



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A permanência das condições da ação no novo Código de Processo Civil e
a Teoria da Asserção segundo o referido estatuto

Julia Ribeiro Fernandes Santos

Rio de Janeiro
2016

JULIA RIBEIRO FERNANDES SANTOS

**A permanência das condições da ação no novo Código de Processo Civil e
a Teoria da Asserção segundo o referido estatuto**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro
2016

A PERMANÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TEORIA DA ASSERÇÃO SEGUNDO O REFERIDO ESTATUTO.

Julia Ribeiro Fernandes Santos

Advogada. Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo abordar os reflexos das alterações nas das condições da ação e os seus desdobramentos no âmbito do Direito Processual Civil, como também a prevalência da aplicabilidade da Teoria da Asserção no novo Código de Processo Civil. O capítulo primeiro aborda a origem e evolução do direito de Ação. Em sequência, aborda-se a questão dos componentes estruturais das Condições da Ação, detalhando os requisitos relevantes para sua existência, nos planos formal e material. O capítulo terceiro trata dos reflexos do novo *Codex*, com relevância quanto ao instituto da Ação e de suas Condições. Em epílogo, o último ponto traz à baila as considerações finais do artigo científico, concluído a análise dos institutos abordados.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Condições da Ação. Origem. Evolução. Desdobramentos no novo Código de Processo Civil.

Sumário: Introdução. 1. Origem e Evolução. 2. Componentes Estruturais das Condições da Ação. 3. Os reflexos do novo Código de Processo Civil no instituto da Ação e de suas Condições. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Estes são tempos de mudança na seara do direito brasileiro, tendo em vista que as casas legislativas, em conjunto com os pensadores jurídicos, produziram um novo diploma de regência do direito processual civil, a partir de novos paradigmas, mas também levando em conta a evolução da legislação e da jurisprudência ao longo dos anos. Desta forma, o presente trabalho tem por fito abordar algumas das alterações promovidas pelo novo código de processo civil, em especial quanto às condições da ação e à aplicabilidade da teoria da asserção no julgamento das lides.

Primeiramente, há de se discorrer sobre o direito de ação, sua origem histórica, a doutrina de Enrico Tullio Liebman e sua adoção pelo direito processual brasileiro, consagrada no código de processo civil de 1973, materializada por três vieses: a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

Em um segundo momento, deve-se delinear o cronograma evolutivo do instituto das condições da ação, sob a égide da legislação processual pátria de 1973, sempre levando em conta a doutrina acima referida, que proporcionou a formulação do entendimento acerca do instituto e manteve os três elementos acima elencados até o advento do *novel Codex*, incumbindo a este artigo traçar o paralelo demonstrativo - comparativo entre ambos.

Ademais, segue-se com as hipóteses e cabimento da temática, sob a ótica da legislação de 1973 e de 2015, tendo em vista que diante da promulgação do novo código de processo civil, as três unidades processuais que compunham anteriormente o instituto se apresentam agora como a legitimidade e o interesse de agir.

As inovações trazidas pelo novo código de processo civil no que tange à aplicação da teoria da asserção, como sendo uma técnica afirmativa, levam ao entendimento de que tal teoria não deve mais ser aplicada de forma delimitada, mas sim extensiva aos outros institutos do Direito processual civil pátrio, tendo se como questão norteadora a apuração desta questão, assim como dos reflexos da Lei n.º 13.105/ 15 sobre as condições da ação.

Assim, o presente artigo científico tem por escopo demonstrar a historicidade da temática abordada, como também sua evolução durante o período de vigência da legislação editada em 1973 e, por fim, abordar sua transição para o novo diploma, que traz relevantes alterações na utilização do instituto e da técnica a ele atrelada, dando origem a novos desdobramentos com efeitos os mais diversos no mundo jurídico.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO

O *ius agendi* nasce na antiguidade, sob a ótica de romanos e de gregos, que o pregavam como pilar da democracia. O direito de ação existia quando o indivíduo que havia sido alvo de uma lesão em sua seara jurídica buscava restabelecer o *status quo ante* de seu direito lesionado¹. Trata-se, portanto, do direito de o indivíduo buscar, perante o Estado juiz, uma solução para o deslinde da questão, o equilíbrio entre a lesão e o direito propriamente dito, material ou moral, cujo âmago fora atingido, de forma intrínseca ou extrínseca².

Durante as diversas etapas evolutivas desse instituto, surgiram teorias que o desenvolveram, com permanente preocupação com o princípio da segurança jurídica e em manter intactas as garantias constitucionais em voga³. Em uma visão mais moderna, chegamos ao que se pode chamar de constitucionalização do direito processual civil, com maiores chances de aplicação no mundo jurídico.

Destacaram-se, ao longo do tempo, cinco teorias que tratam do direito de ação, a seguir explicitadas, a partir das quais podemos vislumbrar a evolução do referido instituto. Primeira delas foi a teoria imanentista, cujas origens remontam ao direito romano. Extremamente rigorosa, nega peremptoriamente a existência de um direito processual autônomo e sustenta que a ação se faz pelo próprio direito material em movimento. De acordo com esse pensamento, o direito material era, de ordinário, estático, mas, quando afrontado, sairia da inércia em que se encontrava e realizaria o movimento em busca da reparação, por meio do retorno ao *status quo ante*, desenvolvendo, no seu deslocamento, a ação⁴.

¹TRAVAIN, Victor Ribeiro. *Estudo acerca da ação no processo civil: teorias e condições*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/828/showToc>>. Acesso em: 20 out. 2015.

²GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86.

³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 513.

⁴TRAVAIN, op.cit.

Gonçalves⁵, processualista contemporâneo, conceitua da seguinte forma:

Em fase mais antiga, quando o processo ainda não mais tinha adquirido plena autonomia do direito material, dizia –se que a ação era o próprio direito material em movimento. As teorias imanentistas confundiam – na com o próprio direito material cujo reconhecimento se postulava.

Também, conhecida no mundo jurídico como teoria civilista, não obteve êxito no seu percurso jurisdicional, e hoje sequer os mais renomados civilistas dela se valem, como Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald que explicitamente a rejeitaram. Para eles, não se deveria falar em separação, já que os institutos são distintos. O processo civil trata do procedimento, de etapas e de formas, as quais o direito material, como por exemplo o direito civil, deve seguir para, ao final, existir uma análise de mérito em relação ao caso demandado e apresentado ao Estado juiz. Eis suas palavras: “O processo é um instrumento que objetiva conceder efetividade ao direito material que, substancialmente, brota das relações privadas e das normas do código Civil. Trata-se de uma técnica que se desloca a serviço de uma ética”.⁶

Pode se averiguar que o objetivo principal dos adversários desta teoria é o de esclarecer que, independentemente de qualquer coisa, o direito material e o direito processual não devem ser tratados com unicidade, pois são autônomos, diferentes entre si e independentes. Deslocam se paralelamente, contudo influenciam e direcionam o caminho que cada qual transcorre, visando garantir o êxito na busca da satisfação da reparação do ato lesivo.

Em um segundo plano, apresenta se a teoria concretista, e, mesmo já tendo sido superada, é importante assinalar que foi a primeira a separar o direito processual do direito material. De acordo com a teoria concretista, embora a ação dependa completamente do direito material para sua existência, este não pode ser confundido com o direito processual.

⁵GONÇALVES, op.cit., p. 86.

⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit., p. 513.

À época, Chiovenda⁷ foi um de seus defensores ferrenhos. Em sua narrativa, disserta sobre a necessidade da separação dos dois institutos, como se vê a seguir:

Na maior parte das vezes, a ação se origina do fato de que aquele que deveria conforma-se com uma vontade concreta da lei, que nos assegura um bem da vida, a transgrediu; daí procuramos a atuação dela independentemente da vontade do devedor. Mesmo nesses casos a ação se desprende do outro direito subjetivo (real ou pessoal) oriundo daquela vontade de lei; são distintos os dois direitos, conquanto possam coordenar-se a um idêntico interesse econômico, têm vida e condições diferentes e conteúdo profundamente diverso.

A natureza jurídica do direito de ação era explicada da seguinte forma: a separação do direito processual e do direito material tinha que existir para que o indivíduo cujo direito tivesse sido violado pudesse buscar a reparação, instrumentalizada na ação. O direito material seria então exercido ao fim do processo, momento em que haveria uma sentença.

Para essa teoria, o sujeito da ação, o postulante que intenta o processo e percorre todas as etapas processuais, caso, ao final, recebesse uma sentença de improcedência, não adentraria no exercício do seu direito de ação.

De uma insanidade sem medida, haja vista que o direito de ação, alicerce da existência das condições da ação, jamais poderia atrelar o seu exercício como um direito potestativo ao resultado final da demanda, ferindo o princípio do acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A insegurança jurídica promovida pela aplicação desta teoria demonstra-se tamanha, até porque, o agente pode receber do juízo uma decisão terminativa ou definitiva de demérito, tendo nos autos provas que corroboram com a narrativa de seu ataque ou defesa de um direito que lhe esta sendo corrompido.

Mesmo com o intuito de observar o direito material e processual cada qual em sua unidade, não se teve sucesso, porque suas apresentações faziam com que existisse dependência e não interdependência entre eles.

Humberto Theodoro Júnior⁸ tece comentários sobre o tema:

⁷CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, p. 42-43.

Para os defensores da ação como um direito concreto à tutela jurisdicional, este direito público subjetivo, embora diverso do direito material lesado, só existe quando também existia o próprio direito material a tutelar. A ação seria, então, o direito à sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material.

Não se encontra na contemporaneidade adeptos desta teoria, nem grandes repercussões na esfera jurídica sobre sua aplicação a casos concretos, pela ausência de respostas às dificuldades apresentadas pela sociedade na violação de seus direitos.

Em terceiro lugar, a teoria abstrata ou abstrativista pura, que aparece no intuito de preencher as lacunas existentes pela ausência de respostas oferecidas teoria concretista. Desenvolveram-na com o intuito de equacionar a questão, mantendo a separação entre os direitos e, inclusive, indo além, demonstrando que o direito de ação além de autônomo se faz totalmente independente do direito material, ou seja, existe sem o outro.

No sentido de defesa da teoria citada, Luiz Guilherme Marinoni⁹ explana:

Degenkolb argumenta que é necessário construir uma base teórica para a ação favorável a para a ação desfavorável. Diz que, em face de qualquer conflito, um dos litigantes tem o poder de levar o outro para diante do juiz e, assim, que o réu tem obrigação de participar do processo. O que obriga o réu a participar do processo é o direito de agir, que nada tem haver com o direito material.

Diante do seu surgimento, em pouco tempo, as lacunas estariam sendo completadas, de maneira inteligente e criativa na visão de alguns doutrinadores, uma vez que o direito de ação estaria desvinculado da procedência ou improcedência do direito material a ser proferida pelo juízo, e estaria, assim, configurado com o simples direito de acesso do agente à máquina judiciária, e, ainda, não se confundindo com o direito de petição, que se é tão somente o de protocolar uma peça, sem que haja qualquer ligação com o direito material, que pode inexistir.

Como muito bem explicam Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰:

Segundo esta linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa e haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta acolhe sem que exista na

⁸THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57.

⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 165.

¹⁰CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 252.

realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione num interesse seu, protegido em abstrato pelo direito.

Entretanto, por mais que tenha sido muito melhor aceita do que as que lhe antecederam na doutrina processualista, foi cruel em dizer que o simples fato de o agente adentrar a máquina do judiciário não lhe garante a condição de legitimado para a utilização da via judicial no caso concreto.

Disso, surgem os primeiros indícios da necessidade de que prévios requisitos, que deveriam ser constituídos para que o direito de ação fosse realmente valorizado e utilizado na proporção certa, deve se, por assim dizer que tal, condições legitimadoras para o exercício da ação, fato é que tal instrumento identifica com mais precisão do que a forma abstrata e indeterminada que se demonstrava a época.

A quarta teoria denomina-se teoria eclética ou abstrativista eclética, que através de uma longa jornada de evolução processualista, destaca-se como a teoria que melhor define a natureza jurídica da ação. Não obstante as falhas apresentadas pelas outras três teorias, as impossibilitando de serem adotadas pela legislação real ¹¹.

Em função justamente das diversas críticas aos estudos anteriores é que o doutrinador Enrico Tullio Liebman dedicou se ao desenvolvimento da teoria eclética da ação, assim como a teoria abstrata. Não considerava que a natureza jurídica do instituto deveria ser analisada sob a ótica da improcedência ou procedência dos pedidos apresentados ao juízo. Destarte, definiu condições para que o direito de ação fosse exercido plenamente e sem amarras. ¹²

¹¹ TRAVAIN, Victor Ribeiro. *Estudo acerca da ação no Processo Civil: teorias e condições*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/828/showToc>>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹² TRAVAIN, op.cit.

Vale salientar que Libeman desconsiderava o resultado da ação como pré-requisito para que pudesse ser intentada. Nas palavras de Alexandre de Freitas Câmara¹³ “[...] e sendo também conhecida como abstrativista eclética, pela separação do direito material do processual e Eclética, pois difere da pura apresentando condições para que se configure ação”.

A partir do dissertado, até agora, verifica-se que o estudo de Liebman envereda-se na direção de que para ter exercido o direito de ação, faz-se necessário que as etapas processuais sejam cumpridas integralmente em seu desenvolvimento, atingindo-se, ao fim, uma solução de mérito.

Caso inexista alguma das condições da ação determinadas no estudo de Libeman, quais sejam, a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, condiciona-se o magistrado a solucionar o conflito com ou sem análise de mérito. Por assim dizer, na ausência delas o juiz deixa de adentrar ao mérito, pelo fenômeno da carência da ação, que incorre na extinção da demanda sem resolução do mérito, por falta de determinantes legais que em unidade propiciam o movimento do direito de ação.

Apresenta-se em quinta posição a teoria da asserção que vem obtendo cada vez mais seguidores e espaço na seara jurídica brasileira, por mais que ainda haja grande acolhimento à teoria eclética. Tem por escopo relativizar a análise das condições da ação, tornando-a menos engessada e obsoleta, trazendo mais leveza e modernidade, e, de certa forma, tentando uma aproximação com os movimentos da sociedade, que cada vez mais mostra-se cosmopolita e sem barreiras.

De acordo com a teoria da asserção ou teoria *dellaprospettazione*, o direito de ação em sentido lato é avalizado e aplicado em sentido estrito em que cumulativamente, três

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2006, p. 116-117.

requisitos têm que estar presentes para que o abstrato torne-se real e possível, sendo estes a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir¹⁴.

No primeiro contato do juiz com a peça inaugural, verifica-se a existência ou ausência de algumas dessas condições. Caso alguma das condições não esteja presente, deve ser indeferida a pretensão.

De outro bordo, se presentes os requisitos condicionantes para existência do direito de ação, sob a ótica do magistrado, que possui diligência na sua atividade em vislumbrá-los na exordial, fica o mesmo obrigado a dar prosseguimento ao feito, que somente poderá ser extinto com a apreciação do mérito no procedimento em questão. Não cabe produção de provas acerca da ocorrência das condições da ação de acordo com a teoria da asserção. Neste sentido, corrobora Didier Jr.¹⁵ em sua dissertação:

A verificação do preenchimento das condições da ação dispensaria a produção de provas em juízo; não há necessidade de provar a “legitimidade *ad causam*” ou o “interesse de agir”, por exemplo. Não é preciso produzir uma perícia para averiguar se há ou não “possibilidade jurídica do pedido”. Essa verificação seria feita apenas a partir da alegação do demandante. Se tomadas, as afirmações como verdadeiras, as condições da ação estiverem presentes, esta decidida esta parte da admissibilidade do processo; futura demonstração de que não há “legitimidade *ad causam*” seria problema de mérito.

Diante das cinco teorias, pode-se observar que o código de 1973 adotou a teoria de Enrico Tullio Liebman, que se encontra bem enraizada e forte até o momento atual. Contudo, como dito acima, a teoria da asserção vem ganhando espaço e força. Embora a legislação autorize a sua aplicação a qualquer tempo, conforme o artigo 267, § 3º do código de processo civil ainda de 1973, muitos doutrinadores ainda defendem o entendimento de que sua utilização deve ser limitada a alguns casos concretos.

2. COMPONENTES ESTRUTURAIS DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

¹⁴ LIEBMAN, EnricoTullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 147.

¹⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 214.

Nesse tópico, aborda-se de forma minuciosa os componentes da ação à luz do código de processo civil de 1973, com o intuito de comparação aos institutos previstos no novo código de processo civil, de modo a identificar sua permanência ou não no novo diploma e eventuais alterações das características dos componentes estruturais da ação.

Em primeiro lugar, acomete-se sobre a questão da possibilidade jurídica do pedido. Deve-se entender como juridicamente possível um pedido não vedado pelo ordenamento jurídico. E, sobre a primeira movimentação da ação, que se faz por meio de despacho do magistrado, na forma do *cite-se*, tem se a direção do doutrinador Marcelo Abelha Rodrigues¹⁶ “[...] o despacho corresponde ao pronunciamento judicial desprovido de qualquer grau intelectual, sem qualquer grau de análise, porque destinado apenas ao impulso do processo, e, por isso considera-se inapto a causar prejuízo às partes [...]”.

Em abstrato, caso o ordenamento jurídico não vede de forma expressa o pedido formulado na exordial, este deve ser entendido como juridicamente possível. A ausência de tipicidade específica do pedido do agente em legislações infraconstitucionais não o impede de perseguir a reparação de eventual dano em concreto.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁷ elucidam que a possibilidade jurídica deve sim compor não só o pedido, como também a causa de pedir, uma vez que todas as condições da ação precisam ser analisadas para que não haja a aceitação de pedidos estapafúrdios.

Nesse sentido, Enrico Tulio Liebman¹⁸ também afirmou que a possibilidade jurídica do pedido estaria contida no interesse de agir, embora em seu *Manuale di diritto processuale*

¹⁶FREITAS, Petruska Canal; HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. *Litispêndência e coisa julgada como requisitos negativos ao interesse de agir e as modificações do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/4N2XhPs9AGTFDLPC.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹⁷ NERY Jr. e NERY *apud* TRAVAIN.

¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

civile o tivesse negado de maneira feroz, fatos posteriores vivenciados pelo doutrinador o levaram a alterar seu pensamento.

Em segundo plano tem-se o interesse de agir, em relação ao qual existe uma dicotomia, que o aborda sob o aspecto dos interesses material e processual. O primeiro decorre de uma relação jurídica substancial estabelecida com outrem. Já o interesse de agir processual se identifica pela presença do binômio necessidade-utilidade da prestação jurisdicional.

Após esse breve esclarecimento, retoma-se a direção quanto ao interesse de agir. A doutrina majoritária costuma analisá-lo a partir da verificação da presença do binômio necessidade e adequação, de acordo com o qual o agente só teria como alcançar sucesso em sua pretensão judicial se o objeto estiver envolto pelas condições da ação, que retrata a necessidade de fazer com que o Estado-Juiz se manifeste sobre a questão, devendo o indivíduo utilizar-se da via mais adequada na busca da reparação do dano suportado, conforme lição de Marcelo Abelha Rodrigues¹⁹:

A técnica processual adequada corresponde, na verdade, ao ônus que possui o jurisdicionado de se valer das ferramentas processuais adequadas (processo, procedimento e provimento) criadas e previstas pelo legislador processual para a hipótese reclamada.

Aproveitando se do esclarecimento do ilustre autor, a inadequação ocorre por um fenômeno processual, enquanto a ausência de necessidade se faz por indícios de cognição para a materialização do conflito de interesse. E ainda ratifica:

Enquanto a necessidade põe o juiz em contato o direito material, a adequação o põe em contato com o direito processual qual seja o uso adequado das regras de processo estabelecidas pelo legislador. Isso tem repercussão na decisão proferida pelo magistrado e conduz, na verdade, à dissociação entre esses dois aspectos do interesse, para colocara certificação da necessidade da tutela dentro de aspectos atrelados ao mérito e a verificação da adequação da tutela dentro dos pressupostos do processo.²⁰

Nesse espírito apresenta-se a legitimidade das partes. Legitimadas são aquelas que vieram a sofrer os efeitos da violação do seu direito. Legitimado é o agente quando for

¹⁹ RODRIGUES *apud* FREITAS, Petruska Canal; HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes, *op.cit.*

²⁰ LIEBMAN, *op.cit.*, 2005, p. 208.

possível verificar sua investidura no pólo ativo da demanda, podendo utilizar-se da teoria da asserção como técnica de averiguação da titularidade quanto à propositura da ação em relação àquele que o violado considera como *ex adverso*, estabelecida no primeiro plano em linha reta, já que a triangulação somente ocorrerá se o sofrido concretizar sua pretensão, instrumentalizando a ação em procedimento processual.

Vale também dizer, por breve explanação, que a doutrina subdivide este componente da ação em quatro espécies que se apresentam como legitimidades: ordinária ou *ad causam*, exclusiva, concorrente e extraordinária.

A primeira legitimidade é atribuída a alguém para atuar no contraditório de determinado litígio, que não é parte no processo, mas apenas representa quem tem o direito. A segunda legitimidade atribuída pela lei legitima um único sujeito, que em regra representa o próprio direito de que é titular. A terceira legitimidade existe quando a legislação atribui a mais de um sujeito o seu exercício, também conhecida como colegitimação ou legitimação disjuntiva. Por fim, a quarta legitimidade, em que não há confusão de personagens quanto a quem tem a titularidade do exercício do direito e quanto a quem o representará, só podendo ser feito com autorização legal.²¹

Os componentes estruturais da ação supracitados atuam diretamente na análise da existência ou não do mérito e como não podendo ser diferente merecem total atenção quando o Estado Juiz utiliza-se da técnica da teoria da asserção para tal julgamento preliminar que incorrerá de plano no julgamento do feito sem a resolução de mérito, atitude de extremas conseqüências aos litigantes que se encontram imbuídos de obter do Estado juiz a prestação jurisdicional que proporcione de fato uma resolução e não um descarte para atingir a metas determinadas por órgãos reguladores como o Conselho Nacional de Justiça.

²¹ FREITAS, Petruska Canal; HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes, op.cit.

3. OS REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO INSTITUTO DA AÇÃO E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Não se pode tratar dos reflexos do novo código de processo civil no instituto da ação e das condições da ação sem antes realizar o cotejo sobre o instituto da jurisdição, que proporcionará uma base sólida ao entendimento dos reflexos advindos com o novo código de processo civil ao analisar a ação e as condições da ação.

E como muito bem-dito pelo ilustre processualista Câmara²², jurisdição é:

Uma das três funções classicamente atribuídas ao Estado, ao lado da função legislativa e da administrativa. É função estatal por definição e, portanto, não se pode aceitar a tese da natureza jurisdicional de outros mecanismos de resolução de conflitos, como é o caso da arbitragem. Equivalentes da jurisdição não tem natureza verdadeiramente jurisdicional. Só pode ser jurisdição o que provenha do Estado.

A seguir enfrenta-se a questão da jurisdição, tendo em vista que muitos operadores do mundo jurídico não distinguem com clareza e insurgem na confusão entre institutos que são limítrofes à jurisdição, mas que não são jurisdição. Em primeiro lugar, jurisdição não é uma diretriz estatal que busca a composição de lides, até porque nem sempre se busca o poder Judiciário com o viés de solucionar lides.

O certame não se configura o elemento essencial à jurisdição, não obstante ser um elemento accidental. Isto quer dizer que ao processo de conhecimento ou de execução existirá uma lide que pode ser colocada como subjacente ao real motivo da discordância e não sendo o ponto central conflitante, essência de tudo é que insurgirá como meio de atração a existência da jurisdição que pode existir sem lide.

Tampouco se pode definir jurisdição como uma função estatal de atuação da vontade refletida no ordenamento jurídico, até porque, a lei é meio de dizer o direito abstratamente. As regras estão colocadas à disposição da sociedade, para que toda a coletividade possa distinguir entre o errôneo e o certo, e não a verdade universal da vontade do legislador. O poder

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

Legislativo é o reflexo da vontade daqueles que compõem o Estado Democrático de Direito, o povo.

Nos parágrafos anteriores tratou-se do que não pode ser visto e nem lido como jurisdição. Adiante segue a maneira pela qual os operadores do direito devem interpretar o referido instituto e se utilizando das palavras de Câmara²³:

È a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta. Trata se, como dito, de uma função estatal, exercida diante de causas, isto é de casos concretos. O Judiciário não julga teses, julga causas. E o ato jurisdicional que dá solução à causa precisa ser construído através do processo, entendido como procedimento em contraditório. A jurisdição é em outros termos, a “*jurisconstrução*” (perdoe-e o neologismo) de um resultado juridicamente correto para a causa submetida ao processo. E o resultado precisa ser juridicamente legítimo.

Insta salientar, a jurisdição apresenta três importantes características que são: inércia, substitutividade e natureza declaratória.²⁴ A inércia da jurisdição decorre da exigência legal de que o Estado tem que exercer a função jurisdicional por meio de provocação, salvo os casos em que a legislação expressamente permite que o Estado juiz exerça a sua atividade jurisdicional de ofício.

A substitutividade é vista como atuação da jurisdição no exercício do poder-dever do Estado, em razão da vedação da autotutela no ordenamento jurídico brasileiro. Não há autorização para que cada indivíduo atue com as próprias mãos no intuito de praticar atos que levem à satisfação de seus apazimentos, sem a presença do Estado juiz.

E, por último, mas não menos importante, a natureza declaratória, essência do instituto que demonstra que o Estado não pode criar direitos subjetivos, daí a importância da existência e materialidade da jurisdição, limitando o Estado a tão somente reconhecer o direito preexistente.²⁵

²³ Ibid.

²⁴ Ibid., p. 32-33.

²⁵ Ibid., p. 30-33.

Por fim, relevante explicar, que a jurisdição se dispõe em duas estruturas, quais sejam, voluntária e contenciosa.²⁶ A primeira é tratada como atividade de natureza jurisdicional (jurisdição *stricto sensu*), de atuação em processos cujo objeto é uma pretensão à integração de um negócio jurídico válido e eficaz aprovado judicialmente.

A segunda, também conhecida como jurisdição não voluntária, é a pretensão veiculada entre as partes que configurarão o processo a ser instaurado como contencioso, já que o negócio jurídico celebrado entre os pólos ativo e passivo apresentou-se como um contrassenso, logo não podendo caracterizar-se como uma jurisdição voluntária.²⁷

Depois de retratar o instituto da jurisdição, suas características e a separação procedimental em voluntária e contenciosa, adentra-se nas inovações trazidas pelo novo código de processo civil sob a ação e suas condições. O diploma traz consigo considerações importantes a serem expostas diante da evolução do desígnio da jurisdição, alcançando a plenitude da ação e das suas condições, bem como o fenômeno de movimentação da estrutura do Poder Judiciário, como ilustra o doutrinador Câmara²⁸:

Sendo inerte a jurisdição, impende examinar o fenômeno que permite a movimentação do aparelho do judiciário. E este o fenômeno é tradicionalmente chamado de ação (sendo conhecidas com o mesmo sentido, expressões como “direito de ação”, “poder de ação” ou “direito de agir”, entre outras semelhantes).

Utilizando se o nome de ação ao direito, em sentido *lato sensu* pode ter a sua análise numa direção ampla da qual designa se uma vantagem que uma parte terá sobre a outra que quando configurar a demanda na instrumentalidade do processo e assegurando a todos os indivíduos a atuação em juízo com a diretriz de que o convencimento do Estado juiz seja favorável a quem melhor buscou convencer o magistrado.^{29 30}

²⁶Ibid., p. 33.

²⁷ Ibid.

²⁸Ibid., p. 34.

²⁹FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*: ensaios sobre direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.

³⁰DIDIER Jr., Fredie. *Será o fim da categoria “condição da ação”?* Um elogio ao projeto do novo CPC. Disponível em: < <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Condições-da-ação-e-o-projeto-de-novo-CPC.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

Mesmo que a parte, aos olhos dos processualistas civis, esteja ela em posição de desvantagem, vista tecnicamente como réu, pode exercer uma conduta proativa ao longo do procedimento, visando demonstrar que o autor não tem a real vantagem no exercício do seu direito preexistente abstratamente, que, na realidade, cabe àquele que no fim da demanda sairá obtendo sentença favorável e a sua tutela jurisdicional salvaguardada.³¹

Ocorre o surgimento de uma linha bastante tênue entre a ação e o processo, porque o direito de ação tem seu exercício no processo, no qual verifica-se a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, modo pelo qual as partes, independentemente da posição em que estejam alocadas na demanda, como sendo ativa ou passiva, têm o direito de agir, de participar e influir na decisão ou sentença declaratória, proferida pelo juízo.

A visão supracitada contraria a narrativa de uma linhagem de doutrinadores minoritários, que defendem que a ação deve ser compreendida como uma espécie de “direito de dar início ao processo”, o que teria o seu esgotamento com o protocolo na distribuição da exordial.³²

Seguindo o pensamento majoritário, corrobora se com os ditames do ilustríssimo doutrinador Câmara³³:

Em verdade, o direito de ação é exercido por ambas as partes e ao longo de todo o processo. Sempre que alguém atua no processo ocupando uma posição ativa, buscando influenciar na formação do seu resultado, estar-se-à diante de um ato de exercício do direito de ação.

(...)

Exerce-se o direito de ação ao longo de todo o processo, através de prática de atos (como produzir prova ou interpor recurso) destinados a influir na formação do resultado do processo, buscando influir na construção de um resultado favorável ao que tenha praticado.

A importância do direito de ação não pode ser limitada ao âmbito processualista.

Vale dizer que esse direito deve ser também visto como garantia constitucional de acesso ao

³¹CÂMARA, op.cit., 2015, p. 34.

³²Ibid., p. 34.

³³Ibid., p. 35.

judiciário, como retrata o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A previsão constitucional da ação, que se perfaz com a materialização do direito de ação, que fortifica o instituto e as suas condições, as quais devem ser aplicadas em todos os âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro, por compor a teoria do geral do processo, que serve de base a todas as direções jurídicas.

Não se pode excluir de quem quer que seja o direito de acesso ao poder Judiciário na busca da tutela jurisdicional, propiciando ao fim do processo uma solução jurisdicional justa, com a formação da coisa julgada positiva àquele que explanou de melhor forma seus argumentos, dotada de imutabilidade.

A nova diretriz trazida pelo *novel codex* de processo civil incide diretamente sobre os requisitos essenciais da estruturação da ação e de suas condições. Antes, taxativamente apresentava-se em três requisitos e com o advento do novo código são apresentados dois requisitos, sendo eles a legitimidade e o interesse.

O novo diploma promoveu no mundo jurídico brasileiro um enorme burburinho e o surgimento de uma enorme indagação, que gerou desdobramentos de polêmica e diz respeito à permanência ou não, tanto quanto a existência ou não, da possibilidade jurídica do pedido no novo código de processo civil, que, em sua análise positivista e categórica da lei, tem se a observância de que a majoritária doutrina entendeu que tal requisito foi absorvido pelos dois outros, que coexistem.

Eis as palavras de Câmara³⁴: “O exercício do direito de ação será regular se preenchidos dois requisitos, tradicionalmente conhecidos como “condições da ação”: legitimidade e interesse (art.17)”.

³⁴Ibid.

A legitimidade é aptidão para ocupar, em um certo caso concreto, uma posição processual.³⁵ Esse requisito não está cerceado só sob a ótica do direito de demandar, de outro bordo alguns doutrinadores processualistas costumam se referir a legitimidade de agir, como sendo conduta a qual o agente pratica quaisquer ato no exercício do direito de ação.

Exige-se legitimidade do agente para qualquer ato processual e, sendo desta forma, o ato deve esta circulado de validade, eficácia e existência jurídica. Sua ausência incorre em considerar o ato inadmissível, levando, por consequência, à extinção do feito sem resolução de mérito caso a inicial já tenha sido distribuída. Além da legitimidade, o regular exercício do direito de ação exige a presença de outro requisito, qual seja, o *interesse*, que pode ser definido como a utilidade da tutela jurisdicional postulada.³⁶

Isto quer dizer que o ato de estar em juízo e de movimentar a máquina do poder Judiciário tem que se dar quando se está em busca de um resultado útil. A prática no exercício do direito de agir utiliza-se dessa ferramenta para melhor posicionamento jurídico, tendo como consequência negativa que, caso ausente o interesse de agir, tem-se a extinção do procedimento sem resolução de mérito.

Constata-se a existência jurídica do interesse através da verificação de dois elementos quais sejam: necessidade da tutela jurisdicional, também conhecida como o binômio interesse-necessidade e a adequação da via processual também dito como interesse-adequação.

Entende-se como interesse-necessidade quando o agente quer utilizar se de seu direito material firmado independentemente da existência justificada do processo, o direito de per si está constituído na seara abstrata subjetiva do lesionado. Ademais o usar da via processual adequada na elaboração de um resultado postulado positivo ou ao menos satisfatório deve ser seguido por uma solenidade procedimental determinada na legislação.

³⁵Ibid.

³⁶Ibid., p. 36.

O novo código de processo civil alterou em parte a nomenclatura da então teoria da asserção. Com a vigência do novo *codex*, a teoria da asserção, torna se técnica de averiguação da existência cumulativamente das condições da ação, no direito de ação, ora postulado e conseqüentemente materializado na forma de procedimento processual.

Esclarecida e superada a questão sobre a alteração de nomenclatura e visão quanto aplicabilidade da asserção, a técnica significa vislumbrar a afirmação de que os fatos narrados na inicial coadunam com veracidade sem que haja a necessidade de prospecção deve se seguir com as próximas etapas processuais, eis que a análise do juízo deve ser feita por via do *in statu assertionis*.³⁷

Talentosamente aludido pelo doutrinador Câmara³⁸ que:

Consiste a técnica no seguinte: ao receber a petição inicial, o juiz se deparará com uma série de alegações ali deduzidas as quais não sabe ele (com a única ressalva dos fatos notórios) se são ou não verdadeiras. Vale, aqui, observar que o juiz – sempre ressalvados os fatos notórios, que são de conhecimento geral da sociedade, e isto evidentemente inclui o juiz- não pode ter conhecimento privado acerca dos fatos da causa que terá de apreciar.

Concluído o primeiro passo da técnica pelo magistrado, seu próximo é chegar à segunda etapa que é estabelecer o juízo hipotético das alegações apresentadas pelo agente ao Estado juiz. Até porque é dessa forma que a técnica se aplica ao caso concreto, utiliza se da suposição e da presença ou não de todos os elementos que constituem a ação e as suas condições para determinar se o julgamento adentrar o mérito ou não.

O novo código de processo civil estabiliza uma divergência muito salutar que existia no código de processo civil de 1973, qual seja o tempo processual a ser usado pelo magistrado para aproveitar se da teoria, hoje técnica de asserção no caso concreto, tendo chegando a ultimação de que a qualquer tempo o juízo pode usar da técnica de asserção disponível tanto ao *a quo* quanto *ad quem*.

³⁷ Ibid., p. 37.

³⁸ Ibid., p. 37-38.

A flexibilidade do tempo processual da utilização da técnica incorre diretamente sob o mérito ou não da questão apresentada ao Estado juiz, observar-se-à pelo juízo competente de análise, quando da aplicação desta feita, se este o fará no início ou durante o transcorrer do processo. Que ao ser decidido pelo magistrado proferirá a resolução do conflito por meio de sentença ou decisão declaratória dependendo da natureza jurídica de finitude que se aplique ao caso a ele apresentado.

Com a ausência do mérito, que se faz pela observância *ab initio* (ainda de preferência de doutrinadores mais conservadores) ou em caso de adentrar se em uma averiguação mais profunda, cumprindo solenemente as etapas processuais vislumbra se a procedência ou improcedência dos pedidos. A técnica hoje serve como direção para a forma de julgamento do caso concreto sem a existência de amarras e concretismos legislativos.

CONCLUSÃO

Ao desenvolver o presente trabalho tem-se por objetivo a demonstração do direito processual civil brasileiro e sua evolução, que em uma linha horizontal, proporciona ao coletivo uma maior aproximação para com os legisladores. Utilizando se bem mais dos costumes que se faz a base sólida do Estado democrático de direito com a promulgação de uma nova legislação processualista civil.

Em seu advento traz para o cotejo as modificações do instituto da ação e de suas referidas condições, bem como da aplicação das teorias que circundam o direito de ação de bastante significância no mundo jurídico.

Já que a materialização do direito de ação se faz diante da percepção da existência ou não do direito ferido a ser acautelado pelo Estado juiz. O princípio da celeridade processual demonstra a bem vinda linha tênue entre o direito constitucional e o processualista na medida em que a criação no novo *codex* consegue expor para a sociedade que os conjuntos jurídicos

possuem a obrigatoriedade de se completarem e que não se valoriza mais a tão pregada segregação jurídica.

O equilíbrio entre os ditames positivos que permaneceram da legislação antiga e os advieram com a nova lei proporcionam um Estado neoliberal mais valorizado em sua essência e maior desabrochar de sua imponência e importância.

Traz consigo o novo código uma nupérrima visão do direito, da forma que se pode pedir, como pedir e o mais importante se aqueles que estão pedindo possuem legitimidade em estar em juízo para tal pedido. Aplicando se a técnica da asserção que valoriza o direito *in natura*, o *start* de olhar para o direito de per si é o que realmente importa, não tendo mais a justificativa de movimentar a máquina judiciária que ainda se encontra insuflada de asneiras e aberrações jurídicas.

Não há intenção de tolher o direito de acesso a justiça, e nem por conseguinte o direito de ação que pertence a coletividade, existe unicamente por causa dela, e se faz presente a todos da sociedade. Com o novo código de processo Civil tem se novas estratégias e pensamentos renovadores para que a sociedade sinta se segura de ir de encontro ao Estado juiz quando algo em sua esfera jurídica abstrata é violada e atingida.

Conclui se que os novos desdobramentos do direito de ação e de suas condições advindas com a originalidade do novo *codex* utiliza se como norte a técnica da asserção por escopo a busca de um Estado juiz imparcial, acessível e primoroso no que diz respeito às garantias processuais e constitucionais descritas na abstratividade da vindima jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2006.

_____. *O Novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Será o fim da categoria “condição da ação”?* Um elogio ao projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Condições-da-ação-e-o-projeto-de-novo-CPC.pdf>>. Acesso em: 20 nov.2015.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa: ensaios sobre direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FREITAS, Petruska Canal;HENRIQUES,Catarina Gordiano Paes.*Litispêndência e coisa julgada como requisitos negativos ao interesse de agir e as modificações do novo Código de Processo Civil*. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, 24, 2015, Aracaju. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/4N2XhPs9AGTFDLPC.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *Manual de direito processual Civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 3. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRAVAIN, Victor Ribeiro. *Estudo acerca da ação no processo civil: teorias e condições*. revista eletrônica de direito processual, Rio de Janeiro, RJ, v. XVIII, n. 13, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/828/showToc>>. Acesso em: 20 out. 2015.