

# Conceito e teorias justificadoras do direito de ação: a teoria da asserção como teoria adotada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015

Kalinca Gonçalves Leite<sup>1</sup>

## Resumo

---

O presente artigo teve como escopo discorrer sobre as teorias justificadoras do direito e ação. Nesse sentido, salienta-se que durante muito tempo, o direito processual civil preocupou-se em conceituar o instituto “Ação”. Sob a influência da doutrina italiana, este tema foi o principal objeto de pesquisa dos processualistas na fase de afirmação do processo civil como ramo autônomo do Direito. Com efeito, a fim de conceituar o instituto da Ação de forma adequada, é sempre necessário analisar de forma minuciosa as teorias justificadoras do direito de ação, desde a doutrina civilista de Savigny, passando pelos defensores da teoria abstrata do direito de ação, pela teoria eclética de Liebman e, por fim, chegando-se a teoria da asserção, a qual parece ter sido adotada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras chave: ação, teorias justificadoras, teoria eclética, teoria da asserção.

## Introdução

---

Conforme explicita Didier (2010, p. 193), durante muito tempo, o direito processual civil preocupou-se em conceituar o instituto “Ação”. Sob a influência da doutrina italiana, este tema foi o principal objeto de pesquisa dos processualistas na fase de afirmação do processo civil como ramo autônomo do Direito.

Em primeiro lugar, salienta-se que a ação é a contrapartida natural da proibição da tutela privada, ou seja, foi o instrumento encontrado para que o particular pudesse se defender diante da impossibilidade de fazer “justiça com as próprias mãos”.

Segundo Dinamarco,

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe, pois, solucionar os conflitos e controvérsias surgidas na sociedade, de acordo

---

<sup>1</sup> Advogada, aluna na modalidade especial do mestrado em Direito e Justiça Social da Fundação Universidade do Rio Grande (FURG); Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande.

com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Mas a jurisdição é inerte e não pode ativar-se sem provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Assim fazendo, o sujeito do interesse estará exercendo um direito (ou, segundo parte da doutrina, um poder), que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional (2012, p. 279).

Nesse sentido, a ação pode ser conceituada como o direito ao exercício da atividade jurisdicional. Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez é exercida através do processo.

Entretanto, o conceito de ação aqui não se esgota. A palavra “ação” possui vários sentidos (no espectro jurídico). De acordo com Didier (2010, p. 193) a Ação pode ser vista como direito material em movimento/exercício; como direito autônomo em relação ao direito material; ou como exercício do direito abstrato de agir, a depender da teoria adotada.

Dessa forma, é possível compreender que o conceito de ação está intimamente ligado a sua natureza. Na identificação da natureza encontra-se o direito de ação. Para tanto, várias teorias foram desenvolvidas no ordenamento jurídico, até que uma teoria fosse aceita de forma convencional pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que sujeita a críticas.

Marinoni explica que todas as teorias “*foram tocadas pelas características do ordenamento jurídico, dos valores do Estado e da cultura em que foram concebidas*” (2010, p. 163).

Câmara afirma que o tema é “*dos mais polêmicos, se não o mais polêmico de toda a ciência processual [...]*” e “*não há (nem se vislumbra que haja) consenso doutrinário acerca do conceito de ação*” (2014, p. 119).

Vejam-se as principais teorias sobre o direito de ação, para que seja possível conceituar o instituto de forma adequada.

## 1. Teoria Civilista ou Imanentista

---

Na teoria civilista ou immanentista o direito de ação é visto como o próprio direito material em movimento. Há, portanto, confusão entre o direito de ação e o direito material.

Ela é chamada também de immanentista porque imanente ao direito material. A ação seria o direito que o titular de determinado direito teria de pedir em juízo exatamente aquilo que lhe era devido em função de normais materiais. Dizia-se então, *“que a ação seria uma qualidade agregada ao próprio direito material ou que seria este direito, de natureza substancial, em estado de reação a uma agressão que tivesse sofrido”* (WAMBIER, 2010, p. 143).

Essa teoria teve como principal defensor Savigny, e no Direito Brasileiro Clóvis Beviláqua. Foi desenvolvida no século XIX, tempo em que o direito material e o direito processual se confundiam, ou seja, o direito processual ainda não era considerado uma disciplina autônoma.

De acordo com Santos, que denomina tal teoria como privatística:

Dos romanos herdamos a concepção privatística da ação, também desenvolvida por Savigny, no século passado. A ação é o próprio direito se realizando, em posição defensiva. Não se consegue aqui separar a ação do direito. Ela é parte integrante dele. Esta era a concepção adotada pelo Código Civil de 1916, quando afirmava: “a todo o direito corresponde uma ação, que a assegura” (art. 75). (2011, p. 124).

Para Câmara,

Entre todas as concepções existentes sobre ação, a primeira que merece destaque é a chamada teoria civilista ou immanentista, hoje superada, mas que exerceu grande influência sobre a doutrina, principalmente até meados do século XIX. Essa teoria é o reflexo da época em que não se considerava ainda o Direito Processual como ciência autônoma, sendo o processo civil mero “apêndice” do Direito Civil. Por essa concepção, a ação era considerada o próprio direito material depois de violado. Tendo entre seus adeptos a figura magistral de Clóvis Beviláqua, a teoria civilista da ação via nesta mero jus persecuendi in judicio, ou seja, a ação era “o mesmo direito em atitude de defesa”. A ação era, então, vista como “elemento constitutivo

do direito subjetivo”. Em outras palavras, para a teoria imanentista, a ação nada mais era do que uma manifestação do direito material, ou seja, era a forma como se manifestava o direito material após sofrer uma lesão. (2014, p. 139/140).

Dessa forma, é possível afirmar que para a teoria civilista a ação era vista como o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido. Portanto, tal teoria vinculava o direito de ação com o direito material violado, deixando de explicar como muitas vezes sujeitos ingressavam com ações sem serem titulares do direito material.

Nessa senda, pode-se dizer que a doutrina defensora da teoria civilista confundia duas realidades: o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal e a ação de direito material, que é o agir do titular do direito para obtenção “do que lhe é devido”, e, assim procedendo, não conseguiu explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo sem ter direito, ou seja, não conseguiu explicar o fenômeno da ação improcedente, pois em tal caso a ação processual não teria sido “o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido”.

Como bem menciona Silva,

[...] como se verifica – e isto será uma constante nas inúmeras variantes posteriores – a doutrina conservava-se presa ao direito material, tentando explicar a “ação” processual (grafamos a “ação” processual entre aspas, atendendo a uma sugestão de PONTES DE MIRANDA, que advertia para a insuficiência vocabular da língua portuguesa, que não dispõe de palavras diferentes para expressar duas categorias jurídicas diversas, quais sejam, o agir contra o devedor; e o agir contra o Estado, para obrigá-lo a prestar a jurisdição) através das ações procedentes. (2006, p. 80).

Nota-se, portanto, que a teoria civilista entendia a ação como o direito do titular contra o particular, e não em face do Estado detentor da jurisdição, não conseguindo explicar o fenômeno das sentenças improcedentes, justamente por confundir o direito material e o direito processual.

## 2. Teoria Concreta

---

Para a teoria concreta da ação, defendida por Adolf Wach, o direito de ação é um direito do cidadão contra o Estado, com o objetivo de uma sentença favorável. Dessa forma, esta teoria deixa de enxergar a ação como um direito somente contra o adversário, mas em face deste e também do Estado.

De acordo com Câmara,

Essa teoria foi a primeira a defender a já anunciada autonomia do direito de ação, afirmando ser a ação um direito distinto do direito material. Tal autonomia não é difícil de ser constatada. [...] A teoria concreta da ação, porém, afirmava que o direito de ação só existiria se existisse também o direito material. Assim é que a ação só existia naqueles casos em que o resultado final do processo fosse favorável ao autor, pois apenas nos casos em que se reconhecesse a existência do direito material se reconheceria a existência do direito de ação. (2014, p. 141).

Nessa senda, é possível afirmar que a teoria concreta começou a reconhecer a autonomia do direito de ação, mas não a sua independência, já que o direito de ação ainda dependeria do direito material.

Para o jurista alemão Wach, o processo nem sempre será a perseguição daquilo que lhe é devido pelo adversário. O agir em juízo poderia ser simplesmente o exercício de uma pretensão de tutela jurídica processual para que o juiz declarasse a inexistência de certa pretensão do adversário. Nestes casos, caberia a sentença de procedência declarar a inexistência de uma suposta relação jurídica, o que correspondia a usar-se o processo para declarar que nada lhes era devido, ou que nada era devido pelo autor.

Conforme Silva,

Poderia haver, portanto - e esta foi realmente a contribuição de WACH (La pretensión de declaración) - , uma pretensão processual adequadamente formulada através de uma "ação", onde não se buscava "aquilo que nos era devido" no *plano do direito material*, mas simplesmente pedia-se que o juiz declarasse por sentença que nada era devido por ninguém. Este resultado tornava evidente a existência de uma relação processual legitimamente

formada a idônea a conduzir a uma sentença de mérito, sem que houvesse uma relação de direito material posta em causa pelo demandante, ou sem que este servisse do processo para protegê-la, uma vez que o processo se formara, neste caso, para que o juiz declarasse a inexistência de uma dada relação jurídica. (2006, p. 81).

Ademais, o italiano Giuseppe Chiovenda aderiu a teoria composta por Wach, entendendo que a ação processual seria um poder atribuído ao titular de um direito subjetivo material, para que este, invocando a proteção do Estado, pudesse tornar efetivo o seu direito contra o obrigado.

É o que explica Dinamarco,

Ainda à teoria concreta filia-se Chiovenda, que, em 1903, formula a engenhosa construção da ação como *direito potestativo*. Ou seja, a ação configura um direito autônomo, diverso do direito material que se pretende fazer valer em juízo; mas o direito de ação não é um direito subjetivo – porque não lhe corresponde a obrigação do Estado – e muito menos de natureza pública. Dirige-se contra o adversário, correspondendo-lhe a sujeição. Mais precisamente a ação configura o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Exaure-se com o seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para outro, o qual nada deve fazer, mas também nada pode fazer a fim de evitar tal efeito. (2012, p. 281).

Com efeito, é plausível o mérito desta teoria ao contribuir mostrando que, diferentemente do que afirmavam os defensores da teoria clássica, a ação não podia ser confundida com o direito subjetivo, pois poderia haver ação a que não corresponderia nenhum direito subjetivo, como demonstram as ações meramente declaratórias.

Entretanto, esta teoria peca por achar que o direito de ação só estaria completo através de uma sentença favorável. Nessa senda, é fato que ao proferir uma sentença improcedente o juiz também terá prestado a tutela jurisdicional, sem, todavia, proteger o direito subjetivo de quem exerça a ação.

Portanto, a teoria da ação como direito concreto não logrou em obter êxito no nosso sistema jurídico, justamente porque somente admitia a efetiva existência da ação se e quando se tratasse da hipótese em que a sentença fosse favorável ao autor. (WAMBIER, 2010, p. 144).

### 3. Teoria Abstrata

---

A teoria abstrata da ação, por sua vez, concebe a ação não como direito à decisão final favorável, mas sim como direito à decisão final, qualquer que seja seu conteúdo. Em outras palavras, ação é direito à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, pelos órgãos credenciados para tanto. Nesta esteira, qualquer provimento final é ato jurisdicional.

Tal teoria foi desenvolvida pelo jurista, também alemão, Dagenkolb, cujo ensaio, aliás, antecedeu cronologicamente ao de Wach, tendo surgido em 1877. Entretanto, mesmo sendo cronologicamente anterior a teoria concreta da ação, didaticamente é estudada posteriormente, vez que considerada mais evoluída que a teoria concreta. Outrossim, igualmente foi desenvolvida pelo jurista Plósz (SILVA, 2006, p. 84).

Para Dagenkolb a ação seria realmente um direito autônomo, mas não apenas outorgado aquele a quem a lei conferia um direito material, mas sim a todos aqueles que invocassem o direito de ser ouvido em um tribunal. Dessa forma, a ação estaria desvinculada de qualquer direito subjetivo material de que porventura fosse titular aquele que ingressa com uma “ação” perante o Estado-Juiz.

De acordo com Câmara (2014, p. 143), “o *direito de ação seria, simplesmente, o direito de provocar a atuação do Estado-juiz. Em outros termos, para essa teoria a ação é o direito de se obter um provimento jurisdicional, qualquer que seja o seu teor*”.

Conforme aduz Marinoni (2010, p. 167), “*para esses juristas, o direito de agir é, além de autônomo, independente do reconhecimento do direito material*”.

Dessa forma, pode-se afirmar que esta teoria já passa a considerar o direito de ação como algo independente do direito material, retirando a ideia de obrigatoriedade de sentença favorável. Daí dizer que o direito de ação seria “abstrato”, pois independente de qualquer direito subjetivo material.

É o que explicita Silva,

Tanto aquele que tiver sua demanda declarada procedente quanto o outro que propusera a “ação” julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público, através do qual impunham ao Estado o cumprimento de sua obrigação de prestar jurisdição. Logo, tanto o autor que visse a demanda acolhida pela sentença quanto aquele que tivesse repelida sua pretensão por infundada teriam um idêntico “direito de ação”, enquanto exercício de uma pretensão de tutela jurídica perante o Estado. (2006, p. 84/85).

Ainda de acordo com Silva (2006, p. 85), muitos juristas não aceitaram essa teoria por entender que se estaria diante de uma confusão entre “direito de ação” e “direito de petição”, este sim o verdadeiro direito de reclamar providências perante os órgãos do Estado. Para tais autores, no que tange ao “direito de ação”, este haveria de se qualificar na presença de certos requisitos, denominados “condições da ação”.

Contudo, para a teoria abstrata não há condições da ação. Os abstrativistas rejeitavam as condições da ação. Para eles não haveria carência de ação. Dessa forma, as condições da ação são consideradas como matéria de mérito propriamente dita.

Portanto, os defensores da teoria abstrata afirmam que já há ação mesmo quando o juiz indefere a petição inicial, visto que com o simples despacho do juiz a ação foi exercida.

#### **4. Teoria Eclética**

---

A teoria eclética ou mista da ação é uma louvável tentativa, desenvolvida por Liebman, de trilhar um caminho intermediário entre a teoria concreta e a teoria abstrata.

A Ação não seria um direito ao fim (provimento jurisdicional favorável), mas sim um direito ao meio (possibilidade de provimento jurisdicional favorável), envolvendo, dessa maneira – a exemplo dos demais direitos processuais –, um elemento de risco (LIEBMAN, 1962, p.46).



Para essa concepção, a ação é um direito subjetivo instrumental, em face do direito material (determinado) reivindicado em juízo. Destarte, a ação é o direito a uma solução acerca do direito substancial individualizado, vindicado. Em outras palavras, ação é o direito a um provimento jurisdicional de mérito.

Sob essa ótica, a ação é condicionada a alguns requisitos que devem ser averiguados no caso concreto, quais sejam: o interesse do autor em obter o provimento requerido (interesse de agir); a pertinência da ação frente àquele que a propõe e contra quem se propõe (legitimidade das partes), e; a admissibilidade abstrata do provimento demandado pelo direito objetivo (possibilidade jurídica) (LIEBMAN, 1962, p.46).

Eis as condições da ação, denominadas interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido, respectivamente. Ausente de qualquer dessas condições da ação, não há ação e, por conseguinte, fica o juiz impedido de decidir sobre o mérito da demanda. É o que se conhece pelo nome de carência de ação (LIEBMAN, 1962, p.47).

No mesmo sentido, Câmara (2014, p. 143) explica que “[...] difere, porém, a teoria eclética da abstrata por considerar a existência de uma categoria estranha ao mérito da causa, denominada condições da ação, as quais seriam requisitos de existência do direito de agir”.

Ademais, frisa-se que Liebman viveu muitos anos no Brasil e influenciou fortemente Alfredo Buzaid, principal elaborador do Código de Processo Civil de 1973, no seu entendimento sobre o conceito de ação (WAMBIER, 2010, p. 145).

Nessa senda, conforme explana Didier (2005, p. 207), o CPC/73 adotou a teoria eclética de Liebman<sup>2</sup>, segundo a qual, como visto, a ação só existe a partir de suas condições: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade (art. 267, VI, CPC/73).

No entanto, como o principal exemplo de pedido juridicamente impossível era o divórcio e tendo sido ele regularizado na Itália, Liebman passou a acreditar que

---

<sup>2</sup> É importante referir que parte da doutrina entende que a teoria adotada pelo CPC/73 foi a teoria abstrata da ação, embora a lei traga as condições da ação em seu texto (DINAMARCO, 2012, p. 254). No mesmo sentido MONIZ DE ARAGÃO (1987, p. 529), o qual afirma que o legislador brasileiro acresceu à teoria abstrata alguns “temperos”, sem, contudo, transformá-la em eclética. E, ainda CÂMARA (2014, p. 144).

essa condição era mais mérito do que uma condição propriamente dita. Com efeito, o referido autor mudou de entendimento no decorrer de sua vida. Dessa forma, como Buzaid estava embasado nas ideias de Liebman, acabou redigindo o artigo terceiro do CPC/73 com apenas duas condições: interesse de agir e legitimidade, o que tornou a interpretação a despeito do tema, por vezes, confusa.

Entretanto, com o tempo, se passou a entender que a possibilidade jurídica também é condição da ação. E este seguiu sendo o entendimento dominante na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

## **5. Teoria da Asserção**

---

Como visto a teoria eclética da ação, sustentada por Liebman, requer que sejam demonstradas determinadas condições da ação, podendo-se inclusive produzir provas durante o processo, as quais demonstrem que estas condições estão presentes, havendo, assim, a possibilidade de se chegar ao provimento de mérito (CÂMARA, 2014, p. 155).

Entretanto, em contrapartida a teoria eclética tem-se a denominada teoria da asserção, defendida no Brasil por Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Alexandre Freitas Câmara, Flávio Luiz Yarshell, Leonardo Greco, José Roberto dos Santos Bedaque, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Araken de Assis, Luiz Guilherme Marinoni, entre outros (DIDIER, 2010, p. 201).

De acordo com essa teoria para que se tenha um provimento de mérito basta que o juiz reconheça a presença das condições da ação quando da análise da petição inicial ou mesmo após a manifestação do réu, mas ainda no início do processo.

Explica-se. A teoria da asserção aduz que a verificação da presença das condições da ação deve se dar à luz das afirmações feitas pelo autor na petição inicial. Dessa forma, de acordo com o que o autor afirma na petição inicial o juiz dirá se preenchidas ou não as condições da ação. E se restar provado no decorrer do processo que na verdade tais “condições” não estavam presentes, o juiz não poderá

determinar a extinção do processo por “carência de ação”, mas sim fará um julgamento de mérito reconhecendo a improcedência do pedido.

Por exemplo, se o autor diz ser credor de determinada obrigação, referente a um contrato de mútuo, logo, o pedido em tese é juridicamente possível e ao receber a inicial o juiz já estaria reconhecendo a presença das condições da ação. Entretanto, se ao final da ação o juiz verificar que na verdade tratava-se de um “crédito” oriundo de uma dívida de jogo, ele não mais poderá extinguir o processo por carência de ação ante a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que já analisou as condições da ação. Nesse caso, proferirá decisão de mérito reconhecendo a improcedência do pedido do autor.

Note-se que a adoção de uma das teorias faz com que o resultado final do processo seja diferente. Para a teoria eclética, no caso em tela, ao final o juiz ainda assim extinguiria o processo sem resolução de mérito por carência de ação, vez que ausente a condição “possibilidade jurídica do pedido”, o que, por consequência, ensejaria a possibilidade de o autor ingressar com nova ação sobre o mesmo tema.

Com efeito, a teoria da asserção é defendida por Câmara, o qual justifica que,

[...] a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de ser (sic) ter uma indisfarçável adesão as teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material. (2014, p. 155).

Em que pese a forte fundamentação daqueles que defendem a teoria da asserção, entende-se que este não foi o posicionamento adotado pelo Código de Processo Civil de 1973. Aliás, é o que se pode aferir quando da leitura do art. 267, § 3º do CPC/1973:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [\(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Note-se que o legislador determinou que as condições da ação podem ser averiguadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo possível para tanto a produção de prova para a constatação da regularidade do exercício da ação.

Conforme explica Didier,

As condições da ação não resultariam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento, sendo possível que a sua verificação ocorresse durante a instrução do processo, pouco importando o momento procedimental. Admite-se, porém, o preenchimento superveniente de condição da ação faltante: “é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida” (2010, p. 199).

Dessa forma, entende-se que o CPC/73 adotou a teoria eclética de Liebman, sendo que as condições da ação podem ser analisadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo inclusive ser realizadas provas para a sua constatação.

Entretanto, frisa-se aqui a adoção ao posicionamento de Didier, o qual prega a abolição das condições da ação como categoria jurídica, não adotando a teoria da asserção, embora reconheça que ela é muito melhor do que a teoria eclética, pois minimiza os seus problemas (2010, p. 202).

De fato, merece destaque a síntese formulada por Tucci após o estudo das teorias para formulação do conceito de ação:

Por isso que todas elas [teorias] devem ser contempladas pelo estudioso do tema, pelo menos como ponto de partida, sem olvidar as inúmeras objeções e críticas que sofreram as diversificadas proposições examinadas, das quais cumpre enfatizar, sucintamente que sejam as seguintes:

a) a teoria imanentista [ou civilista] não logra explicar o fenômeno da ação infundada, isto é, daquela que, não obstante processada até o final *iudicium*, culmina com a proclamação da inexistência do direito subjetivo material e a ser tutelado pelo órgão jurisdicional;

b) por igual, não consegue os seus expositores esclarecer a existência da ação declaratória negativa;

c) de outra banda, a teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica esbarra, principalmente, nas situações em que o pedido é julgado improcedente, de sorte a não encontrarem qualquer justificação os atos processuais praticados até o proferimento da sentença;

d) no tocante à doutrina de Chiovenda, ou seja, da ação como direito potestativo, por certo que o fato de o Estado e o cidadão terem comum interesse na atuação da Lei não quer significar que não tenham direitos e obrigações, ou deveres, recíprocos; e, mais, ainda, teria o grande mestre italiano confundido direito subjetivo com a faculdade de exercê-lo – mera expectativa no campo dos direitos – coisa bem diversa, indubitavelmente;

e) por fim, quanto à concepção da ação como direito abstrato, peca ela pelo excessivo abstracionismo, tanto que DEGENKOLB teve a necessidade de impor-lhe forte limitação, a ponto de quase abalar o prestígio da teoria, que se manteve graças à autoridade de ALFREDO E UGO ROCCO sectários da doutrinação. (2003, p. 69 e 70)

Como bem observado, não há teoria que não tenha sido alvo de críticas, mas estas que surgiram na tentativa de sobrepor concepções às que existiam ao seu tempo demonstram a evolução do conceito do direito de ação.

Com efeito, verificando-se que a cada teoria que surgia eram reafirmadas características definidas pelas anteriores, formaram-se, portanto, conceitos convencionados e admitidos. Nessa senda, restou reconhecida a autonomia do direito de ação em relação ao direito material deduzido em juízo. Da mesma forma, ficou convencionado o caráter público do direito de ação.

No que tange à abstração, esta restou fixada pelo reconhecimento do direito de ação sem a necessidade de uma sentença favorável.

A concepção de que o direito de ação é dirigido ao Estado para exigir-lhe a prestação da tutela jurisdicional deu ao direito de ação natureza jurídica de direito subjetivo, desde a concepção de Degenkolb e Plósz (ALVIM, 2005, p. 124).

Ao certo que a exposição do tema não se esgota neste trabalho, é importante o destaque que Silva dá ao conceito de direito de ação: “*A ação não é um direito, nem uma pretensão. A ação é o exercício de um direito preexistente*” (2006, p. 94). Portanto, direito de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional, logo, direito subjetivo.

Por fim, em apertada síntese, ação é a faculdade que o sujeito tem de dirigir-se ao Estado para obter a tutela jurisdicional (CALAMANDREI, 2003, p. 195).

## **Conclusão**

---

Com efeito, embora a teoria da asserção possa ser facilmente aplicada na prática, entende-se que esta também não se mostra adequada. Nas palavras de Didier:

A teoria não tem como vingar. Se o autor afirma, na inicial, que quer prestação alimentícia de seu amigo de infância, que brigou com ele depois de vinte anos de amizade, faltar-lhe-ia legitimidade para a causa; mas diria também o juiz, afirma MARINONI com acerto, que o autor não tem pretensão de direito material, e, por conseqüência, ação material, na lição de PONTES DE MIRANDA —o que é problema de mérito. Trata-se o caso de improcedência *prima facie*, ou como diria MARINONI, improcedência macroscópica. Os questionamentos exaustivamente feitos continuam sem resposta. (2002, p. 05).

No entanto, não se pode negar a existência dessa categoria jurídica processual autônoma, pois esta está prevista em nosso ordenamento. Dessa forma, o erro não consiste na sua identificação, mas, sim, no seu enquadramento em nova ou diversa categoria, o que, para além da mera terminologia, sempre acarreta terríveis males, pois se emprestam a essas realidades atributos que ou não possuem ou não merecem.

Assim sendo, o ideal é identificar que o que se enxerga hoje como “condição da ação”, ou é mérito (legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido) ou é pressuposto processual (interesse de agir). E, há, ainda, autores como Marinoni (2010, p. 232), que entendem que inclusive o interesse de agir enquadra-se no mérito.

Cabe ressaltar que ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. Apenas o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Dessa forma, aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. No entanto, tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam) ou como pressupostos processuais (interesse de agir).

Aliás, em que pesem as importantes críticas sobre a Teoria da Asserção, há que se considerar que a jurisprudência parece aceitá-la. É o que se depreende dos seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AMPLA PUBLICIDADE E ACESSIBILIDADE DOS DOCUMENTOS. IMPROCEDÊNCIA. 1. A petição inicial preenche não apenas os requisitos do art. 282 do CPC, mas também aqueles previstos ao procedimento especial da cautelar de exibição de documentos, contidos nos incisos do art. 356 do CPC, não havendo falar em qualquer vício que macule a peça póstica. 2. Os contratos tipicamente de adesão, com cláusulas gerais padronizadas, públicas, disponíveis em cartórios de títulos e documentos, como os de cartão de crédito, não se encontram em poder exclusivo de uma das partes ou de terceiro, restando ausente o pressuposto fático da incidência do art. 844 do CPC para a satisfação do direito à exibição via judicial. Já os extratos analíticos da evolução da dívida não se revelam documentos comuns, pois constituem mera representação gráfica do débito oriundo da contratação. 3. Quando se afirma que o demandante não possui "interesse de agir" na presente demanda, justamente porque o documento que se pretende ver exibido não está em poder exclusivo de uma das partes, possuindo ampla acessibilidade, o decisum não é de carência de ação, mas, sim, de improcedência. Inteligência da Teoria da Asserção. DADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70065997454, Vigésima Terceira Câmara

Quanto ao novo Código de Processo Civil, assim que a sua elaboração teve início, a doutrina pátria levantou a questão de como seria o enfrentamento do instituto das condições da ação por este diploma legal. Havia quem defendesse a tese de que o projeto não deveria alterar nada neste ponto, que era muito sensível e que de alguma maneira já estava bem compreendido pela comunidade jurídica brasileira; em outro extremo, havia quem dissesse que este seria o momento ideal para corrigir um equívoco histórico.

Com efeito, o NCPC adotou um caminho intermediário, mais prudente, diga-se de passagem. De acordo com o artigo 330 do referido diploma legal:

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual;

Esta é a única menção do Código quanto as chamadas “condições da ação”. No entanto, cumpre referir que não há mais a expressão “condições da ação” na letra da lei. Dessa forma, não mais há afirmação de que o juiz poderá conhecer essas matérias de ofício, tampouco a qualquer tempo.

Aliás, pode-se concluir que o Novo CPC adotou a Teoria da Asserção, visto que trata das “condições da ação” quando da análise da petição inicial, justamente no momento referido por essa teoria para a análise deste instituto. Decerto, a legitimidade das partes e o interesse processual continuam a se tratar de matéria prévia ao mérito, sem, todavia, serem chamadas de condições da ação.

Destarte, de acordo com o Código de Processo Civil, afirma-se que após o saneamento do processo, o juiz não mais extinguirá a ação sem resolução de mérito, mas sim estará negando provimento ao pedido, nos casos em que verificar não estarem presentes a legitimidade das partes e o interesse processual.

Ademais, o Novo Código inova com o artigo 338, segundo o qual: *“Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo*



*invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu".* Dessa forma, nota-se que há a possibilidade de o autor ajustar o polo passivo da demanda, previamente à extinção do processo sem julgamento de mérito.

## **Referências Bibliográficas**

---

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, 4 ed. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em; [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em: 07/07/2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 07/07/2015.

BRASIL. **Apelação Cível Nº 70065997454**, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 09/09/2015.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1, 2 ed.; trad.: Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, volume 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. et. al. **Teoria geral do processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. Bahia: Jus Podvim, 2010, volume 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. Ed. V. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile in Problemi del Processo Civile**. Milão: Morano, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, v. 1, 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, volume 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da , 1929 – **Curso de processo civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, volume 1.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento**. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, volume 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal; jurisdição, ação e processo penal (estudos sistemáticos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, volume 1.

