

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ DA TEORIA DA ASSERÇÃO

Eugênia Amábilis Gregorius¹ e Stefani Urnau Bonfiglio²

RESUMO: O presente artigo aborda tema bastante controverso entre a Escola Paulista e a Escola Gaúcha de Processo Civil acerca de as condições da ação serem questão preliminar ou questão de mérito, bem como acerca da natureza do provimento jurisdicional do artigo 268 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, são elencadas as teorias da ação até chegar à abordagem da teoria da asserção, sobre a qual se reflete qual a linha adotada pelo atual Código de Processo Civil, entendendo-se que as condições da ação devem ser abrangidas pela teoria da asserção e que a natureza do provimento jurisdicional do artigo 268 do CPC é de sentença definitiva no que tange à legitimidade de parte. Trata-se de pesquisa qualitativa, instrumentada por técnica bibliográfica e documental da área processual.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias e condições da ação. Teoria da asserção. Natureza do provimento jurisdicional do art. 268 do CPC. Legitimidade de parte.

1 INTRODUÇÃO

Com as reformas do Código de Processo Civil (CPC), tem-se buscado uma constitucionalização do Processo Civil, no sentido de torná-lo mais efetivo, contemplando, assim, os direitos fundamentais, previstos na Carta Magna. A prestação jurisdicional efetiva é um direito fundamental do ser humano já previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especificamente no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º e seu art. 25.

Nessa seara é que se torna questionável a adoção pelo CPC das nominadas condições da ação, quais sejam, a legitimidade de parte, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, três elementos condicionantes de um evento futuro e incerto que é a procedência da ação.

Nesse sentido, caso essas condições da ação não estejam presentes, estará configurada a carência de ação que dá ensejo à sentença terminativa³ de extinção do feito sem resolução do mérito e, por conseguinte, a parte, para a qual é direcionado o provimento jurisdicional, não terá resolvido a questão de direito material posta em discussão. Nessa mesma linha, a Constituição Federal (CF) consagra, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

1 Advogada. Pós-graduada, em nível de Especialização, em Processo Civil pelo Centro Universitário UNIVATES em 2010. eugenia_ag@hotmail.com

2 Professora do Centro Universitário UNIVATES. Mestre em Direito. Professora orientadora do artigo. stefani@univates.br

3 “Costuma-se classificar as sentenças em definitivas e terminativas, segundo *definam o juízo*[...], ‘concluindo-o e exaurindo na instância ou grau de jurisdição em que foi proferida’, ou encerrarem o processo sem decidir o *meritum causae*, nas hipóteses do art. 267 do CPC, caso em que a sentença seria *terminativa* sem ser *definitiva*” (SILVA, 2005, p. 381).

No entanto, se interpretadas as condições da ação conforme o CPC e, ainda, segundo o Código Civil (CC) em seu art. 186⁴ e seu art. 189⁵, haverá uma infração à Lei Maior, haja vista que a ameaça a direito não será tutelada, uma vez que se exige um direito violado. Assim, presume-se que não há como ter uma efetiva prestação jurisdicional adotando-se as condições da ação tais quais elas estão expostas no CPC.

A solução aventada neste trabalho vai contra a Escola Paulista e é a trazida pelos doutrinadores da Escola Gaúcha - Galeno Lacerda, Ovídio Baptista da Silva, Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, entre outros - , que é a aplicação da teoria da asserção. Com isso, chega-se à abordagem da natureza jurídica do provimento jurisdicional do art. 268 do CPC, verificando-se se há coisa julgada formal ou material.

A abordagem da presente análise será qualitativa, realizada com base em Mezzaroba e Monteiro (2008), utilizando-se como instrumentais técnicos pesquisa bibliográfica e documental, com estudo de doutrina e legislação nacional.

Assim, para melhor explicar as condições da ação à luz da teoria da asserção, faz-se necessário antes breve caminhada pelas teorias da ação abordadas no Processo Civil.

2 TEORIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO

Tendo em vista as inúmeras discussões acerca das teorias da ação, passa-se a uma breve abordagem a respeito de sua natureza jurídica e seus fundamentos desde a primeira até a adotada pelo CPC atual, para após verificar-se a teoria da asserção e sua polêmica em relação às condições da ação.

2.1 Teoria clássica, civilista ou imanetista

A teoria clássica, civilista ou também chamada imanetista representou as primeiras caminhadas acerca da natureza jurídica da ação, a qual teve início no Século XIX no Direito Romano.

Silva e Gomes (2002, p. 95) expõem o pensamento de Savigny sublinhando 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; o direito este que se chama *direito de ação ou ação*, [...] não há ação sem direito; não há direito sem ação; ação segue a natureza do direito” (p. 95).

Conforme Grinover, Cintra e Dinamarco (2004, p. 250), “a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação.” 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.

Para Clóvis Beviláqua apud Câmara (2006, p. 115), a ação é o “elemento constitutivo do direito subjetivo”, asseverando que essa teoria demonstrava que a ação era a forma como se manifestava o direito material após sofrer uma lesão.

Essa teoria era desenvolvida pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 75, o qual assegurava que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”. Nesse sentido, pode-se afirmar que

4 “Art. 186. Aquele que, por ação ou por omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

5 “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

vincula a ação a um direito, ou seja, a ação é mero acessório, não havendo autonomia. Assim, vislumbra-se que só poderá haver sentença de procedência, isto é, para essa teoria inexistente a sentença de improcedência. No entanto, essa posição já foi há tempo superada pela conhecida polêmica entre Windscheid e Muther, a qual merece destaque neste texto, como se analisa na sequência.

2.2 Polêmica entre Windscheid e Muther

A crítica à teoria da imanência do direito de ação ao direito subjetivo material é que há direitos de ação independentes dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles, como, por exemplo, a ação declaratória negativa (SILVA; GOMES, 2002, p. 96):

Se alguém pode exigir a tutela jurisdicional do Estado, agindo e fazendo-o agir para ver declarado que não mantém determinada relação jurídica com outrem, evidente que a ação independe do direito subjetivo material. Busca-se, com a ação declaratória negativa, justamente a declaração da inexistência de determinado direito subjetivo material.

Bernard Windscheid concluiu que a ação não correspondia ao conceito descrito pela teoria imanentista, mas distinguiu a ação da *actio*, asseverando ser essa uma pretensão, *Anspruch*. Essa explicação é dada por Silva e Gomes (2002, p. 97), para quem “a ‘actio’ não era um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito”; assim, a “‘anspruch’ é a pretensão que brota do direito, mas a pretensão existe, quer o direito haja sido violado ou não”.

Theodor Muther respondeu/complementou a teoria de Windscheid distinguindo direito lesado de ação, conforme Grinover, Cintra e Dinamarco (2004, p. 250): “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”.

Em suma, explica Theodoro Júnior (2007, p. 60) que esses doutrinadores demonstraram que direito lesado e ação não são sinônimos:

[...] são realidades distintas, criando a par 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.

Nesse diapasão, para os três doutrinadores anteriores, essas teorias de Windscheid e Muther não se repelem, e sim se completam, trazendo uma nova concepção de ação.

2.3 Teoria concretista da ação

Essa teoria, criada por Adolf Wach, foi a primeira a abordar a ação como autônoma ao direito subjetivo material. Em que pese referir que a ação é autônoma, ela não vingou, uma vez que ainda vinculava o direito de ação ao direito material. Nesse sentido, Barbi (2008, p. 39) comenta que “o reconhecimento da existência da ação declaratória negativa foi o golpe de morte na doutrina civilista da ação”.

Ainda, Silva e Gomes (2002, p. 104) dispõem sobre o entendimento de Wach: “o direito de ação, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa”. Assim, para Wach havia três condições da ação, a saber: “existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse; a legitimação; a possibilidade jurídica do pedido” (p. 104).

Nesse diapasão, essa teoria foi criada a fim de ser o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei, segundo Chiovenda (1998, p. 42), definindo a ação como um direito potestativo:

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública.

Em conformidade com a ideia anterior, Grinover, Cintra e Dinamarco (2004, p. 251) revelam:

A teoria de Chiovenda configura a ação como um direito - um direito de poder, sem obrigação correlata - que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável.

Portanto, conclui-se que, da mesma forma que a teoria civilista, a concretista também não admite sentença de improcedência do pedido, razão pela qual se tem uma nova teoria com o intuito de explicar o fenômeno da ação improcedente, a qual será analisada a seguir.

2.4 Teoria abstrativista da ação

Essa teoria é de formulação de Degenkolb e de Plósz, para quem 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”, conforme explicam Silva e Gomes (2002, p. 109). 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” (p. 109). Degenkolb e Plósz apoiam a teoria de Büllow que inseriu os pressupostos processuais, entendendo que Büllow “vinculou o direito de ação a uma sentença justa, na medida em que impôs condições ao desenvolvimento do processo” (p. 108).

Didier Júnior (2008, p. 168) 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)”. 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 tendo direito material houve ação, ou seja, pode haver provimento de procedência ou improcedência. Para essa ação, são imprescindíveis as condições da ação e os pressupostos processuais; logo, está a se falar da teoria eclética. No entanto, quando não há necessidade de pressupostos e condições da ação, há a teoria abstrativista pura 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. Há ainda a teoria abstrativista relativa ou limitada na qual só se analisam os pressupostos processuais.

Silva e Gomes (2002, p. 132) asseveram que “a Doutrina eclética distingue dois fenômenos: o direito de acesso aos Tribunais, a que denominam direito de petição constitucional, e o direito de ação propriamente. O direito de ação seria espécie de um gênero e, por isso, menos extenso do que o direito de petição”.

Cabe destacar que no exame das condições da ação o que é analisado é a ação exercida, e não o direito constitucional de ação. Ademais, a ação é o exercício do direito subjetivo em face do Estado para que esse preste a tutela jurisdicional pleiteada:

O direito subjetivo público de ação nasce no exato momento em que é estabelecido o monopólio da jurisdição pelo Estado, ou seja, quando da própria constituição deste; não necessita de norma expressa, por conseguinte, para que reste plenamente caracterizado, já que a vedação à autotutela é pressuposto da própria existência do Estado. E tem a natureza pública, tendo em vista o caráter público da relação jurídica processual, cujo objeto consiste justamente na prestação de uma atividade estatal. Embora com reservas aos conceitos, entendemos a ação o exercício do direito subjetivo perante o Estado, com o objetivo de que este preste a tutela jurisdicional (SILVA; GOMES, 2002, p. 133).

A par desse desdobramento da teoria abstrativista, passa-se a analisar a teoria implementada no CPC atual, que é a eclética, a qual se utiliza das condições da ação e dos pressupostos processuais.

2.5 Teoria eclética da ação

Por fim, chega-se à teoria de Enrico Tulio Liebmann, processualista italiano, adotada por Alfredo Buzaid no Código de Processo Civil de 1973, ainda hoje em vigor. Grinover, Cintra e Dinamarco (2004, p. 253) explicam que Liebman define essa teoria 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.

Segundo Didier Júnior (2008, p. 168), ela é explicada 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".

Por sua vez, Silva e Gomes (2002, p. 113) aduzem que "as condições da ação, juntamente com os conceitos de mérito e jurisdição, constituem a pedra angular, ou esteio, que sustenta a Teoria Eclética".

Nesse sentido, estudado brevemente as teorias da ação de maior destaque, passa-se a abordar as condições da ação e sua relação com a Teoria da Asserção.

3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

3.1 As condições da ação conforme o atual Código de Processo Civil

Silva e Gomes (2002, p. 116) destacam que "há determinados requisitos cuja ausência inviabiliza o exame do mérito, ou a decisão da lide. São requisitos para a própria existência da ação, tendo por isso sido denominados condições da ação". Com efeito, legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido são as três condições da ação elencadas no CPC.

As duas primeiras são alocadas logo no início do CPC, em seu art. 3º, e a possibilidade jurídica é abordada no art. 267. Cabe frisar que, ao receber uma ação, o juiz deve analisar primeiramente os pressupostos processuais, para em seguida passar a verificar as condições da ação e, se estas estiverem presentes, segue ao mérito da ação.

Considerando que as condições da ação do CPC estão arroladas no art. 267, VI, verifica-se que há extinção do processo sem resolução do mérito se verificada ausência de qualquer das condições da ação (legitimidade de parte, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido).

Ademais, em seguida, no art. 268 do CPC, há referência de que se ocorreu a extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de umas das condições da ação, não ocorre a coisa julgada material; logo, só há coisa julgada formal e, assim, pode a parte interpor de novo a mesma demanda.

Nesse sentido, Montenegro Filho (2005, p. 39) explica:

Condições da ação são requisitos mínimos, que devem ser preenchidos pelo autor, cuja presença (além dos pressupostos processuais) garante a prolação da sentença sem resolução do mérito, que confira (ou não) ao promovente o bem da vida perseguido (intitulado objeto). Na hipótese da ausência de uma das condições da ação, o promovente esbarra em óbice processual, deparando com a prolação de terminativa (pondo fim ao processo sem a resolução do mérito), pronunciamento que produz apenas a coisa julgada formal, vale dizer, com efeitos meramente endoprocessuais, limitando-se ao processo findo, autorizando a propositura de nova ação assentada nos mesmos elementos do processo findo (partes, causa de pedir e pedido, ou quem pede, em face de quem o pedido é formulado, o que pede e a razão de pedir), desde que seja possível afastar o vício que determinou a extinção ocorrida em momento anterior (o que não se observa na hipótese de o processo ter sido extinto pelo acolhimento da litispendência ou da perempção, por exemplo).

Assim, há uma questão trazida à tona, qual seja, se as condições da ação são análise de mérito ou não:

Se o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; se esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; se o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; se a legitimidade *ad causam*, ao menos no âmbito da tutela individual, se constata a partir da relação jurídica material; se a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa; fica difícil, então defender que a análise das mencionadas condições da ação não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida) (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 172).

Silva e Gomes (2002, p. 118) explicam o equívoco inserido no CPC:

O maior e mais comum dos equívocos ensejados por esta doutrina, que afinal restou insculpida no Código de Processo Civil, é o de contrariar o bom senso, levando a todos a aferir na real a presença ou a ausência das condições da ação, e não mediante raciocínios hipotéticos como recomenda Liebman, ensejando com isso sentenças de mérito, embora declare o juiz extinguir o processo por carência de ação.

Dessa forma, tendo em vista a discussão de as condições da ação serem questões de mérito ou não, vem à tona a Escola Gaúcha que traz a Teoria da Asserção que será explanada a seguir.

3.2 As condições da ação à luz da Teoria da Asserção

A atividade desenvolvida pelo magistrado ao aferir as condições da ação é jurisdicional, podendo-se falar desde então em exercício de direito da ação.

Em desconformidade do que Liebman defende, Silva e Gomes (2002, p. 117) explicam que “a atividade do Juiz, consistente no exame da presença ou ausência das condições da ação, nada terá de jurisdicional; tratar-se-á de joejamento prévio”. Se analisada dessa forma, não há coisa julgada. No entanto, trazem à tona a conclusão que “se presentes ou não as chamadas condições da ação, é algo que o Juiz vai aferir dentro do processo formado, sempre com eficácia de ato jurisdicional; de

ato emanado do poder jurisdicional do Estado. Enfim, é no processo que se decide sobre o próprio processo” (p. 124).

Com efeito, Fabrício (1990, p. 16) busca uma nova nomenclatura às condições da ação, tendo em vista o seu objetivo: “talvez fosse mais exato denominar ‘condições de legítimo exercício do direito de ação’, já que os requisitos do foco dizem com o exercício e não com a existência daquele direito”.

Para abordar melhor o tema, faz-se necessário tratar de cada uma das condições da ação elencadas no ordenamento jurídico processual.

A possibilidade jurídica do pedido como sustenta Fabrício (1990, p. 16), é verificada quando “o requisito se ausenta, quando o sistema jurídico (como um todo - não só a lei) veda ou não deixa lugar ao provimento jurisdicional pretendido”. Continua referindo que proferida a sentença de improcedência o juiz “afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado” (p. 17).

Nesse sentido, deve ater-se tão somente no pedido imediato, qual seja, a prestação jurisdicional, como, por exemplo, se a ação é condenatória, declaratória ou de outra natureza, não podendo se limitar à visualização do pedido mediato, que é o bem da vida que está sendo tutelado:

Buscou demonstrar que a condição em causa tem de ser referida exclusivamente ao pedido imediato, isto é, àquele de entrega de prestação jurisdicional, nunca ao pedido mediato, relacionado ao conteúdo da lide e, pois, ao mérito. Nessa visualização o cotejo do pedido não se fará com o direito material, caso em que forçosamente levaria a uma solução de mérito, vale dizer, de improcedência sempre que seja negativa a conclusão (FABRÍCIO, 1990, p. 17).

Theodoro Júnior (1980, p. 46) explica que “a possibilidade jurídica deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor”.

Ainda, nesse sentido Didier Júnior (2005, p. 226) destaca:

A situação de alguém pedir algo que o direito repila, ou não permita expressamente, em nada difere daquela em que outrem pede algo que o direito agasalha, pois as decisões que confirmarem a repugnância ou a afeição serão consequências de ‘relações processuais substancialmente idênticas, expressivas do exercício do direito de ação do sujeito e de atividade jurisdicional do órgão, em tudo semelhantes’. Aplica-se o direito material - a relação jurídica está sendo composta. Adentra-se o mérito; injustificável que não se produza coisa julgada material.

Logo, pode-se dizer que para verificar a possibilidade jurídica do pedido é imprescindível analisar o mérito. A legitimidade ou “*legitimatío ad causam*” se verifica analisando a relação de direito material, ou seja, vislumbra-se o autor e o réu da ação verificando-se o sujeito ativo e sujeito passivo da relação de direito material.

Silva e Gomes (2002, p. 126) mencionam que “sendo parte um conceito de processo com o qual identificamos autor e réu, não há como falar em parte processualmente ilegítima; a própria identificação das partes exige, como pressuposto, um processo pendente”.

Nessa seara, Fabrício (1990, p. 19) afirma que a análise da legitimidade “envolve uma questão de direito processual, cuja resposta tem de ser buscada no direito material”. Ele explica que em qualquer das sentenças seja por ilegitimidade ativa ou passiva “*ad causam*” o juiz ao prolatá-la realiza prestação jurisdicional de mérito, proferindo uma sentença de improcedência típica.

No que tange à legitimidade, não há o que questionar, haja vista que é certa a necessidade de verificar a relação material, por isso até Liebman já confessava que essa era a única condição da ação que era questão de mérito.

Por fim, a terceira condição da ação é o interesse de agir, traduzido pelo binômio abordado por Liebman “necessidade e utilidade”. Fabrício (1990, p. 20) entende que “a ação só será admitida se a atuação do Estado-juiz for a única, nas coordenadas do caso concreto, capaz de assegurar ao demandante a satisfação da pretensão do direito material por ele manifestada”. Ademais, sublinha que a utilidade se apresenta quando a “sentença almejada represente um proveito efetivo para o autor, no sentido de assegurar-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que a anterior” (p. 20).

Nesse diapasão, Silva e Gomes (2002, p. 126) destacam: “A investigação sobre a necessidade ou desnecessidade da tutela jurisdicional, invocada pelo autor para obter a satisfação do direito alegado, implica obrigatoriamente perquirir a respeito da ameaça ou da violação desse direito, ou seja, sobre ponto pertinente à relação substancial”.

Abordado o conceito de interesse de agir verifica-se que também há a necessidade de vislumbrar a relação material para analisar a relação processual.

Nessa seara, Didier Júnior (2005) sublinha que com as condições da ação é necessário ao juiz ter as afirmações do autor como verdadeiras, vez que se assim não fosse sempre haveria ausência das condições da ação.

Assim, nessa concepção entende-se que a análise das condições da ação deve se dar de maneira *in status assertiones*. Dessa forma, o juiz deve verificar as afirmações do autor na petição inicial juntamente com a documentação apresentada, assim ter-se-á como verdadeiras. No prosseguimento do processo, na dilação probatória é que será analisada a prova e com isso há possibilidade de o juiz analisar as condições da ação.

Ademais, Didier Júnior (2005, p. 217) explica:

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial ao 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’.

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 exame de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não da carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da *prospettazione*.

Destarte, ao analisar se estão ou não presentes as condições da ação, é preciso entrar ao mérito da causa. Ou melhor, conforme abordado por Fabrício (1990, p. 22), “não se está a defender que as chamadas condições da ação sejam o próprio e todo mérito. O exame delas, é claro, não esgota necessariamente o *meritum causae*, mas é com certeza um passo que se dá dentro do mérito”.

Integrando o mérito da ação, a sentença sobre suas condições deve passar de terminativa, ou seja, extinção sem julgamento do mérito, para definitiva, a qual resolve o mérito, conseqüentemente constituindo coisa julgada material. Com efeito, retoma-se a análise da constitucionalização do processo civil e assim cabe destacar que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao garantir que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito deve ser interpretado não

como um princípio isolado e absoluto, mas sendo parte integrante de um contexto de princípios constitucionais.

As condições da ação não vão contra o art. 5º, XXXV, da CF, mas sim vão ao encontro de outros princípios também presentes no art. 5º, tal como a celeridade para a busca da tutela jurisdicional efetiva:

[...] a noção de que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal não é *absoluto* e, como tal, ele aceita, à luz de outros princípios, de outros valores, certas atenuações, certas ponderações, para que o Estado e, em específico, o seu modo de atuar (o processo) atinjam suas finalidades precípua. As condições da ação, entendidas nesse contexto do 'modelo constitucional do processo civil' têm por finalidade precípua a de evitar desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, racionalizando a prestação com vistas à concessão da tutela jurisdicional. A opção política feita pelo Código de Processo Civil brasileiro ao disciplinar as 'condições da ação' encontra fundamento suficiente no art. 5º, LXXVIII, e, mais amplamente, antes dele no princípio do devido processo legal do inciso LVI do mesmo art. 5º, ambos da Constituição Federal: as condições da ação são técnicas para implementar maior celeridade processual e, mais amplamente, para a racionalização do exercício da própria atividade judicial, permitindo uma escorreita atuação jurisdicional (BUENO, 2008, p. 360).

Destarte, Bueno (2008, p. 361) conclui que "é por essa razão que não se pode confundir o 'direito de ação' com o chamado 'direito de petição'", conforme já explicitado.

Nesses termos, a função do processo civil no sentido de servir para a tutela jurisdicional contemplando, assim, o direito constitucional da atuação jurisdicional com a consequente efetividade, bem como a celeridade processual se consolidam na teoria da asserção:

As condições da ação entendidas no contexto da chamada 'teoria da asserção', neste sentido, mostram bem esta função. A perspectiva é a de que o Estado-juiz rejeite qualquer pedido de atuação jurisdicional e, conseqüentemente, de concessão de tutela jurisdicional que seja *manifestamente* despropositado; *manifestamente* infundado; *manifestamente* descabido. Por isto, para preenchimento das condições da ação, é necessário e suficiente que elas sejam afirmadas e que o Estado-juiz verifique, em cognição sumária, seu adequado preenchimento. Na medida em que, ao longo do processo, não haja nenhum elemento que infirme esta conclusão preliminar do magistrado, isto é, a constatação de que as condições da ação estão presentes, o processo (a atividade jurisdicional) deve seguir em direção à concessão da tutela jurisdicional para quem tem direito (BUENO, 2008, p. 361).

Dessa forma, demonstrou-se a teoria da asserção com vistas ao direito constitucional.

3.3 Natureza do provimento jurisdicional do artigo 268 do Código de Processo Civil e a legitimidade de parte

Relata-se acerca do art. 268 do CPC, ou seja, quanto ao provimento jurisdicional que ele autoriza, haja vista que esse dispositivo consagra a possibilidade tranquila de haver nova ação quando a anterior foi extinta sem resolução do mérito em virtude de ausência de uma das condições da ação.

A respeito desse assunto, é possível deduzir que o art. 268 deve ser analisado juntamente com todo o ordenamento. Assim Bueno (2008, p. 371) defende:

A questão deve ser analisada no seu devido contexto, levando-se em conta, por isto, o sistema processual civil como um todo, desde o 'modelo constitucional do processo civil'. Pela própria razão de ser das condições da ação, não haveria sentido que uma 'parte ilegítima' pudesse voltar a provocar o Judiciário indefinidamente como se ela quisesse convencer que, diferentemente do que se decidiu anteriormente, ela preenche aquela condição da ação. Se o proferimento da sentença, que extingue o processo ao reputar o autor 'parte ilegítima', é, na sua perspectiva, equivocada, é possível que ele, autor, busque sua reforma no âmbito recursal.

Caso contrário, mesmo sem o 'trânsito em julgado' daquela decisão, um novo pedido idêntico, de tutela jurisdicional, formulado pela *mesma* parte, que acabou de ser reconhecida como ilegítima, deve ser vedado. Não pela letra do art. 268 mas por força de sua interpretação sistemática. É que se o Estado-juiz já entendeu suficientemente que alguém é parte ilegítima, é o que basta para obstar novas investidas jurisdicionais. O que está autorizado é que outra *parte* e, pelo menos nesta perspectiva, não-ilegítima, venha a provocar a jurisdição. Neste caso, contudo, já não se trata de uma 'mesma' ação mas de outra, o que é plenamente admitido pelo sistema. É nesta perspectiva, rente ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que o precitado dispositivo de lei deve ser entendido: desde que o defeito que fundamenta a prestação jurisdicional seja retirado, é lícita a provocação do Estado-juiz. Neste caso, contudo, trata-se, para todos os fins, de uma *nova* investida jurisdicional, uma nova *ação*.

Com isso, entende-se que se o art. 268 do CPC for interpretado de forma sistemática, tem-se que o referido dispositivo possibilita uma nova ação por outra parte, e não por aquela parte já diagnosticada pelo Estado que é a parte ilegítima; assim há coisa julgada material para aquela que já postulou e teve sua tutela atendida pelo juiz.

Nessa seara, Didier Júnior (2005, p. 220) sublinha:

A sentença de carência de ação não pode ficar acobertada pela coisa julgada material, pois o autos, após 'consertar' o erro, ou em razão da superveniência de novo fato, teria o direito de repropor a demanda. Sucede que se o defeito for corrigido, mesma demanda não será; somente se pode falar em repositura se a nova propositura se der nos mesmos termos da anterior. Corrigir e propor de outra forma não é repropor, é propor algo novo.

Por sua vez, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de não aceitar a reapresentação de demanda anteriormente não apreciada por carência de ação:

O Superior Tribunal de Justiça considerou inadmissível a repositura de demanda anteriormente não-apreciada por carência de ação (ilegitimidade *ad causam*), sem que se corrigisse o equívoco. Embora não se tenha admitido expressamente, confirmou-se o entendimento doutrinário de que a sentença que se funda na falta de condição da ação é uma sentença de mérito, definitiva, apta, portanto, a ficar imune pela coisa julgada material e impedir, por isso, a renovação eficaz da demanda, com idêntico *objeto litigioso* (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 221).

Com efeito, pode-se dizer que há efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Nesse diapasão, aparece destacada a supremacia do direito material em relação ao direito processual, percebendo-se que a doutrina e os Tribunais têm-se voltado cada vez mais à ótica 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:

Não é desarrazoado afirmar que ocorre uma inversão entre processo penal e processo civil, por exemplo. Não se olvide que o Processo Penal deve ser visto, no Estado Democrático de Direito, sob uma ótica garantista/garantidora: deve servir para garantir a realização dos direitos à liberdade; já as normas processuais civis devem ser entendidas como garantidoras da realização dos direitos sociais - entendidos enquanto resgate das promessas da modernidade. Na contramão, no plano das práticas dos tribunais - no cotejo entre as normas penais e as processuais - penais, não raro se dá mais ênfase ao direito material, valorizando-se mais o Código Penal que o Código de Processo Penal, onde, v.g., continuam sendo aplicados princípios (ultrapassados) como o de que não há nulidade sem prejuízo, sendo estas (ainda) examinadas sobre o prisma do velho Código de Processo Penal, forjado no modelo liberal-individualista dos idos da década de 40, isto para dizer o mínimo; por outro lado, no cotejo entre as normas de Direito Civil com o Processo Civil, a formalística processual sufoca o direito material (STRECK, 2004, p. 224).

Morais (1999, p. 80) também assevera que:

Atualmente, deve haver um compromisso da técnica processual, encarando o sistema a partir de ângulos externos (seus escopos), com a sistematização da ideia em torno do princípio da instrumentalidade e efetividade do processo. A partir daí, estabelece-se um novo momento no pensamento do processualista e do profissional do foro, procurando evitar os males do exagerado 'processualismo' e 'formalismo', predispondo o processo de modo a possibilitar seu uso em consonância com seus objetivos iniciais que abarca 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.

4 CONCLUSÃO

Neste texto foram apresentadas as teorias da ação existentes no ordenamento jurídico com as principais ideias dos autores que as formularam, bem como demonstrado o pensamento de doutrinadores da atualidade quanto às condições da ação, trazendo à baila os seus pontos mais discutidos.

Tendo em vista que o atual CPC aborda a teoria eclética, foi primeiramente elencada essa concepção, para, após, ser abordada a teoria da Escola Gaúcha de Processo Civil, que é a da Asserção, a qual tem por finalidade encarar as afirmações do autor como verdadeiras, para após, o juiz, no deslinde do processo com a instrução probatória, verificar as condições da ação.

Ainda, o art. 268 do CPC reproduziu um provimento de sentença terminativa com coisa julgada formal; no entanto, faz-se necessário verificar esse dispositivo em conformidade com todo ordenamento jurídico constitucional e legal, e nessa seara, no que tange à legitimidade de parte, há coisa julgada material para a parte que já pleiteou, isto é, ela já teve sua tutela analisada e proferida pelo Estado. Assim, a coisa julgada formal é para a parte legítima; dessa forma pode-se dizer que há uma nova ação, e não uma ação de novo.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. v.1, t. I.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio S. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. Lajeado: Univates, 2010. E-book. Disponível em: <www.univates.br>. Acesso em: 10 jan. 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo F. Extinção do Processo e Mérito da Causa. **Revista de Processo**, ano 15, n. 58, p. 7-32, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael . **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

MORAIS, Jose L. B. de. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, José C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Forense. v. V, n. 135.

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

SILVA, Ovídio A. B. da. **Curso de Processo Civil**. Processo de Conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Pressupostos Processuais, Condições da ação e Mérito da causa. **Revista de Processo**, ano 5, nº 17, p. 41-49, 1980.