



ARTHUR FROTA RIBEIRO

A TEORIA DA ASSERÇÃO

BRASÍLIA

2011

Agradecimentos

À minha mãe,

Maura,

E à minha irmã,

Márcia,

Por tudo o que me deram, material e moralmente.

À minha linda esposa,

Luciana,

Pelo apoio incondicional.

ARTHUR FROTA RIBEIRO

A TEORIA DA ASSERÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

BRASÍLIA

2011

RESUMO

O presente trabalho propõe a discussão do que se convencionou chamar teoria da asserção. Para tanto, foram revisadas as teorias da ação, desde o direito romano até os dias atuais. Estabeleceu-se, em seguida, o paralelismo entre condições da ação e o juízo de admissibilidade dos recursos. A seguir, foi discutido o seu uso nos tribunais pátrios, em especial perante o Supremo Tribunal Federal, para concluir que a teoria da asserção, aliada aos princípios da boa-fé e razoabilidade, constitui importante instrumento para atingir a celeridade e, por conseguinte, a efetividade do processo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – TEORIA GERAL DO PROCESSO	8
1.1 DIREITO ROMANO.....	8
1.2 WINDSCHEID X MUTHER.....	8
1.3 DEGENKOLB E PLÒSZ, MORTARA E WACH	10
1.4 CHIOVENDA	11
1.5 LIEBMAN	12
CAPÍTULO 2 – TEORIA DA ASSERÇÃO.....	17
2.1 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	17
2.2 CRÍTICA À TEORIA ECLÉTICA.....	17
2.3 TEORIA DA ASSERÇÃO.....	18
2.4 CRÍTICA À TEORIA DA ASSERÇÃO	20
2.5 APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO	24
2.6 PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	28
CAPÍTULO 3 – APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS	29
3.1 APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO EM GRAU RECURSAL.....	29
CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	38

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo o estudo do que se convencionou chamar de teoria da asserção. Seu estudo pertence à seara do Direito Processual Civil, enquadrando-se, especificamente, no estudo da teoria da ação.

O estudo do tema visa aprofundar e consolidar conhecimentos sobre a teoria da ação, para que se possa proceder à análise da teoria da asserção.

O presente trabalho utiliza a pesquisa bibliográfica e revisão jurisprudencial como métodos de pesquisa.

O interesse sobre o tema surgiu da dificuldade prática em se delinear o que seria condição da ação e mérito de uma determinada causa. Com efeito, não raro, ambas podem vir a ser confundidas, a depender da posição do doutrinador que se consulta sobre o tema.

De fato, conforme observa parte da doutrina, a categoria “condição da ação” vem da influência da doutrina italiana, sendo amplamente adotada por outros ordenamentos jurídicos. Entretanto, há ordenamentos que prescindem da categorização, a exemplo da Alemanha, sem que isso resulte em empecilho na prática processual deste país.

No entanto, como a opção do Código de Processo Civil deu-se pela adoção das condições da ação, foi necessário conciliar a lei processual com o escopo de instrumentalidade do processo, o que a teoria da asserção tornou possível.

A teoria da asserção consiste em levar em conta o que o autor alega, sem que se faça, de plano, o cotejo com as provas trazidas. Aceitam-se *in statu assertionis* os fatos trazidos pelo autor; não se procede, aqui, à dilação probatória para se definir se há condições da ação. Se, da afirmação (asserção) do autor se verifica a necessidade de dilação probatória, a questão torna-se de mérito; no entanto, se da própria afirmação do autor, não se pode vislumbrar o preenchimento das condições da ação, não há necessidade de prosseguir o feito.

A importância desta diferenciação é que, se estivermos a tratar de mérito, a

decisão proferida terá aptidão para se tornar imutável, fazendo coisa julgada; se, por outro lado, a lide não chega sequer a se instaurar, a decisão é meramente terminativa, podendo, pois, ser novamente intentada.

Resolve-se, igualmente, o problema da ação em que, após a devida dilação probatória, chega o juiz à conclusão de que falta uma condição da ação, prolatando sentença terminativa, quando já adentrou na análise do mérito da lide.

Trata-se, portanto, de questão atinente à efetividade da prestação jurisdicional e à instrumentalidade do processo.

A partir daí, analisa-se a aplicação da teoria da asserção nos tribunais, máxime em relação aos recursos extraordinários *lato sensu*.

Com efeito, entendemos que, caso o magistrado entenda faltar uma condição do recurso, ao proceder à análise dos requisitos de admissibilidade intrínsecos – que, *mutatis mutandis*, seriam as “condições da ação” nos recursos – poderia não conhecer do recurso. Mas, se o caso fosse de requisito que diz respeito ao conteúdo da peça recursal, é dizer, ao seu mérito, como, por exemplo, na alínea “a” do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, e o magistrado não conhecesse do recurso, por não vislumbrar contrariedade a lei ou ato normativo federal, estaria procedendo em desconformidade com o que se propõe com a teoria da asserção. A confirmação se há, ou não, ofensa a lei ou ato normativo federal é questão que se relaciona com o mérito do recurso. Tal recurso deveria, portanto ser conhecido. Nessa análise, é imprescindível o uso do princípio da razoabilidade para que o juiz não fique refém de recursos meramente protelatórios.

CAPÍTULO 1 – TEORIA GERAL DO PROCESSO

1.1 DIREITO ROMANO

Temos o início do estudo da teoria da ação na doutrina romana, e podemos perceber que a mesma não distinguia direito material e direito de ação. É dizer que aquele que propunha uma *actio* o fazia amparado na violação de um direito material, do qual aquela era uma faceta. A ausência de distinção seguiria até meados do século XIX¹. A respeito da teoria da ação, assevera Luis Guilherme Marinoni que:

A doutrina recorria a conhecidas definições romanistas, com a de Celso, que dizia que “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido” (*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*). Na Itália e na França a doutrina admitia a perfeição do ditado de Celso, limitando-se alguns a colocar o dedo sobre a expressão “o que lhe é devido” (*quod sibi debetur*) para advertir a necessidade da sua complementação com “ou o que é seu” (*vel quod suum est*) (...) deixando claro que a definição abrangia também os direitos reais².

À época, a ação era vista como uma faceta do direito material e, portanto, deveria ser exercida contra o réu. O dono da pretensão detinha uma *actio* contra o demandado. Cintra, Dinamarco e Grinover, esclarecem, a respeito deste conceito, que o mesmo se manteve inalterado em meio a várias definições ao longo do tempo, sem que nenhuma delas escapassem de três conseqüências inevitáveis: “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.³

1.2 WINDSCHEID X MUTHER

É a partir da polêmica entre Windscheid e Muther que começa a se delinear a diferença entre o direito material e o direito de ação.

Em 1856, quando Bernhard Windscheid publicou seu *A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*, havia a *actio* romana e o que era chamada

¹ MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

² *Idem*, p. 160.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 268

*Klage*⁴. Esta, voltada contra o estado; aquela, contra o particular.

O autor defendia que a *Klage* era mera construção doutrinária, e que a *actio* era a persecução em juízo de um direito violado. A *actio* se confundia com a persecução do direito. É dizer, era a própria pretensão. Já para Savigny, a *Klage* seria o resultado de uma mutação que a *actio* sofrera ao ser posta em movimento, quando o direito material fora violado.⁵ E dessa forma, um direito de agir abstrato e contra o Estado – *Klagerecht* – não possuía qualquer consistência com base no Direito Romano.

Windscheid concluiu que a pretensão é o equivalente moderno da *actio*, delineando-a como situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo, do qual é uma emanção que funda a possibilidade de o autor exigir a realização judicial do seu direito.⁶

Theodor Muther publicou seu trabalho em crítica ao trabalho de Windscheid, defendendo a idéia de um direito de agir contra o estado. Defendeu que a pretensão seria outorgada pelo pretor, em face do obrigado, como uma “fórmula”. O direito subjetivo era pedido em face do obrigado, mas o direito à fórmula tinha como obrigado o Estado.

Afirmou Muther que o direito à concessão da fórmula nasce de um “direito originário”, e que, enquanto o obrigado perante o “direito originário” é o particular, o obrigado diante do direito à fórmula somente pode ser o pretor ou o Estado. Existiriam, portanto, dois direitos, sendo o direito privado o pressuposto de direito contra o Estado; os dois direitos coexistiriam, ainda que o direito contra o Estado existisse para proteger o direito privado.⁷

A polêmica não alterou o cerne da postura de Windscheid, apesar de o mesmo haver levado em conta algumas observações de Muther. Aliás, como observam Cintra, Dinamarco e Grinover, “as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação”.⁸

Da polêmica restou claro o que hoje é intuitivo aos operadores do direito: o direito material e o direito à prestação jurisdicional que o constitui, declara ou resguarda são coisas distintas.

⁴ MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 161.

⁵ Idem, p.163.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ Idem, p.164.

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 268

Portanto, mesmo sem alterar o núcleo de sua teoria, Windscheid aceitou, em parte, as observações de Muther, o que o levou a admitir a possibilidade de uma ação processual ao lado do direito material. Ainda que sustentasse que esta tese não infirmava a posição da *actio* romana no direito privado, “Windscheid acabou concluindo que a categoria da pretensão de direito material convive, no direito moderno, com o que ele denominou de “direito à tutela do Estado”.⁹

1.3 DEGENKOLB E PLÒSZ, MORTARA E WACH

Superada a fase inicial do debate, Degenkolb e Plòsz propuseram o que se convencionou chamar de abstrativismo. Uma vez separado o direito de ação do direito material, cabia analisar, por exemplo, a situação de uma sentença que nega a existência do direito material. “Para esses juristas, o direito de agir é, além de autônomo, independente do direito material”.¹⁰

Tais juristas sustentaram a idéia de que o direito de agir é antecedente ao seu exercício, que se daria através da demanda. Mas somente tem esse direito aquele que afirma uma lei, ou aquele que, segundo o exemplo de Chiovenda, reclama a restituição de um mútuo e não o pagamento de uma dívida de jogo. Note-se que o autor que reclama a restituição de um mútuo se baseia na lei, ao passo que não há lei que autorize a cobrança de dívida de jogo.¹¹

Aprofundando esta idéia, Mortara afirma que, mesmo que não haja boa fé por parte do autor, há direito de agir. Para este autor, o que caracteriza o direito subjetivo é o interesse que a parte requerida tem em negá-lo. É aí que surge a necessidade da relação jurídica processual. Essa pretensão só se revelaria de direito se fosse, como se pensava à época, julgada procedente. Mas o direito de agir nada teria a ver com esse direito, bastando que o interesse da parte autora fosse resistido.¹²

Adolf Wach não acatou integralmente o abstrativismo, “construindo a teoria da pretensão à tutela jurídica, que unia elementos de direito material e processual”.¹³ Para ele, se a sentença fosse favorável ao autor, a tutela seria prestada a este; se o seu pedido fosse improcedente, aquela teria sido prestada ao réu.

Ou seja, o direito à tutela jurídica requer uma sentença favorável. Na verdade, Wach distinguia a pretensão à tutela jurídica da pretensão à sentença, sendo a primeira

⁹ MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

¹⁰ Idem, p. 165.

¹¹ Idem, ibidem.

¹² Idem, p. 166.

¹³ Apud MARINONI, op. Cit. WACH, Adolf, Handbuch des deutschen Civilprossesrechts, vol. 1

devida a uma das partes e a segunda a ambas. Ainda que o autor e o réu tivessem pretensão à sentença, a pretensão à tutela jurídica dependia de uma sentença favorável.¹⁴

1.4 CHIOVENDA

Avançando na discussão, Chiovenda propõe que a ação, que é exercida contra o estado, tem o fim de sujeitar o adversário ao provimento jurisdicional pleiteado. Para Chiovenda, a ação se relaciona com o tema da lesão dos direitos por ser ela mesma um dos direitos que podem surgir daquela lesão; o processo seria, então, um meio de impor ao devedor um comportamento prescrito em lei que o mesmo se negou a adotar espontaneamente.¹⁵

Em razão desta característica, o direito de ação era um verdadeiro direito potestativo. O autor chega a essa conclusão pelo fato de que, como os demais direitos potestativos, a ação é “limpidamente ideal”, ou seja, tem o poder de produzir efeitos jurídicos; é um poder exercido mediante uma declaração de vontade, que não exige nenhuma ação física que não a manutenção dessa declaração para que a lei atue, ao longo do processo.¹⁶

Para Chiovenda, a ação visa sujeitar a outra parte aos efeitos jurídicos derivados de uma sentença de procedência.

Segundo Chiovenda, somente é investido da ação aquele cuja demanda é acolhida. Portanto, a ação é um poder em face do adversário que depende de uma sentença favorável, isto é, que necessita de uma sentença que declare a vontade da lei, uma vez que é dela que serão projetados efeitos jurídicos.¹⁷ (grifo nosso)

Por levar ao judiciário uma situação que visa fazer produzir sobre o réu os efeitos de uma sentença favorável, está o autor a sujeitar o réu aos efeitos de uma sentença favorável a si.

Com isso quer dizer que a ação não exige obrigação alguma, pois o adversário, diante da ação, não é obrigado a nada, mas apenas fica sujeito aos efeitos jurídicos da atuação da lei (em caso de sentença favorável).¹⁸

Sobre a autonomia do direito de ação, avançou Chiovenda em suas formulações, tal como anotam Cintra, Dinamarco e Grinover:

14 Idem, p. 167.

15 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 2009, p.57-58.

16 Idem, p. 67.

17 MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p 167.

18 Idem, p. 168.

A ação configura o poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei. Exaure-se com seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada pode fazer a fim de evitar tal efeito.¹⁹

Note-se que ainda não havia sido superada a questão de a ação somente existir vinculada à procedência do que se demandava.

1.5 LIEBMAN

Pois bem. Quando Liebman expôs sua teoria, afirmou que a ação nada possuía de genérico (abstrato), pelo contrário, relacionava-se à demanda, à situação concreta posta à apreciação do judiciário. “Isso não quer dizer que a ação dependa do reconhecimento do direito material ou de uma sentença favorável”.²⁰ Dessa forma, o direito de agir corresponderia ao direito de obter uma sentença de mérito, seja ela favorável ou desfavorável ao autor. Para que se faça jus a esta sentença, deve-se preencher certas condições, sem as quais será proferida apenas sentença terminativa.

A ação constitui apenas direito ao julgamento do mérito e, portanto, é satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável ao autor. O que importa, para a configuração da ação, é a presença das suas condições, a princípio delineadas por Liebman como legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, e posteriormente por ele reduzidas apenas à legitimidade para agir e ao interesse.²¹

Sobre as condições da ação, assinalam Cintra, Dinamarco e Grinover que, segundo Liebman, são “condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional”.²²

A legitimidade *ad causam*, segundo Liebman, refere-se à titularidade (ativa e passiva) da ação; a questão é a individualização de quem tem o interesse de agir e a pessoa à qual ele se dirige.²³ Segundo Didier, “impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida”.²⁴ Consoante a lição de Cintra, Dinamarco e Grinover, “é titular da ação

19 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 269.

20 MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

21 Apud, MARINONI, ob. Cit. LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil, v. 1, p. 150.

22 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 276.

23 MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 172.

24 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 185.

apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo cuja tutela pede, podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente”.²⁵

Com relação à legitimidade, afirma Marinoni que

A legitimação, como requisito da ação, é uma condição para o pronunciamento sobre o mérito do pedido: indica, pois, para cada processo, as justas partes, as partes legítimas, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto. Entre esses dois requisitos, ou seja, a existência do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva, o segundo é que deve ter precedência, porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários.²⁶

O interesse de agir, segundo Liebman, é um “interesse, processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário”.²⁷ Distingue-se desse por ter como objeto o provimento judicial que visa um meio para resguardar o interesse primário lesado pela parte contrária. O interesse de agir surge da necessidade de se recorrer ao judiciário para que o interesse primário seja atendido.²⁸

Segundo a lição de Cintra, Dinamarco e Grinover:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (...), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja necessária e adequada.²⁹

Dessa forma, seria inútil o pedido por um provimento que se dirigisse a uma pretensão que não fora resistida; bem assim aquele que versa sobre um direito que já fora atendido pelo réu; ou ainda, um pedido que revele providência que não resolveria o caso concreto. Dessa forma, podemos falar no binômio necessidade-utilidade quando se fala em interesse de agir.³⁰

Há interesse-utilidade, segundo Fredie Didier, 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

25 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 277.

26 MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 172.

27 Apud MARINONI, ob. Cit. LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil, v. 1, p. 47.

28 MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 172.

29 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 277.

30 Idem, ibidem.

jurídica não permite que se leve adiante a pretensão, por falta de interesse de agir.³¹

O interesse-necessidade se relaciona com o fato de a jurisdição ser a última medida para se obter o fim do conflito, pensamento que somente se aplica aos casos de “direitos a uma prestação”, pois estas admitem cumprimento espontâneo. Se se tratasse de ações cujo escopo somente poder-se-ia alcançar mediante processo judicial, falar-se-ia de ações necessárias, tais como a interdição, ou a persecução penal.³²

Por fim, temos a possibilidade jurídica do pedido, condição que Liebman excluiu do rol de condições da ação, posto que seu principal exemplo decaíra (o pedido de divórcio, que, na Itália, não existia, e fora regulamentado)³³.

Desta forma, a possibilidade jurídica do pedido se incorporou à categoria interesse de agir. A respeito desta condição da ação, digna de nota a observação de Marinoni:

Ao mérito, e não ao interesse de agir, pertence toda e qualquer questão de fato e de direito relativa à procedência do pedido, ou seja, à juridicidade da proteção que se pretende para o interesse substancial. Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito, deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito.³⁴

A teoria de Liebman concluiu que,

quando o juiz reconhece que as condições da ação não estão presentes, e assim se nega a julgar o mérito, não há verdadeiro exercício da jurisdição, pois entre a ação e a jurisdição existe exata correlação, não podendo existir uma sem a outra³⁵.

Pode-se dizer que a teoria de Liebman, denominada eclética, foi a adotada pelo Código de Processo Civil.³⁶ Para a teoria de Liebman, as condições da ação são requisitos legais de existência da ação, e não meras considerações teóricas. Discordamos deste posicionamento, pois admiti-lo seria afirmar que, sem uma das condições a ação, não seria prestada a jurisdição, o que não ocorre, exceto quando sua verificação funciona como uma garantia de que o processo não se desenvolverá inutilmente, ou seja, “quando se entende que

31 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 197.

32 Idem, ibidem.

33 MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 175.

34 Idem, p. 172.

35 Apud MARINONI, ob. Cit. LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil, v. 1, p. 47.

36 COELHO, Fábio Alexandre, Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 208.

as condições da ação têm a sua função ligada ao princípio da economia processual”.³⁷ Como se depreende da lição de Marinoni, ainda que se verifique a ausência de uma condição da ação, deve-se reconhecer que a jurisdição ocorreu, afinal, a ação foi proposta, e isto ocorre quando o juiz despacha a petição inicial ou, quando haja mais de uma vara, a mesma é distribuída.

Isso significa que não é coreto dizer que só existe ação e jurisdição quando estão presentes as “condições da ação”. (...) De modo que as condições da ação somente podem ser requisitos para o seu pleno exercício. Esses requisitos têm relação com o mérito e, dessa forma, não podem ser considerados requisitos para a existência da ação. Tais requisitos são os primeiros degraus para apreciação do mérito – e, nessa direção, para o reconhecimento do direito.³⁸

Desta forma, é forçoso reconhecer que as condições da ação se relacionam com a possibilidade de apreciação do mérito, e não com a existência da ação. Portanto, é questionável se as condições da ação não seriam categoria jurídica prescindível, da maneira como se encontra positivada a mesma em nosso ordenamento jurídico.

Conforme expõe Fredie Didier,

A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria dogmática e jurídica e, conseqüentemente, do texto legal.³⁹

Não é outra a posição de Sérgio Cruz Arenhart, para quem, em face do constante questionamento da doutrina a respeito da “existência das condições da ação como figura divorciada do mérito da pretensão exposta”, a referida categoria seria prescindível.⁴⁰

Com efeito, defende o autor que

seja para o teórico, seja para o operador habitual do Direito, mostra-se praticamente inviável gizar o campo da análise das condições da ação, em comparação com o mérito da demanda postulada. Não é raro, no foro, ver juízes posporem o exame das condições da ação para a análise do mérito, sob alegação da sua confusão com esta. (...) Calha adiantar que se defende aqui a idéia de que, realmente, não há distinção entre condição da ação e mérito da pretensão. Assim, por exemplo, ao dizer que a parte (autora ou ré) é ilegítima, está-se a indicar que o autor não tem ação de direito material contra o réu; igualmente, se alguém pretende cobrar dívida ainda não vencida, caberá a conclusão de que não tem interesse de agir, o que novamente

37 MARINONI, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.182.

38 Idem, p. 181-182

39 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p.184.

40 ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 231-232.

indicará que esse autor não tem ação de direito material contra o réu. Partindo dessa premissa, obviamente, todo o questionamento que ora se põe perde seu sentido, já que o exame das condições da ação não é mais que um aspecto do exame de mérito do pedido.⁴¹

Mas é inegável, por outro lado, que as condições da ação encontram-se positivadas no Código de Processo Civil, não podendo, portanto, o operador do Direito olvidá-las; e diante desta constatação, a doutrina construiu o que se convencionou chamar de “teoria da asserção”. É o que se tratará adiante.

41 Idem, p 232.

CAPÍTULO 2 – TEORIA DA ASSERÇÃO

2.1 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Diante do impasse acima exposto, em que não se pode nem apartar as condições da ação do mérito da causa, e nem aboli-las, visto que integram um texto normativo, a doutrina precisou criar meios para a integração do sistema.

O Brasil seguiu a teoria de Liebman. Esta teoria, chamada eclética, é a que foi adotada pelo Código de Processo Civil.¹ O artigo 3º do referido diploma dispõe que “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.² O artigo 267, inciso VI, do Código, ao estabelecer que, “quando não ocorrer qualquer das condições da ação”, extinguir-se-á o processo sem julgamento do mérito, ilustra a posição do legislador pela adoção da teoria eclética. Entretanto, ela não escapou a críticas e foi alterada ao longo do tempo, em vista da dificuldade em separar as condições da ação do mérito. Com efeito, restaria mal resolvido o problema da ação em que, após dilação probatória, chega o magistrado à conclusão de que o processo não reúne uma ou mais das condições da ação.

2.2 CRÍTICA À TEORIA ECLÉTICA

A partir desta posição a doutrina construiu a idéia de que as condições da ação não se relacionam à existência da ação, mas ao seu exercício regular, sem abusos.

Kazuo Watanabe, em sua tese de doutoramento, soma-se aos críticos da teoria eclética, obtemperando que:

A procedência dessas críticas está na dependência da adoção, pelos defensores da teoria eclética, dos seguintes pontos: a) as condições da ação são pressupostos para a existência da ação e, à falta de qualquer delas, inexistirá o direito de ação e 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; b) as condições da ação devem ser aferidas segundo o que vier a ser comprovado no processo, após o exame das provas, e não apenas tendo-se em consideração a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (*in statu assertionis*), com abstração, pois aquela posição levaria às condições da ação concreta, ligadas à situação de fato efetivamente existente e

¹ COELHO, Fábio Alexandre, Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 208.

² Código de Processo Civil. Consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm, em 26/06/2011.

evidenciadas através das provas, e não apenas afirmadas e consideradas em abstrato.³

Do raciocínio exposto, temos que a posição concretista, visivelmente minoritária, levaria à idéia de que as condições da ação devem ser provadas, para que funcionem como requisitos de existência da própria ação; esta posição relaciona-se com a idéia de que somente tem direito de ação aquele que, ao termo do processo, tem seu pedido julgado procedente. Filiamo-nos à posição abstrativista, que valida que o autor, mesmo quando tenha sua pretensão indeferida pelo juiz, exerceu, até ali, o seu direito de ação; esse raciocínio somente se torna possível se as condições da ação forem consideradas em relação ao que foi alegado pelo autor. Como já exposto, se da narrativa dos fatos houver a necessidade de dilação probatória a respeito da existência ou não das condições da ação, o problema já se deslocou para o mérito, tendo havido, inequivocamente, jurisdição.

Conforme assinala Alexandre Freitas Câmara

Há que se afirmar que a teoria eclética, embora permaneça dominante, sofre algumas alterações ao longo do tempo que a fizeram se distanciar da concepção original formulada por Liebman. Assim é que alguns autores mais modernos afirmam que as “condições da ação” não são requisitos de existência daquele direito, mas sim do seu legítimo exercício. Afirmam esses autores que o direito de ação, como qualquer posição jurídica de vantagem, pode ser exercido de forma legítima ou de forma abusiva. As “condições da ação” seriam, então, os requisitos do legítimo exercício da ação, e a “carência de ação” deverá ser vista não mais como “inexistência”, mas como “abuso” do direito de ação⁴.

As condições da ação seriam, portanto, balizadores da razoabilidade do exercício do direito de ação, e não seu pré-requisito, contrariando o estabelecido na teoria de Liebman. Como exposto, há autores que pregam sua extinção como categoria jurídica.

Dessa maneira, não faria sentido levar em conta a suposta ausência de uma ou mais condições da ação para exarar sentença terminativa que possibilitasse ao autor intentar nova demanda para obter pronunciamento judicial a respeito de um direito que não possui.

2.3 TEORIA DA ASSERÇÃO

A forma encontrada pela doutrina para dirimir este impasse foi deslocar a consideração sobre a existência ou não das condições da ação para o primeiro contato do juiz

³ WATANABE, Kazuo. Da cognição no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 57-58.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 111.

com a exordial. Assim, o direito postulado pelo autor e o seu suporte fático são tomados como verídicos, a princípio. Se da alegação posterior do réu surge alguma dúvida a respeito de alguma das condições da ação, a decisão que se pronuncia a esse respeito será de mérito, e não meramente terminativa. Como anteriormente ressaltado, o acima exposto não se aplicaria a casos de patente ausência de uma das condições da ação, que se depreenda da simples leitura da exordial, o que se coaduna inteiramente com a instrumentalidade do processo.

Kazuo Watanabe faz alusão a um trabalho publicado pelo professor Machado Guimarães, em 1939, intitulado “A instância e a relação processual”. Neste trabalho, afirma o autor que

Deve o juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor – sivera sint exposita – apreciar preliminarmente a existência das condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor da ação; só em seguida apreciará o mérito principal, isto é, a procedência ou improcedência da ação.⁵

Em um trabalho posterior, faz referência à uma aparente mudança no posicionamento, veiculado por meio de uma “memorável conferência pronunciada em 29 de setembro de 1949” pelo Prof. Liebman, e informa que o insigne processualista peninsular, a quem muito deve a ciência processual brasileira, teria ensinado que

todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. **Quer isto dizer que, se da constatação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já é um problema de mérito.**(grifo nosso).⁶

Estas são palavras do próprio Liebman, segundo Machado Guimarães, fato que, somado ao apego que a doutrina brasileira tem à teoria eclética, vinculando-a ao professor Liebman, nos causa estranheza, visto que o próprio criador da referida teoria afirma que a mesma só faria sentido se, necessariamente, as condições da ação fossem consideradas abstratamente.

E dada a formação eminentemente abstrativista do professor Kazuo Watanabe, afirma, praticamente definindo a posição adotada pela teoria da asserção, que o cerne da questão está em saber se as condições da ação, ou melhor, as condições para o julgamento do mérito da demanda, devem ser verificadas quando o autor as alega na exordial (*in statu assertionis*) ou dependem de provas do que foi alegado. Como já dito, a única

5 WATANABE, Kazuo. Da cognição no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 121.

6 Idem, ibidem.

posição que se coaduna com a teoria abstrativista da ação é a de que deve-se considerar o alegado pelo autor, ao menos provisoriamente, como verdade; caso isto não se confirme, ocorrerá decisão de mérito. Conforme ensina o próprio processualista:

O exame das condições da ação deve ser feito “com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*”; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, “considera tal relação jurídica *in statu asserionis*, ou seja, à vista do que se afirmou” raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, “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”, como preleciona Barbosa Moreira.⁷

2.4 CRÍTICA À TEORIA DA ASSERÇÃO

A posição, entretanto, não é pacífica. Visto que o próprio Código de Processo Civil adota as condições da ação, atribuindo, como conseqüência à sua falta a extinção do processo sem o julgamento de mérito, parte da doutrina não aceita a teoria da asserção. Conforme assinala Alexandre Freitas Câmara

Divide-se a doutrina, sobre o tema, em duas grandes correntes. Uma primeira, liderada por Liebman, e que conta com a adesão, entre outros, de Dinamarco e de Orestes Nestor de Souza Laspro, considera que a presença das “condições da ação” deve ser demonstrada, cabendo, inclusive, produzir provas para convencer o juiz de que as mesmas estão presentes. De outro lado, uma segunda teoria, chamada “teoria da asserção”, segundo a qual a verificação da presença das “condições da ação” se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in statu asserionis*, isto é, à vista do que se afirmou. 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. Defendem esta teoria, entre outros, Barbosa Moreira e Watanabe. Na mais moderna doutrina estrangeira, encontra-se adesão a esta teoria em Elio Fazzalari.⁸

Como se vê, não é uníssona a posição que corrobora a teoria da asserção. Ao seu lado, como posição adotada pelo Código de Processo Civil e por parte da doutrina, há a teoria da apresentação, ou da exposição, defendida, por exemplo, por Humberto Theodoro Júnior, Moacir Amaral dos Santos e, como seu defensor mais veemente, Cândido Rangel Dinamarco. Assevera este insigne processualista que:

Não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma condição da ação e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade. Seja

⁷ WATANABE, Kazuo. Da cognição no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 121.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 121.

ao despachar a petição inicial, ou no julgamento conforme o estado do processo (arts. 329-331) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta.⁹

Com efeito, para os defensores desta posição, as condições da ação são requisitos da existência do direito de agir, e, por conseguinte, da prestação jurisdicional. Conforme leciona Nelson Nery Júnior, se as condições da ação não se verificam durante o processo, o caso é de sentença terminativa, consoante o disposto no CPC.¹⁰ Para o autor, as condições da ação.

devem estar preenchidas para que seja possível o exame da pretensão deduzida em juízo Somente depois de ultrapassado o seu exame é que o magistrado poderá colocar fim à incerteza que pesa sobre determinada relação jurídica, aplicando o direito ao caso concreto que lhe foi levado pelo autor.¹¹

No mesmo sentido, a posição de Wambier e Talamini, para quem, se não houver a presença de todas as condições da ação, não será possível o julgamento de mérito. Aduzem os autores que:

Tais condições devem estar presentes, todas, concomitantemente, para que se abra caminho para a prestação da tutela jurisdicional requerida. Ausente qualquer delas, dica bloqueado o caminho para a integral prestação da tutela, pois o juiz deve decretar a carência da ação sem a resolução do mérito.¹²

Para Leonardo Greco, “a simples asserção não pode ser considerada suficiente para conferir ao autor o direito de ação, sob pena de auto-legitimação”. Aduz o autor que

A afirmação da situação fático-jurídica apta hipoteticamente ao acolhimento do pedido formulado deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e de provas capazes de evidenciar a possibilidade concreta desse acolhimento e de que a iniciativa do autor não submete o réu a um ônus de plano manifestamente abusivo de defender-se de uma demanda inviável.¹³

Em resumo, as críticas à teoria da asserção são as seguintes: a) para ter direito ao pronunciamento de mérito, bastaria que o autor mentisse na inicial (autolegitimação); b) apenas advogados inexperientes incorreriam em carência de ação, de

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 316.

10 NERY Júnior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

12 WAMBIER, Luis Rodrigues, Eduardo Talamini. Curso Avançado de Processo civil. Vol. 1. 11ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

13 GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética. ISSN 1678-3778, nº 1, abril de 2003. p 24.

acordo com o exposto acima; c) a teoria da asserção relaciona com a verdade formal, e não com a verdade material, o que, segundo alguns, deve ser perseguida também no direito processual civil; d) a teoria da asserção ignoraria o disposto em lei, pois o parágrafo 3º estabelece que as questões relativas às condições da ação podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Quanto aos dois primeiros argumentos suscitados, temos que o próprio Código de Processo Civil estabelece, em seu artigo 14, que as partes devem expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I); devem proceder com lealdade e boa-fé (inciso II); e não devem formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (inciso III). Aliado aos artigos 16 a 18 do Código, 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 inconseqüentes 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.

Além disso, 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. Neste contexto, se torna valiosíssima a observação de Tereza Arruda Alvim Wambier:

Consideramos haver interesse em recorrer para o réu, na hipótese de a sentença ter extinguido o processo se 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.¹⁴

Os críticos da teoria da asserção alegam ainda que todos os pleitos seriam alvos de pronunciamento de mérito, o que não se verifica. Com efeito, se da leitura da exordial ficar claro o não preenchimento das condições da ação, a mesma será julgada sem que se resolva seu mérito. A esse respeito, é oportuno colacionar o julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NA NARRAÇÃO CONTIDA NA PETIÇÃO VESTIBULAR – CONDIÇÕES DA AÇÃO – LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ENTE

14 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 203.

ESTATAL.1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, **entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito.** 2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Logo, a verificação da legitimidade passiva ad causam independe de dilação probatória na instância de origem e de reexame fático-probatório na esfera extraordinária.3. Não se há falar em legitimidade passiva ad causam quando as alegações da peça vestibular ilustrarem de maneira cristalina que o réu não figura na relação jurídica de direito material nem em qualquer relação de causalidade. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1095276/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 11/06/2010).¹⁵ (grifo nosso)

Quanto ao argumento de que a teoria da asserção se afastaria da verdade real, por considerar como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, entendemos que a crítica não se sustenta; admitindo tal hipótese, o magistrado estará apenas transferindo o seu pronunciamento sobre as condições da ação para o mérito. Além disso, a teoria eclética não se aproxima mais da mesma. Ela apenas permite que o magistrado emita pronunciamento sem julgamento de mérito a qualquer tempo no processo. Não se vislumbra como essa possibilidade aproxima o processo da verdade real, escopo que, lembre-se, se relaciona tradicionalmente com o processo penal. Com efeito, a sentença terminativa exarada em caso de se não vislumbrar a presença de uma das condições da ação não impediria que a mesma fosse novamente intentada, com os vícios sanados.

Com relação ao fato de a teoria da asserção discrepar do texto normativo, é preciso ter em mente que o sistema do CPC é baseado na doutrina de Liebman, das condições da ação. Entretanto, grande parte da doutrina reconhece que há dispositivos que se encontram obsoletos no CPC. No nosso entendimento, os dispositivos que tratam das condições da ação são um exemplo disso.

Trazemos aqui a lição de Eduardo Ribeiro de Oliveira, a respeito das críticas de Dinamarco à teoria da asserção:

Dinamarco critica enfaticamente a doutrina, que ele próprio denomina “teoria da asserção”, mas, a nosso sentir, sem razão. Não se trata de mudar-se a natureza da sentença, que seria terminativa, para sentença de mérito, em função do momento em que proferida. Não se cuida de estarem as condições da ação corretamente expostas na inicial e só depois se verificar que elas não estão realmente presentes. Se alguém se apresenta em juízo, afirmando ser titular de um direito e, no curso do processo, fica demonstrado que, em realidade, não é parte naquela relação jurídica, a

¹⁵ Consultado em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/> em 18/06/2011.

consequência será sempre a improcedência, não importa em que momento processual isso seja reconhecido.¹⁶

Necessário ressaltar a posição de Tereza Arruda Alvim Wambier sobre as condições da ação. É que a autora é contrária à sua adoção, mas, não obstante, admite a necessidade de usá-la como meio para integrar um sistema que, da forma como está posto, não resiste à crítica elaborada pela teoria da asserção.

Quando se analisa a impossibilidade jurídica do pedido, aparece com nitidez, o problema da inexistência de limites precisos entre o mérito e as condições da ação. (...) De fato, dar pela impossibilidade jurídica do pedido significa, necessariamente, ter examinado o mérito, ainda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico.¹⁷

É certo que, como se verá adiante, a possibilidade jurídica do pedido foi retirada do rol de condições da ação, segundo o projeto do novo código de processo civil. Entretanto, a crítica da autora não se limita a essa condição. O mesmo é dito sobre as demais. No que diz respeito à legitimidade *ad causam*, é digno de nota a lição da ilustre processualista:

Quanto à legitimidade *ad causam*, condição da ação, também surgem alguns problemas, em certas hipóteses, em que não se consegue focalizar com nitidez o traço divisório que (**se é que há**) entre esta condição da ação e o objeto litigioso.¹⁸

É nesse contexto que deve se reconhecer a relevância da teoria da asserção: conquanto ela não constitua o modelo ideal de apreciação das demandas, ela é o melhor caminho possível dentro do atual sistema.

2.5 APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO

Trazemos aqui alguns exemplos de situações que a teoria da asserção concilia, enquanto a teoria eclética não lhes apresenta solução satisfatória.

Tomemos o exemplo de uma demanda que verse sobre a cobrança de uma dívida. “A” alega que é credor de “B”. Do que é exposto na inicial, o magistrado tem conhecimento da relação jurídica entre “A” e “B”, do título em que se funda a demanda, e da inadimplência do crédito. Nesse momento, segundo a teoria da asserção, presentes, *a priori*, as condições da ação, tem o magistrado condições de seguir para o exame meritório. Caso se verifique posteriormente que o título em que se funda a ação não é válido, ou é falso, ou

16 OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. Breves Observações sobre a carência de ação. In Doutrina do Superior Tribunal de Justiça. Monteiro Filho, Raphael de Barros Monteiro (org.). Brasília: Ed. STJ, 2005, p. 105.

17 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.56.

18 Idem, p. 59.

mesmo que “A” não deveria cobrar de “B”, mas de “C”, este pronunciamento deverá ser meritório, declarando que “B” nada deve a “A”. Sua demanda é improcedente, e esta decisão está apta a ser protegida pelo manto da coisa julgada material. Para a teoria da apresentação, quando se verificasse que falta legitimidade ou interesse, o certo seria prolatar sentença terminativa, que pudesse vir a ser novamente intentada pela parte sucumbente. O mérito não seria resolvido e, mais importante, o problema trazido ao judiciário também não, em função de mecanicismo que não mais se justifica. Trazemos aqui ementa de julgado do TJPR, no qual fica consignado que há casos em que uma das condições da ação pode se confundir com o mérito, como frequentemente ocorre.

Apelação cível administrativo e constitucional responsabilidade civil preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada teoria da asserção legitimidade que deve ser aferida abstratamente com base nas alegações feitas na inicial efetiva propriedade da autora sobre os bens danificados que depende de prova e, portanto, confunde-se com o mérito do pedido ato omissivo imputado na inicial ao município responsabilidade subjetiva cobrança de tarifa para ingresso e estacionamento de veículos na área do porto sete quedas dever de guarda e vigilância dos veículos prova do pagamento da tarifa irrelevância contrato de depósito que se configura com a mera guarda dos bens pelo depositário lonas plásticas que cobriam os caminhões na área de expurgo danificadas por terceiros ausência de vigilância em toda extensão do porto e pessoal insuficiente para realizá-la falha do serviço caracterizada danos materiais suportados pela autora comprovados extensão dos danos, porém, não demonstrada valor a ser aferido em sede de liquidação precedentes do superior tribunal de justiça. Apelação conhecida e em parte PROVIDA. (TJPR - 2ª C.Cível - AC 0713557-3 - Guaíra - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Josély Dittrich Ribas - Unânime - J. 15.03.2011)

Um outro exemplo é o da ação de alimentos que é proposta concomitantemente com o reconhecimento de paternidade. Segundo a teoria da asserção, caso não seja possível esclarecer se as condições da ação estão presentes ou não, o provimento que será exarado após este momento será de mérito. Assim, julgada procedente a ação declaratória da paternidade, procedente também a ação de alimentos. Se improcedente aquela, não há subsídio para que esta se sustente, devendo, pois ser declarada a sua improcedência. Curiosa questão se dá ao se aplicar a teoria da apresentação: caso fique comprovado que o requerente não é filho do requerido, mostrando-se parte ilegítima para propor a demanda, o processo será julgado extinto sem resolução do mérito. Ocorreria a curiosa situação da impossibilidade de uma decisão de improcedência, pois a decisão seria pela procedência, caso ficasse provada paternidade; ou de carência de ação, caso esta não fosse demonstrada. É de se notar a semelhança desta situação com a teoria concretista da ação.¹⁹

Tais julgamentos devem ser, inequivocamente, de mérito. É a observação de

19 Idem, p. 101.

Eduardo Ribeiro Oliveira:

No que se refere à legitimação ordinária, parecem-nos dignos de menção, pela frequência com que se apresentam, aqueles casos em que o autor se afirma parte em determinada relação jurídica e, em conseqüência, titular de um direito, e a sentença conclua que isso não ocorre. A tal conclusão será possível chegar, evidentemente, por variadas razões. Poder-se-á declara-se inválido o título em que se buscou amparo, o débito pode já ter sido pago, ser reconhecida a compensação, entre tantas outras causas capazes de conduzir, a esse resultado, **todas elas levando, indubitavelmente, a um julgamento de mérito.** Não se questiona a legitimidade de parte. O pedido é rejeitado por se reconhecer que a relação jurídica em que busca amparo nunca existiu, ou veio a extinguir-se.²⁰

A posição deste trabalho é favorável à aplicação da teoria da asserção. Não faria sentido que, após dilação probatória, ou mesmo após vencida uma instância, que se negue existir aquilo que deveria possibilitar toda a atividade da cognição – as condições da ação. Registre-se, entretanto, que não estamos a defender que a natureza do provimento mude conforme o momento de sua prolação. Isto seria inaceitável. Entendemos que o certo seria a abolição da categoria jurídica das condições da ação. Entretanto, 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. Alexandre Câmara, posicionando-se sobre o tema, expõe raciocínio com o qual concordamos inteiramente.

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 indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o 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 considerá-lo “carecedor de 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 sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria a conclusão de que só preenche as “condições da ação” quem fizer jus a um provimento jurisdicional favorável.(...)Parece-me, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como se faz nesta obra. As “condições da ação”, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.²¹

20 Idem, p.102.

21 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 125.

Para trazer ao contexto de sua aplicação hodierna, houvemos por bem transcrever parte do voto do ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Martins, no RESP. nº 879.188 – RS:

De início, mostra-se saudável a lembrança de que a doutrina moderna, bem como, em decisões recentes, também o Superior Tribunal de Justiça, têm entendido 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**, segundo a qual a análise das condições da ação seria feita à luz das afirmações do demandante contida em sua petição inicial. Assim, basta que seja positivo o juízo inicial de admissibilidade, para que tudo o mais seja decisão de mérito. **Não me olvido que a interpretação literal do art. 267, §3º do CPC leva a entender que o preenchimento das condições da ação pode ser averiguado a qualquer tempo e grau de jurisdição. No entanto, a aplicação literal e irrefletida da literalidade do enunciado normativo, neste particular, gera, muitas vezes, conseqüências danosas, tal qual a extinção do processo sem julgamento do mérito após longos anos de embate processual.**²²(Grifamos)

Ressalte-se, ainda, a posição de José Carlos Barbosa Moreira, sobre o momento em que deve ser feito o juízo sobre as condições da ação: “Não é dado ao órgão judicial, salvo quando expressamente lho faculte a lei, diferir para outra oportunidade o exame das questões que integram o objeto da decisão de saneamento”.²³

Portanto, temos a definição do que seria a teoria da asserção. Trata-se de exercício interpretativo que permite deslocar o pronunciamento sobre as condições da ação para o primeiro momento em que seja possível se pronunciar a esse respeito; o que for decidido após esta fase será decisão de mérito. Em nosso entender, engenhoso incremento técnico à teoria das condições da ação, como já exposto, algo obsoleta.

A adoção da teoria da asserção constitui verdadeiro instrumento de economicidade e instrumentalidade processual, na medida em que, ao mesmo tempo, não permite que processos inúteis vão adiante, e dá resoluções de mérito a processos em que posteriormente não se vislumbre quaisquer das condições da ação, o que, diferentemente da sentença terminativa, não permite nova propositura da ação.

Outro mérito da teoria ora abordada é o de atribuir responsabilidade àquele que afirma deter o direito de ação, pois leva em conta o princípio da boa fé objetiva da parte, considerando como verdadeiro o que se alega na exordial.

22 Consultado em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, em 20/06/2011.

23 MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 52.

2.6 PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Necessário, entretanto, manifestar nossa discordância com o que vem sendo proposto no projeto do Novo Código de Processo Civil, que fora formulado por comissão especialmente constituída para isso, e não levou em conta as conseqüências danosa da aplicação da teoria eclética.

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

Com relação à possibilidade de reconhecimento da carência de ação, a sistemática do projeto se mantém fiel à do código atual. É o que dispõe o artigo 467, §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”.²⁴

Com efeito, dispõe o artigo 468 do projeto, que “a sentença sem resolução de mérito não obsta que a parte proponha de novo a ação”.²⁵conquanto o parágrafo primeiro do artigo disponha que, nos casos de ilegitimidade e falta de interesse, somente poderá intentar novamente a demanda se corrigidos os vícios, não vemos razão para que se mantenha tal sistemática, considerando a melhor opção a retirada deste dispositivo do código.

Ressaltamos que a manutenção das condições da ação na legislação processual foi opção insistente da referida comissão. Registre-se que, em duas oportunidades, ficou assentada a posição de parte da doutrina pela extinção das condições da ação do código. Foi isso que ficou consignado na 6ª Audiência Pública sobre o assunto, em que se chamou atenção para a extinção de todas as condições da ação. E, na 7ª Audiência, a referência é mais específica, sugerindo a “exclusão das condições da ação do corpo do CPC, já que se tratam de mérito da demanda”.²⁶

24 Consultado em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, em 20/06/2011.

25 Idem.

26 Idem.

CAPÍTULO 3 – APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS

3.1 APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO EM GRAU RECURSAL

Do que foi até o presente momento exposto, resta clara a nossa posição em reconhecer os méritos da teoria da asserção. Neste capítulo, discutiremos a sua aplicação em grau recursal. Referimo-nos à aplicação no exame das “condições” de procedibilidade dos recursos. Trata-se do juízo de admissibilidade dos mesmos.

Segundo parte da doutrina, o ato de recorrer seria desdobramento do direito de ação, uma continuidade deste. Daí porque os requisitos de admissibilidade dos recursos, acrescidos de requisitos específicos, guardam uma relação de correspondência com as condições da ação. Para Mancuso, “à semelhança do que se passa com as ações em geral, que exigem o atendimento de certas condições para serem admitidas em juízo, também no plano recursal algo semelhante se passa”.¹

Não é outra a lição de Nelson Nery Júnior, que ensina que

A doutrina dominante defende a idéia de que o recurso é continuação do procedimento, funcionando como uma modalidade do direito de ação exercido no segundo grau de jurisdição.²

De acordo com Barbosa Moreira, os requisitos de admissibilidade se dividem em intrínsecos e extrínsecos. Estes últimos não serão abordados no presente trabalho, pois não integram seu objeto. Quanto aos requisitos intrínsecos, segundo o autor, são aqueles relacionados com a existência do próprio direito de recorrer³, do mesmo modo que as condições da ação estariam relacionadas ao direito de agir.

Digna de nota a posição de Araken de Assis sobre o assunto, ainda que não concordemos inteiramente com a nota:

A analogia é imperfeita, porque as questões de processo podem inserir-se como objeto da pretensão recursal. E, de resto, a ausência dos pressupostos processuais e

1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 236.

2 NERY Júnior, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.218.

3 MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

das condições da ação não impedem a renovação da demanda, mas a das condições de admissibilidade tranca, definitivamente, a via recursal.⁴

Nas palavras de Nelson Nery Junior, “para propor uma ação de impugnação, o interessado deve ter legitimidade e interesse consubstanciado na sucumbência, que nada mais são do que as condições da ação existentes no direito positivo brasileiro (CPC, 267, IV)”.⁵

Há autores que defendem que o que ocorre com os recursos é uma nova ação, uma nova manifestação do direito de agir; não concordamos com essa corrente, pois entendemos que o recurso é simplesmente uma continuação do direito de agir inicial, no mesmo processo. É essa a lição de Nelson Nery Junior:

Em sendo o recurso o prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo, há igualmente necessidade de serem observados os requisitos específicos para a sua admissibilidade. É o que se denomina “pressupostos recursais”. O paralelismo que se faz entre as condições da ação e pressupostos processuais, de um lado, e os pressupostos dos recursos, do outro, é inevitável e salutar, já que se trata, por assim dizer, de repetição do direito de ação em fase posterior do procedimento.⁶

A correlação entre as condições da ação e os requisitos intrínsecos do recurso é a seguinte: à possibilidade jurídica do pedido, corresponderia a adequação; ao interesse de agir, a sucumbência e a recorribilidade da decisão, em que a correspondência seria, respectivamente, necessidade e utilidade, para de maior precisão; e, por fim, à legitimidade *ad causam* corresponderia a legitimidade para recorrer.

Segundo Araken de Assis, “na rubrica cabimento, avalia-se a aptidão do ato para sofrer impugnação e o recurso adequado, no catálogo do art. 496, para semelhante finalidade”.⁷ Aduz o autor, sobre o interesse recursal, que:

O interesse acudirá o recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável de que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar o caminho necessário.⁸

Traçado o paralelismo entre condições da ação e requisitos intrínsecos dos recursos, constata-se que a teoria da asserção deve ser aplicada também em sede recursal. Então, se ausente algum dos requisitos recursais, o qual não se possa aferir de plano, mas que

4 ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p 113.

5 NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 219.

6 Idem, p. 233.

7 ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 133.

8 Idem, p. 154.

fora alegado pela parte, é originado aí o dever de conhecimento do recurso, ainda que se não lhe dê provimento.

Com efeito, é notória a incursão em erro de alguns tribunais ao julgar como não conhecido recurso em que não se vislumbra procedência. Resultado da confusão entre condições da ação e mérito. Tome-se como exemplo o dos embargos declaratórios que, tomados por protelatórios, não são sequer conhecidos, quando, na verdade, deveriam ser conhecidos, analisados e, somente se verificado o caráter protelatório, ser-lhes aplicada a multa prevista no CPC, bem como a sua improcedência. A diferença reside no fato de que, ao não serem conhecidos, os embargos não são sequer analisados, o que, a nosso ver, constitui uma negativa de prestação jurisdicional, visto que a decisão corre o risco de permanecer obscura, contraditória ou omissa.

A esse respeito, impende registrar a lição de Barbosa Moreira:

O juízo de admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar ao juízo de mérito. Negada que seja a admissibilidade do recurso, não há que investigar se ele é fundado ou não. Por outro lado, se o órgão ad quem apreciou o conteúdo da impugnação, quer lhe haja reconhecido fundamento, quer não, terá julgado o recurso no mérito. Pode acontecer que, por defeito de técnica, o órgão ad quem, ao proferir sua decisão, diga que não conheceu de um recurso por entender infundada a impugnação, apesar de satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade.⁹

Questão que se afigura relevante, com o advento da Lei nº 11.417/2006, que regulamentou o artigo 103-A da Constituição Federal e estabeleceu a súmula vinculante, que em seu art. 2º, §2º, determina a cassação das decisões contrárias às referidas súmulas. A ação que desde logo se mostre contrária ao texto de tais súmulas devem ter decretada a sua carência? Rodolfo Camargo Mancuso salienta que

Tendemos a pensar que a influência precípua e marcante do enunciado de súmula vinculante é exercida sobre a própria pretensão material, já que o seu mérito será apreciado na decisão judicial e esta, à sua vez, estará parametrizada pelo conteúdo da súmula vinculante concernente à espécie.¹⁰

Semelhante, porém muito mais vultoso em importância, é o caso do recurso extraordinário (*lato sensu*), que, alegando afronta a lei federal ou à Constituição, não é conhecido, sob a alegação de que não se vislumbrou a ofensa.

Explica Mancuso que, nos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição

9 MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.116.

10 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 236.

Federal, artigos que tratam dos recursos extraordinário e especial, respectivamente, as alíneas “a” dos artigos contém juízos de valor que confundem as condições do recurso com o seu mérito.¹¹ É dizer, se o extraordinário ou especial alegam a contrariedade a dispositivo da Constituição ou de lei federal, o conhecimento do recurso implicará o seu provimento. Nas palavras de Barbosa Moreira,

Quer isso dizer que nas letras “b”, “c” e “d” se usa técnica bem adequada à fixação de pressupostos de cabimento do recurso extraordinário, isto é, de circunstâncias cuja presença importa para que dele se conheça, mas cuja relevância não ultrapassa esse nível, deixando intacta a questão de saber se ele deve ou não ser provido. Já na letra “a”, muito ao contrário, a descrição do texto contém um juízo de valor: a decisão que contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidência, incorreta, e como tal merecedora de reforma. Aí, portanto, se ficar demonstrada a realização do ‘tipo’, o recorrente não fará jus ao mero conhecimento, senão ao provimento do recurso.¹²

Curioso notar a posição de autor que se apresenta contrário à teoria da asserção, mas, no tópico dos recursos defende a sua aplicação. De fato, Nelson Nery Junior, que sustenta que ao exame do mérito só se pode proceder após analisadas as condições da ação, aponta que,

Na hipótese ventilada, a tão somente alegação da inconstitucionalidade já preenche o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Basta, portanto, haver mera alegação de ofensa à Constituição para que seja vedado ao tribunal federal ou estadual proferir juízo de admissibilidade negativo ao apelo extremo.¹³

De qualquer forma, melhor seria que a alínea “a” dos dispositivos citados fossem dotados da mesma “neutralidade axiológica” que as demais alíneas. O uso da expressão “afirmação da contrariedade” poderia resolver o problema. Assim, segundo Barbosa Moreira,

Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é, alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra “a”, que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele a argua. Do contrário, insista-se estaremos exigindo, ao arripio da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível – e era o que costumava fazer o Supremo Tribunal Federal, até data recente, todas as vezes que dizia ‘não conhecer’ do recurso interposto pela letra “a” por entender que não existia a apontada violação da regra constitucional.¹⁴

A questão também é tratada por Bernardo Pimentel, para quem, de forma semelhante, o conhecimento do recurso deve se fazer levando em conta que a asserção de

¹¹ Idem, p.244.

¹² Apud, Mancuso, op. cit., p. 244.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 257.

¹⁴ Apud, Mancuso, op. cit., p.245.

contrariedade a dispositivo constitucional deve ser feita em abstrato, em face da mera alegação da parte.

A ocorrência, ou não, da ofensa ao preceito constitucional diz respeito ao mérito do recurso extraordinário. “Não conhecer” de recurso extraordinário por ausência de contrariedade ao dispositivo constitucional configura *contradictio in terminis*. É que a questão constitucional só pode ser solucionada pelo Supremo Tribunal Federal após o ingresso no mérito do extraordinário – jamais no juízo de admissibilidade do recurso! Portanto, satisfeitos os outros elementos do cabimento (*verbi gratia*, prequestionamento, esgotamento dos recursos pretéritos), a alegação fundamentada de ofensa a preceito constitucional federal já é suficiente para o conhecimento do extraordinário, quando a Corte Suprema constata a inexistência de violação ao direito constitucional federal, o recurso deve ser desprovido, pois já ocorreu o anterior conhecimento.¹⁵

E não é outro o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso. Para o autor, o artigo 541 do CPC confirma tal entendimento, vez que “exige que o recorrente demonstre o cabimento da impugnação (...) o que em absoluto imbrica com o mérito, o qual – em sendo cabível o recurso – será enfrentado e dirimido pelo STF ou STJ, conforme o caso”. Felizmente, a celeuma fora encerrada, ainda que persistam decisões que contrariam o bom senso, pelo STF.

Por fim, tal problema terminológico restou bem solucionado Supremo Tribunal Federal. Com razão, o Plenário da Corte afastou a vetusta praxe empregada ao longo de décadas e passou a utilizar linguagem técnica, na esteira da melhor doutrina. Portanto, para o conhecimento do recurso extraordinário, basta a alegação fundamental de contrariedade ao dispositivo constitucional solucionado em única ou última instância. Quando a Corte Suprema constata que não há ofensa ao preceito constitucional, o recurso – que já foi conhecido – é desprovido. Sem dúvida, a verificação da procedência do extraordinário reside no juízo de mérito, pelo que deve ser desprovido o recurso infundado, por inexistência de violação ao texto constitucional.¹⁶

Compreende-se o temor de alguns com relação a um possível abuso do direito de recorrer, máxime no que se refere aos embargos declaratórios. Já nos posicionamos sobre o tema, não sendo demais ressaltar que o CPC dispõe de meios para coibir a prática abusiva de recursos protelatórios. O direito de agir e seus desdobramentos constituem uma faculdade

Mas todo exercício de uma faculdade exige em contrapartida uma responsabilidade e a parte deve pensar que, se a demanda é movida sob falsos argumentos e falsas alegações, fatos distorcidos, má-fé, tudo isso poderá gerar uma reação da parte no

15 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos Recursos Constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 119-120.

16 *Idem*, p. 122.

sentido de se ressarcir de eventuais prejuízos decorrentes da ação movida e seus efeitos.¹⁷

Para além disso, se se pretende caminhar para um processo mais célere, uma jurisdição mais efetiva e, enfim, à justiça e à pacificação dos conflitos é necessário que estes seja objetivos comuns a todos os atores deste processo.

¹⁷ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 303.

CONCLUSÃO

Desde o direito romano, a teoria da ação tem sido aprimorada, de forma gradual. O direito material no início se confundia com o direito processual, conceito que, ao longo do tempo foi sendo desconstruído pela doutrina de diversos países e, hoje, constitui conceito que é intuitivo ao operador do direito: direito material e processo são realidades autônomas, mas interdependentes entre si.

Essa constatação se reflete na teoria da ação; com efeito, ao longo do tempo houve doutrinas neste mister que propunham a existência do direito de ação somente quando fosse considerado procedente o pedido do autor, vinculando aquele ao direito material. Tratava-se da teoria concretista da ação.

A teoria abstrativista da ação veio corrigir este equívoco ao considerar o direito de ação de maneira abstrata e anterior ao direito material postulado. Entretanto, alguns defensores desta teoria propunham que nem mesmo era necessário que houvesse boa-fé da parte autora, revelando o excesso de tal posicionamento.

Posteriormente, Liebman criou balizadores para “filtrar” as ações que estivessem em condições para que se procedesse ao julgamento de seu mérito: trata-se das condições da ação, teoria amplamente adotada no Brasil, o que tem seu reflexo no fato de o Código de Processo Civil de 1973 se filiar à teoria das condições da ação, como se pode notar na leitura do artigo 3º do Código.

Para a teoria de Liebman, denominada eclética, a falta de qualquer das condições da ação impediria o julgador de se pronunciar sobre o mérito da demanda, emitindo pronunciamento que extingue o feito sem o seu julgamento de mérito.

Ocorre que em muitos casos, é inviável diferir o que é condição da ação e o que é mérito. Não raro, o despacho saneador posterga a análise das condições da ação para a sentença, sob a alegação de que aquelas se confundem com o mérito.

Mais grave é a situação de ações em que, após dilação probatória, demonstram a falta de uma das condições da ação. Neste caso, teríamos o problema de ações em que a jurisdição fora exercida, o aparelho estatal fora posto em movimento, mas, ao final, não houve pronunciamento de mérito, frustrando tanto à parte autora, que não vê seu pleito julgado, quanto à parte ré, que não se vê protegida pela coisa julgada. Não se olvide o próprio

judiciário, que poderá voltar a lidar com aquele mesmo caso, caracterizando desnecessário retrabalho.

Desta forma, a doutrina construiu um artifício que resolve esta questão, a saber, a teoria da asserção. Trata-se de um exercício interpretativo que permite que o magistrado, ao ter contato com o processo, pronuncie-se a respeito das condições da ação. Caso haja flagrante desconformidade entre a narrativa do autor e o que é pedido, no que se refere às condições da ação, haverá sentença terminativa; caso esse juízo não prescindir de dilação probatória, tal questão se coloca afeita ao mérito, e será de mérito o provimento posterior a esta fase, mesmo que se pronuncie sobre a falta de uma das condições da ação.

Assim, a alegação do autor, sua asserção, deve ser tomada, *a priori*, como verdadeira. No caso de o processo revelar a desconformidade do que fora alegado pelo autor na exordial, deverá ser exarada sentença meritória, indeferindo seu pleito. É a nossa posição que esta, sem prejuízo dos dispositivos competentes para tanto, seria a forma de punição àquele que se utiliza de subterfúgios para ver pedidos desarrazoados serem levados ao judiciário: a coisa julgada impedi-lo-ia de ser novamente inconsequente.

Pelo até aqui exposto, e pelo fato de atribuímos à teoria eclética inegável afinidade com a teoria concretista da ação, com a qual não concordamos, filiamos-nos à teoria da asserção.

Ao transpormos a idéia das condições da ação à admissibilidade dos recursos, pela inegável semelhança entre uma situação e outra, percebe-se que a teoria da asserção continua a ser o caminho mais razoável a ser seguido.

Com efeito, é extenso o número de julgados que adotam a teoria da asserção, restando inócua a pesquisa no sentido de encontrar julgados favoráveis à teoria da apresentação.

Desta maneira, se da peça recursal restar claro que a parte sucumbente é legítima e tem interesse recursal, a decisão não poderá ser pelo não conhecimento da pretensão. O seu conhecimento far-se-á *a priori*, restando ao órgão de segunda instância optar pelo provimento ou pelo desprovimento do recurso. O pronunciamento de mérito em sede recursal, via de regra, poria termo àquela instância, enquanto que o não conhecimento do recurso prolongaria ainda mais uma discussão sem sentido, pois após a referida discussão, resultado de outro recurso, teríamos um julgamento de mérito.

Conforme ficou consignado no entendimento dos tribunais superiores, caso haja a alegação dos seus requisitos (como a afronta a dispositivo de lei federal ou da Constituição Federal, por exemplo), a sentença deve conhecer do recurso extraordinário lato sensu para daí prover ou não o recurso.

Igual posicionamento deve ser adotado quando do tratamento dos embargos de declaração, em que a obscuridade, contradição e a omissão seriam “condições” deste recurso. Nesse mister, cabe a advertência de que, exceto em raras exceções (como quando os declaratórios versarem sobre matéria estranha à lide, por exemplo), os embargos de declaração devem ser conhecidos, e somente aí, providos, ou não. Ocorre que, em diversos casos, o julgamento se dá pelo não conhecimento dos embargos, visto que o magistrado não vislumbra a possibilidade de qualquer das falhas supracitadas.

A princípio, se tal fosse o caso, seria indiferente não conhecer de plano os embargos ou conhecê-los e negar-lhes provimento. Entretanto, quando os embargos são conhecidos, a decisão que o provê, ou não, adentra nas alegações proferidas pelo embargante, satisfazendo a parte inconformada e inequivocamente aclarando a decisão atacada.

Mas é o princípio da boa fé processual, juntamente com a razoabilidade e proporcionalidade, que devem balizar o não conhecimento de embargos manifestamente protelatórios. E, ainda nesse caso, é necessário adentrar no exame do mérito, visto que ao magistrado não é dado simplesmente declarar os embargos como protelatórios.

Por fim, defendemos que o processo não pode e não deve ficar limitado a dispositivos que, por vezes, não colaboram com os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da instrumentalidade do processo. Oportuno encerrar o presente trabalho com a citação do ilustre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.¹⁸

18 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de.(Org.) Processo e Constituição. “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COELHO, Fábio Alexandre, Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 11ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 3. 7ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FUX, Luís. Curso de direito processual Civil. Volume 1. 4ª Ed: Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2008.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética. ISSN 1678-3778, nº 1, abril de 2003. p 93-108.

LIRA, Gerson. Evolução da teoria da ação. Ação material e ação processual. *In* Elementos para uma nova Teoria Geral do Processo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme, Curdo de Processo Civil, Volume 1. Teoria Geral do Processo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 28ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY Júnior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Teoria Geral dos Recursos. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de.(Org.) Processo e Constituição. “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. Breves Observações sobre a carência de ação. *In* Doutrina do Superior Tribunal de Justiça. Monteiro Filho, Raphael de Barros Monteiro (org.). Brasília: Ed. STJ, 2005.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos Recursos Constitucionais. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

WAMBIER, Luis Rodrigues, Eduardo Talamini. Curso Avançado de Processo civil. Vol. 1. 11ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Nulidades do processo e da sentença. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

Página da Presidência da República: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, consultada em 26/06/2011.

Página do Senado Federal: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, consultado em 21/06/2011.