



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Teoria da Asserção e o Direito ao Julgamento com Resolução de Mérito

Simone Silveira Peçanha Mattos

Rio de Janeiro
2013

SIMONE SILVEIRA PEÇANHA MATTOS

Teoria da Asserção e o Direito ao Julgamento com Resolução de Mérito

Artigo Científico apresentado a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação em Processo Civil.

Professores orientadores:

Prof^a Néli Fitz

Prof^o Nelson Tavares

Prof^a Mária de Fátima São Pedro

Rio de Janeiro
2013

TEORIA DA ASSERÇÃO E O DIREITO AO JULGAMENTO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO

Simone Silveira Peçanha Mattos

Graduada pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Advogada. Funcionária Pública do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Analista Judiciária atualmente lotada na 1ª Vara Cível da Barra da Tijuca.

Resumo: O Código de Processo Civil no art. 26,VI e § 3 estabelece que se faltar uma das condições da ação haverá extinção do processo sem resolução do mérito. E esse trabalho, através da Teoria da Asserção, visa trazer como reflexão o fato de que se houver análise das condições da ação após as alegações do réu, após contraditório, nessa apreciação estará havendo análise de mérito formando-se a coisa julgada material e, não simplesmente carência da ação, o que geraria extinção do processo sem resolução do mérito possibilitando a propositura de nova ação.

Palavra-chave: Teoria da Asserção – condições da ação – julgamento mérito.

Sumário: Introdução. 1. Acesso a Justiça. 2. Condições da Ação. 2.1 Possibilidade jurídica do pedido 2.2 Legitimidade para a causa 2.3 Interesse de agir 3. Teoria Eclética. 4. Teoria da Asserção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da teoria da Asserção no ordenamento pátrio e as questões acerca de sua aplicação ou não pelos nossos aplicadores do direito. Um dos objetivos do presente estudo é identificar as vantagens de sua aplicação e as críticas a sua aplicação.

Como é sabido, a ação é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza gerada pelo conflito de interesses. Todo cidadão tem direito de ação, mas isso não significa que todos têm direito a um resultado favorável. O art.5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim temos a garantia de forma clara e inequívoca da consagração da tutela judicial efetiva.

De acordo com o art. 267, VI do Código de Processo Civil- CPC haverá extinção do processo sem resolução do mérito quando faltar uma das condições da ação e, a Teoria da Asserção busca minimizar os efeitos da aplicação irrestrita desta regra estabelecida pelo Código. Há uma grande dificuldade na separação da análise das condições da ação e o mérito da causa e, o não preenchimento das condições da ação gera a extinção do processo sem resolução do mérito, por carência de ação, porém isso pode ocorrer após longos anos de embate processual.

Ao aplicar a Teoria da Asserção o juiz deve provisoriamente analisar todas as afirmações do autor na inicial e verificando que são verdadeiras dispensará a produção de provas para análise das condições da ação e, então tudo o mais será análise de mérito. Logo se posteriormente com o contraditório verificar o não preenchimento de alguma das condições da ação estará havendo julgamento de mérito, gerando improcedência do pedido e, não carência de ação, o que fará coisa julgada material.

1. ACESSO À JUSTIÇA

É fundamental, ao dissertar sobre o acesso à justiça, como uma conquista da humanidade nos tempos modernos, trazer a ideia e o significado desta expressão que teve variação no tempo, em razão de influências políticas, religiosas, sociológicas e filosóficas, porém o momento não é oportuno para adentrar nesta seara tão complexa, onde apenas se faz necessário o esclarecimento acerca da evolução nos dias atuais onde o homem passou a ter uma afirmação dos direitos fundamentais.

Hodiernamente, dúvida não há de que o acesso à justiça é uma garantia de índole constitucional. O art. 5º, XXXV, da CRFB consagra o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, cuja função primordial é garantir o acesso á justiça, porém esta garantia não pode subsumir-se a mera promessa, pois o que o cidadão espera do Estado não é tão somente o

acesso, é que este venha coroado de efetividade, pois de nada adianta o acesso à justiça sem o compromisso do Estado com o resultado, segundo Magno Federici Gomes¹

incumbe ao juiz promover a efetividade da tutela jurisdicional. Logo não se garantirá o amplo acesso à jurisdição se a tutela não for efetiva, em tempo hábil e com custo acessível. O amplo acesso à jurisdição deve ser garantido, sob pena de regressão à autotutela e possivelmente a um caos social. A atividade processual somente existirá se o Poder Judiciário estiver plenamente acessível aos cidadãos, sem qualquer tipo de exclusão. Se hoje não se fala mais em acesso à justiça porque o termo justiça pode significar um valor com diferentes conotações, qualquer uma destas variações só será realizável após o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Diferente disso existem apenas meras expectativas de direito.

Quando se fala em acesso à justiça ainda temos que levar em consideração o custo da justiça que muitas vezes fazem com que o benefício econômico desejado através do processo seja inferior as despesas com este. Por outro lado devido a imensidão do território nacional não é possível colocar um juiz para atender a cada cidadão e isto soma-se ao fato do desaparecimento do Judiciário dificultando o acesso do cidadão à justiça.

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Segundo Enrico Tullio Liebman², o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, mas para isso é necessário preencher as condições da ação que serão analisadas pela relação jurídica trazida a Juízo e, esta é a Teoria Eclética adotada pelo CPC. É através da ação que o cidadão provoca o Estado a promover a tutela tendo em vista que o Estado reservou para si o monopólio do poder jurisdicional, logo os indivíduos devem confiar a ele a tutela dos seus interesses. Porém conceituar ação não é tão simplório quanto parece havendo várias teorias para explicar tal conceito. O direito de ação constitucionalmente garantido é um direito público, autônomo, abstrato, subjetivo e processual e para exercê-lo é

¹ GOMES, Magno Federici; SILVA, Henrique Medeiros. *Condições da Ação e Resolução de mérito no Processo Civil*, Curitiba:Juruá, 2012, p.317.

² LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual do Direito Processual Civil*. 2. ed. .Tradução Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.v.1, pag.54.

preciso preencher as condições da ação, as quais referem-se a cada um dos três elementos da ação: partes (legitimidade ad causam), possibilidade jurídica do pedido (pedido) e interesse de agir (causa de pedir) estando prevista no art. 3º do CPC a legitimidade da parte e o interesse de agir, já a possibilidade jurídica está prevista no art. 267 também do CPC. A falta de qualquer das condições da ação levará a extinção do processo sem análise do mérito conforme prescreve o inciso VI do art. 267 do CPC.

2.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O Código de Processo Civil adotou esta condição como se ela fosse inerente ao exercício válido do direito de ação, pois esta condição prega a ausência de vedação implícita ou expressa no ordenamento jurídico do pedido formulado pelo autor, logo o autor não pode pedir o que a lei proíbe.

O Código de Processo Civil em seu art. 3º estabelece que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade e no art. 267, VI afirma que o processo será extinto sem julgamento do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. E mais adiante no art. 295, parágrafo único, II e III afirma ser inepta a inicial quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão.

Fredie Didier Júnior³ defende que esta condição da ação se não preenchida leva a extinção do processo com análise de mérito e ela não deve ser condição da ação. Daí dizer Luiz Guilherme Marinoni⁴ que quando o ordenamento jurídico exclui a possibilidade do

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12. ed. Bahia: Podivam, 2010, p.199.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p.69.

pedido, não há como o juiz apreciar o pedido formulado pela parte. Exemplo disso é a hipótese de alguém pedir o divórcio em país cujo ordenamento jurídico não o contemple.

O projeto do Novo Código de Processo Civil adota o posicionamento de Enrico Tullio Liebman⁵ e exclui do rol das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido passando a mesma a integrar o mérito da causa, então a sentença que atualmente é de carência de ação por não se fazer presente a possibilidade jurídica da ação passará a ser de improcedência formando a coisa julgada material de assim trará mais estabilidade às relações sociais.

2.2 LEGITIMIDADE PARA A CAUSA

Só pode ser averiguada em face daquele que é parte, pois a todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional, porém para levá-la ao Judiciário é necessário haver um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada que lhes autorize a condução do processo, é a legitimidade *ad causam*. É a condição da ação em que se investiga o lado subjetivo da demanda: os sujeitos. Verifica-se, por meio de exemplos, como a “teoria eclética” desenvolve o conceito de condições da ação. Iniciando-se pela denominada *legitimatío ad causam*. Imagine que o locatário ingresse em juízo com uma ação de consignação em pagamento, para depositar em juízo os aluguéis que o locador recusa receber, visando obter, por tal meio, a correspondente quitação. Contudo, em vez de mandar citar o locador, como demandado, equivocadamente propõe sua demanda contra a imobiliária que apenas administra o prédio locado. Neste caso haveria carência de ação, por falta de legitimidade passiva do réu para ser demandado em ação de consignação de pagamento, pois a ação só poderia ser dirigida contra o locador. Num segundo exemplo, o locador ajuíza uma ação de despejo, dirigindo-a, porém, contra o procurador do inquilino, ou contra qualquer

⁵ LIEBMAN, op. cit., p.54

outro terceiro que eventualmente resida no prédio, com o qual, todavia, ele não mantém qualquer vínculo locatício. Novamente constata-se uma situação de carência de ação de despejo por falta de *legitimatio ad causam* passiva. Pode igualmente acontecer que o autor, sendo simples administrador do locador, ingresse em juízo com uma ação de despejo contra o inquilino. Neste caso haveria também carência de ação, por falta de legitimidade ativa. Resta afirmar que em todas estas hipóteses, segundo a doutrina, o processo deverá ser encerrado com uma sentença em que o juiz simplesmente declare o autor carecedor da ação, por ausência de *legitimatio ad causam*, sem, contudo, apreciar o mérito da demanda. Enfim, legitimidade para agir é bilateral tendo em vista que o autor está legitimado para propor a ação em face de um determinado réu e não em face de outro.

A legitimidade para agir se divide em legitimação ordinária e extraordinária baseando-se na relação entre legitimado e o objeto litigioso, sendo que a extraordinária é excepcional e somente pode ser conferida por lei (art.6º do CPC).

Legitimidade Ordinária ocorre quando alguém defende em juízo interesse próprio, já a extraordinária ocorre quando alguém defende interesse alheio em nome próprio, ou seja ele não é o titular ou não é exclusivo, porém atua no processo na qualidade de parte e não de representante.

Para alguns autores há diferença entre legitimação extraordinária e substituição processual, a qual ocorreria quando ocorresse uma efetiva substituição do legitimado ordinário pelo extraordinário, porém para outros autores esta discussão não passa de um apuro técnico não havendo inconveniente em tomar ambas as expressões como sinônimas.

Já a legitimidade extraordinária pode ser dividida em autônoma e subordinada. Na autônoma o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. Divide-se em concorrente e exclusiva. Na exclusiva apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal no

processo e na concorrente tanto o legitimado extraordinário quanto o titular da ação fazem parte do processo.

2.3 O INTERESSE DE AGIR

Esta condição está presente quando houver necessidade e utilidade da atuação jurisdicional, ou seja, a sua constatação ocorre sempre in concreto, de acordo com a situação narrada no instrumento da demanda, não podendo a priori definir se há ou não interesse de agir.

O legítimo interesse de agir, a que se refere o art. 3º do CPC, define-se como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou para através dele, realizar o seu direito. Se o provimento judicial pretendido por aquele que pede a proteção jurisdicional não for idôneo para a realização do direito cuja proteção se requer, seria realmente inútil prosseguir-se no processo, até a obtenção de uma sentença que desde logo se sabe incapaz de proteger o respectivo interesse da parte. Então para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional.

O interesse e a utilidade estarão presentes toda vez que o processo puder proporcionar ao demandante o resultado favorável pretendido e por outro lado haverá interesse de agir quando não for possível a obtenção de tal resultado, ou seja, toda vez em que o autor tiver algum outro meio lícito acessível para alcançar o em da vida, ele não tem interesse de agir, porque não tem necessidade de dirigir a sua pretensão ao Poder Judiciário para obtê-lo .

Já o interesse necessidade baseia-se em que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito, porém nas ações constitutivas necessárias o bem da vida ou o estado jurídico só se obtém através do Judiciário. E nas ações de jurisdição voluntária a verificação da necessidade é dispensável.

Resta inegável que a teoria da asserção é um desenvolvimento da teoria eclética que foi deixado como legado por Enrico Tulio Liebman⁶ e que foi adotada pelo Código de Processo Civil. Então constarão breves comentários sobre a teoria eclética como elo com a teoria da asserção.

3. TEORIA ECLÉTICA

Como dito acima, a teoria eclética foi adotada pelo Código de Processo Civil. O artigo 3º do referido diploma dispõe que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. O artigo 267, inciso VI do CPC, ao estabelecer que, quando não ocorrer qualquer das condições da ação, extinguir-se-á o processo sem resolução do mérito, ilustra a posição do legislador pela adoção da teoria eclética.

A crítica que esta teoria recebeu com o passar do tempo foi no sentido de que ela separa 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.

Todavia, e conforme Enrico Túlio Liebman⁷ a decisão do juiz que julgar as questões preliminares ainda não corresponde à verdadeira atividade jurisdicional. Só haverá jurisdição quando ultrapassada essa fase de averiguação prévia ao constatar o juiz que a causa posta em julgamento está constituída, no processo, de forma regular e capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda, ainda que esta decisão seja contrária ao autor.

⁶ LIEBMAN, op. cit., p. 54.

⁷ LIEBMAN, op. cit., p.54.

Essa doutrina, evidentemente, representa uma intermediação entre dois pólos, representados pelas correntes do direito concreto de ação e do direito abstrato. Coloca-se Enrico Túlio Liebman⁸ num ponto intermediário, ao definir ação, como um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide.

Sendo assim, para Ovídio⁹, embora o direito de ação seja outorgado indiferentemente ao litigante que tenha razão e ao que tenha repelida por infundada a sua demanda e neste sentido seja ele abstrato, só existirá efetivamente ação processual quando existentes determinadas condições prévias indispensáveis para que o juiz possa decidir sobre o mérito da causa. Segundo essa teoria, se algum defeito existente na relação processual ou algum requisito prévio porventura não satisfeito pelo autor relativamente ao direito posto em juízo impedir que o magistrado julgue o mérito da causa, a decisão que encerre tal processo não será verdadeiramente jurisdicional.

4. TEORIA DA ASSERÇÃO

O Código de processo Civil não definiu um momento específico para análise das condições da ação pregando apenas que as mesmas podem ser conhecidas pelo juiz a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, porém a doutrina desenvolveu a Teoria da Asserção, a qual prega que tais condições por economia processual são condições para o julgamento do mérito da causa e não condições para o legítimo exercício do direito de ação.

Para Enrico Túlio Liebman¹⁰ (teoria da apreciação) as condições da ação precisam ser demonstradas devendo se produzir provas para comprová-las perante o juiz, porém pela Teoria da Asserção (também conhecida como teoria da *prospettazione* no direito italiano) a

⁸ Ibid. p.54

⁹SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. V. 1. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.100

¹⁰ LIEBMAN, op. cit. p.154.

verificação das condições da ação se dá através das afirmações feitas pelo autor na inicial, ou seja, abstratamente, no estado em que são apresentadas (*in status assertiones*) isto é, não se confunde com a pretensão deduzida em juízo, de forma que as questões concernentes à relação jurídica material dizem respeito ao mérito da causa, logo a relação jurídica será verificada com base no afirmado pelo demandante, diminuindo assim os inconvenientes que a aplicação do art. 267, § 3-CPC pode causar. Se a falta de uma das condições da ação for verificada após o exame das alegações do réu, ou seja, com contraditório, essa apreciação fará coisa julgada material, pois estará havendo julgamento com mérito gerando improcedência do pedido e não carência de ação. Lembrando que não é o momento que caracteriza esta teoria e sim a produção ou não de prova para a verificação do preenchimento das condições da ação. Então de acordo com Edward Carlyle Silva¹¹

As condições da ação devem ser examinadas *in status*, ou seja, da forma pela qual elas são apresentadas. Com isso, o juiz poderia examinar as condições da ação até o momento anterior ao início da fase instrutória, uma vez que até aquele momento as alegações ainda não foram objeto de provas, salvo aquelas já apresentadas na inicial ou na contestação. Significa dizer que até esse momento (antes da fase instrutória), constatada a ausência de alguma das condições da ação, a demanda ser extinta sem resolução do mérito (art. 267, inciso VI do CPC). Mas a partir do momento em que se ingressa na fase de instrução probatória, já se está falando em mérito, tendo decorrido o momento limite em que o processo poderia ser extinto por falta de alguma das condições da ação. Nesse momento, as condições da ação já não estão mais sendo examinadas *in status assertionis*, o que implica em considerar que ingressando na fase instrutória a decisão deverá ser de mérito (procedência ou improcedência do pedido).

A citada teoria objetiva dar um maior aproveitamento a atividade processual verificando as condições da ação no caso concreto relatado pelo autor sem precisar de comprovação no decorrer do processo.

Porém, pela Teoria de Enrico Tullio Liebman¹² (teoria da apreciação) se ausentes as condições da ação haverá extinção do processo sem resolução de mérito apesar de já se está numa fase em que se permite julgar o mérito; demonstrando violação aos princípios constitucionais e processuais como efetividade, razoável duração do processo,

¹¹ EDWARD, Carlyle Silva. *Direito Processual Civil*, Niterói: Impetus, 2008, p.37.

¹² LIEBMAN, op. cit. p.54.

instrumentalidades das formas e o próprio acesso à justiça. Para Magno Federici Gomes¹³ “a atividade processual, nesses moldes, teria sido inútil, e a sentença judicial (terminativa) não inviabilizaria a propositura de nova demanda, envolvendo o mesmo objeto litigioso”.

Por outro lado pela teoria da Asserção as condições da ação serão analisadas junto com o mérito e, se não presentes levará a improcedência do pedido, sendo uma sentença de mérito, definitiva. Então verifica-se que esta teoria é contrária a teoria de Enrico Tullio Liebman¹⁴, o qual define ação como o “direito à sentença de mérito”, qualquer que seja o seu conteúdo; e como, para ele, “julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas” conclui-se que só existirá ação e, pois, jurisdição quando se verificar a existência das “condições da ação” de modo a possibilitar ao juiz a decisão da lide, ou a decisão do *meritum causae*. Então, pela Teoria da Asserção se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição após esgotados os meios probatórios terá na verdade proferido juízo sobre o mérito da questão, logo sempre que a relação existente entre as condições da ação e o direito material for estreita ao ponto da verificação da presença daquelas se para comprovar as condições da ação o juiz precisou analisar provas e se aprofundar no mérito a consequência será a extinção com resolução do mérito.

Então, verifica-se que a carência de ação que ocorre com a aplicação da Teoria de Enrico Tullio Liebman¹⁵ ao verificar que não houve preenchimento das condições da ação é diferente da improcedência da ação devido ao mesmo fato, porém nesta última hipótese houve julgamento com mérito e haverá formação da coisa julgada material. E no primeiro caso poderá ser proposta nova ação desde que preenchida a condição da ação antes ausente.

Logo, de acordo com o exercício do direito de ação é incondicionado e as condições da ação não fazem referência a este exercício, mas tão somente à natureza do provimento final

¹³ GOMES, Magno Federici; SILVA, Henrique Medeiros. *Condições da ação e resolução de mérito no processo civil*. Análise sistêmica. Curitiba: Juruá, 2012, p.119.

¹⁴ LIEBMAN, op. cit. p.54.

¹⁵ LIEBMAN, op. cit. p.54.

a ser emanado pelo órgão jurisdicional, deixando claro que, independente do conteúdo deste provimento, a tutela jurisdicional foi prestada no caso concreto. Então ao analisar superficialmente as condições da ação antes de adentrar propriamente no mérito poderá haver extinção pelo art. 267, VI do CPC, porém se tal análise ocorrer com base nas provas contidas nos autos poderá se chegar a extinção porém com base no art. 269, I do CPC.

Há inúmeras críticas a esta teoria no sentido de que basta que se afirme titular de um direito para que se possa ingressar em juízo e requerer em face do réu um provimento jurisdicional favorecendo desta forma o abuso do direito de demandar com lides temerárias. Então de acordo com Leonardo Greco¹⁶ esta teoria é dita como extremamente liberal e facilitadora do ingresso em juízo mesmo para o litigante temerário ou desonesto. Daí se afirmar que a Teoria da Asserção escancara as portas da justiça.

Elenca-se a seguir o conteúdo de algumas, dentre inúmeras, ementas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro^{17, 18}, do próprio Superior Tribunal de Justiça^{19, 20}, demonstrando a predominância do uso cada vez mais frequente da Teoria da Asserção.

0023877-13.2013.8.19.0000- AGRAVO DE INSTRUMENTO
1ª Ementa DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 07/05/2013 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro(01de junho de 2013)AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO EM 30% DOS VENCIMENTOS. MILITAR. LEGITIMIDAD PASSIVA AD CAUSAM. FONTE PAGADORA. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. Somente a fonte pagadora do mutuário é capaz de aferir se os

¹⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. vol.1. 1.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.242.

¹⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 0023877.13.2013.8.19.0000.15ª Câmara Cível. Relator José Carlos Paes. Disponível em :<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGMLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=4723&PROCESSO=201300209631>>Acesso em: 26 jun.2013.

¹⁸BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro .Agravo de Instrumento 0013731.19.2013.8.19.0000.14 Câmara Cível. Relator Jose Carlos Paes. Disponível em : <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=COSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAG conta=1&JOB=4723&PROCESSO=201300209631>>Acesso em: 26 jun.2013

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0067653-7.T4. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudência/doc.jsp?livre=processo+civil+teoria+asser&t=&I=10&i=1>>. Acesso em: 26 jun.2013

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2012/0250733-0.T2.Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudência./doc.jsp?livre=processo+civil+teoria+asser%E7%E30&&b=ACORp=true &t=&I=10&i=2>>. Acesso em 26 jun.2013

descontos incidentes sobre os vencimentos do autor ultrapassam o patamar de 30% (trinta por cento) admitido pela jurisprudência. 2. Assim quem detém o controle dos descontos em folha de pagamento deve figurar no polo passivo da demanda que busca assegurar a limitação da margem consignável. Precedentes do STJ. 3. O ordenamento processual vigente franqueia ao julgador o reconhecimento da ilegitimidade ad causam e a consequente extinção do feito, mesmo que ainda não citado o réu. 4. Outrossim, a Teoria da Asserção admite o reconhecimento sumário da carência de ação, caso vislumbre, de plano, a ausência de uma das condições da ação(...)

0013731-19.2013.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
2ª Ementa DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 15/05/2013 - DECIMA
QUARTA CAMARA CIVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. PROVA TESTEMUNHAL. NÃO CABIMENTO. 1. O caso em tela versa sobre relação de consumo, pois a autora enquadra-se no conceito de consumidor descrito no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os réus no de fornecedores, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal. Além disso, o demandante é o destinatário final dos serviços prestados pelas demandadas. 2. Preliminar de ilegitimidade passiva que se afasta, diante de ser incontroverso que a ré participou do negócio, ainda que como intermediária. Ademais, nos termos da teoria da asserção, tal preliminar se confunde com o mérito e com este deve ser analisada. Doutrina e Precedente STJ e TJRJ(...)

Processo AgRg no AREsp 10643RS-Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial2011/0067653-7-Relator:Ministro Antônio Carlos Ferreira(1146).Órgão Julgador-T4-Quarta Turma-Julgamento: 02/05/2013.

Ementa.PROCESSO CIVIL.AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.CONDIÇÕES DA AÇÃO.PRCLUSÃO(ART.267, §3º DO CDC). DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO.PRECLUSÃO.TEORIA DA ASSERÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER.HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.APRECIAÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ.DECISÃO MANTIDA.1.Nos termos da jurisprudência desta corte, não há preclusão às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal. 2. A indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica. 3.No caso , a ré não interpôs apelação contra a sentença que acolheu o pedido do autor. Após, em petição avulsa, apresentou documentos e alegou ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, sustentando tratar-se de matéria de ordem pública.4. Aplicando-se a teoria da asserção, não se está diante de argumentos relativos à falta de legitimidade(condição da ação), mas, sim, de defesa de mérito, pois, à luz da afirmações contidas na petição inicial, há pertinência entre as partes da relação jurídica de direito processual e as da relação jurídica de direito material. Tratando-se de argumento de mérito, ocorre a preclusão. 5.A fixação dos honorários sucumbenciais, na hipótese de a sentença determinar o cumprimento de obrigação de fazer, ocorre mediante apreciação equitativa do juiz, nos termos do art.20§4º,do CDC. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Acórdão.A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relato

Processo REsp 1358754\RJ- RECURSO ESPECIAL 2012\0250733-0. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques(1141).Órgão Julgador-T2-Segunda Turma – Julgamento: 07\03\2013.Ementa:PROCESSO CIVIL.RECURSO ESPECIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA.TEORIA DA ASSERÇÃO.RELAÇÃO DE CONSUMO E DANO MORAL.VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA.SÚMULA 7. 1. Sobre a apontada afronta ao artigo 267, VI, do CPC, nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação dá-se no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial.(Resp 879.188RS, Rel. Min. Humberto

Martins, 2ª Turma, DJ: 02\06\2009). Assim, é suficiente que a causa de pedir e o pedido se dirigiram à recorrente para que esta ocupe o pólo passivo da ação.2.(...)4.Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão(...) “ A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Min.-Relator, sem destaque e em bloco.

CONCLUSÃO

O presente trabalho não teve a pretensão de exaurir todo o conteúdo, tendo em vista a complexidade e a controvérsia acerca do assunto proposto. Todavia, de forma conclusiva sobre a Teoria da Asserção e as condições da ação constato que há dois posicionamentos, um adotado pelo Código de Processo Civil e outro criado pela doutrina que vem sendo objeto de ampla jurisprudência.

Então, pelo atual Código de Processo Civil em seu art. 267, §3º, Teoria da Exposição ou Apresentação, o juiz conhecerá das condições da ação em qualquer tempo e grau de jurisdição e não somente pelas afirmações feitas pelo autor na petição inicial, mas inclusive podendo usar meios probatórios para se chegar a uma conclusão. Logo se constatando a inexistência de uma das condições da ação o processo será extinto sem julgamento de mérito, de acordo com art. 267, VI do CPC, não fazendo coisa julgada material e sim formal.

Por outro lado, há um número cada vez maior de adeptos sustentando que o momento para verificar as condições da ação é na análise dos fatos narrados na petição inicial, ou seja, presumem-se como verdadeiras as assertivas lançadas na inicial pelo autor .O momento de verificação das condições da ação dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial independente de dilação probatória. Esse é o posicionamento da Teoria da Asserção ou Adstrição ou ainda Prospectação, na qual as condições da ação são aferidas *in status assertionis*. Desta forma, em sendo verificada a inexistência de uma das condições da ação posteriormente ao ajuizamento da demanda a mesma será julgada improcedente fazendo assim coisa julgada material de acordo com art.269, I do CPC.

Sob os aspectos retrocitados, constato que o objetivo daqueles que defendem a aplicação da teoria pura da Asserção, tem como objetivo a extinção do processo com a resolução do mérito, talvez pelo receio de que a análise das condições da ação no início da demanda, sem resolução de mérito, poderá ocasionar uma repetição da mesma em juízo, provocando destarte, um entrave à boa prestação jurisdicional, posição por mim adotada, vez que o que se busca é uma efetividade na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 15ª Câmara Cível-Agravo de Instrumento 0023877-13.2013.8.19.0000. Relator-José Carlos Paes. Disponível em :<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mg?mgwlpn=consulta&LAB=XJRPxWEB&potal=1&PGM=&WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&job=4723&PROCESSO=201300209631>>. Acesso em: 10 de junho de 2013.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 0013731.19.2013.8.19.0000. Relator-José Carlos Paes. Disponível em:<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=consulta&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=4723&PROCESSO=201300209631>>. Acesso: 10 jun. 2013.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. T2. Resp.1358754RJ.Recurso Especial 2012/0250733-0. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudência/doc.jsp?livre=processo+civil+teoria+asser%E7%E30&&b=ACORP=TRUE&T=&i=10&I=10&I=2>>. Acesso 10 jun. 2013.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. T4. Resp 10643RS. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0067653-7. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudência/doc.jsp?livre=processo+civil+teoria+asser%E7%E30&&b=ACORP=TRUE&T=&10I=2>>. Acesso 10 jun. 2013 .
- BRASIL. Código de Processo Civil 18 ed.rev., ampl. e atual., 2013
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do processo de Conhecimento*. Vol. I 12. ed. Bahia: Editora Podivm, 2010.
- EDWARD, Carlyle Silva. *Direito Processual Civil*. Niterói: Impetus, 2008.
- GOMES, Magno Federici ; SILVA, Henrique Medeiros. *Condições da Ação e Resolução de Mérito no Processo Civil*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Vol. I 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- LIEMANN, Enrico Tullio. *Manual do Direito Processual Civil*. Tradução Cândido Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.I, 1985.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 5.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais,v.I,2000.