prestação jurisdicional efetiva. Para tanto, é imprescindível que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material, em decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva. Procedendo de tal modo, faz surgir a nova concepção de ação como um direito fundamental a uma jurisdição efetiva, pois não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Sabe-se que o desiderato de todo processo é a análise do mérito e a prestação da tutela judicial. Nesse sentido, conclui-se que a sua extinção sem o exame da questão de fundo, motivada pela presença de algum defeito, implica o malogro do seu objetivo e, por isso, deve ser vista como *ultima ratio*, providência excepcional, por fugir ao seu destino natural e desejado. Assim, a concretização da efetividade do processo, após anos de experiência, é o que se espera do Magistrado moderno. Realizar a celeridade é realizar a efetividade, é dizer o direito, é pôr fim ao estado de insatisfação, ainda que dizendo para uma parte que ela perdeu.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, ação e tutela Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. Tradução de Luz Cary e Luisa Costa. 2. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1977.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G.Giappichelli, , 1988.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, v.1.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Justitia*, São Paulo, n. 53, p. 51, 1991.

BRASIL. Constituição Federal. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2012a.

\_\_\_\_\_. Código de Pocesso Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 ago. 2012c.

\_\_\_\_\_. O projeto do Novo Código de Processo Civil. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras>>. Acesso em: 29 set. 2012d.

\_\_\_\_\_. Projeto do Novo Código de processo civil. **Senado**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2012d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Processual Civil. **Recurso Especial 818603/RS**. STJ - 3ª Turma - Relatora Ministra Nancy Andriighi - REsp 818603/RS - Data publicação DJ 03/09/2008. Julgamento 19/08/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2011a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 753. 512/RJ**. Relator Ministro João Otávio de Noronha; Rel. p/ Acórdão, Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma. Julgamento

16/03/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: data 22 jun. 2011b.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho. (9ª Região). **Apelação Civil 70007419278**. Proc. nº. 03281-2001-662-09-00-8). – Rel. Juiz Célio Horst Waldruff, DJPR 23.01.2004). Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>> e <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011c.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). RO (escrever por extenso) **5.407/2000**. Relator Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOESP 04.03.2002. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2T). **Recurso Especial 879188/RS**. Relator Humberto Martins. Julgamento - 21/05/2009, p. DJE 02/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2011e.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil n. 70007419278**. 22ª C.Cív. – Rel. Des. Augusto Otávio Stern – J. 09.12.2003) JCPC.295 JCPC.295.PUN.III JCPC.267 JCPC.267.I JCPC.273. TJRS – **APC 70007419278** – 22ª C.Cív. – Rel. Des. Augusto Otávio Stern – J. 09.12.2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZUID, Alfredo Buzaid. **Anteprojeto do Código de Processo Civil**. Exposição de motivos, cit., nº 14, p. 24. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. por Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CANELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Instituciones del proceso civil**. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1973, v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução: Dr. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965.

\_\_\_\_\_. **Intsituições de direito processual civil**. Tradução: brasileira. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008, v.1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, v. 1.

\_\_\_\_\_. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Podium**, Salvador, ano2, mar 2001. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br/artigos/processocivil.htm>>. Acesso em: 25 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos de processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo:Malheiros, 2001, v.1.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo" e Mérito da Causa. In: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **Saneamento do Processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIANNICO, Marici. Carência da ação e ação rescisória. Jurisprudência. In. **Revista de Processo** nº 123. Ano 30, maio de 2005.

GOMES, Fábio. **Carência de Ação**: doutrina e comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revistas dos Trinauais, 1999.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: Introdução ao direito processual civil. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, v.1.

\_\_\_\_\_. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica Universitária, 1969.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HÄBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade aberta dos interpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del Processo Civile**. Nápoles: Morano, 1962, (L'azione nella teoria del processo civile).

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v.1.

\_\_\_\_\_. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Princípio da Efetividade. In. Org.: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da teoria dos Direitos Fundamentais. **Professor Marinoni**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutelas dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 626-627.

MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da ação** – com ênfase à ação civil pública para tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Sobre a Natureza Jurídica da Legitimidade AD CAUSAM**, Maceió, 1973.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**, I. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado, I**. 2. ed. atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Ed. Bookseller, 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. Indeferimento da Petição Inicial. In: **Termas de Direito Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. (Primeira Série)

\_\_\_\_\_. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de direito processual civil**, nº 64, ano 16, 1991.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOGUEIRA, Pedro Herinque Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In. **Revista da AJURIS**, Ano XXIX, n. 87, t. I, Porto Alegre, setembro de 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Livraria Progresso, 1961.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997.

PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y técnica del proceso civil e trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009.

SANTOS, Ernandis Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução Jacinto Messias e Manoel Poley. 2. ed. Madri: Gongora, 1878.

SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 216, 1990.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

\_\_\_\_\_. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: \_\_\_\_\_. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação**. Porto Alegre: Revista Ajuris. n. 29, 1983.

SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer e não fazer e entregar coisa certa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de processo civil – teoria geral do processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, v. 1.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Org). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. In: **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.