

**O DIREITO DE AÇÃO: uma abordagem crítica acerca da  
teoria eclética adotada pelo CPC e viabilidade da teoria da asserção como alternativa  
para aproximação da concepção abstrata do direito de ação**

**Estêvão Augusto Queiroga de Pinho<sup>1</sup>**

**Resumo**

Considerando o direito de ação enquanto um poder dever do Estado em prestar atividade jurisdicional, é preciso questionar acerca da teoria eclética da ação adotada pelo nosso Código de Processo Civil para verificar as impropriedades científicas que surgem com a adoção das condições da ação que contradizem com a concepção abstrata que a nossa Constituição de 1988 propõe, como acesso irrestrito e incondicionado à atividade jurisdicional pelo cidadão. Neste passo, tendo em vista a inércia da legislação processual, é que parece ideal a teoria da asserção como forma de minimizar os problemas advindos com a adoção da teoria eclética pelo nosso sistema, já que impede a incoerência científica em possibilitar a prova das condições para exame do mérito para depois extinguir o feito sem analisa-lo. Pois, na verdade, as condições da ação são de fato indissociáveis do mérito da causa, sendo que direito de ação não é direito a uma sentença de mérito, é o direito à sentença, mesmo àquelas chamadas meramente processuais.

**Palavras-chave:** Direito de ação. Direito Processual Civil. Teoria da Asserção. Concepção Abstrata da Ação. Teoria Eclética. Condições da ação.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho destina-se a apresentar um viés crítico do direito de ação,

---

<sup>1</sup> Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-graduando em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas).

sobretudo para demonstração da existência de um poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado, poder que se concretiza no direito à essa atividade, que independe de qualquer relação com o direito substancial, material, que se exerce inclusive quando não se obtém um provimento favorável ou de mérito.

Sob este contexto, é preciso nos questionarmos a respeito das condições da ação postas pela teoria adotada pelo nosso Código de Processo Civil, principalmente acerca das impropriedades científicas que surgem com a sua adoção, que contradizem toda uma raiz constitucional que o direito de ação possui.

Com tais fundamentos é que demonstraremos a teoria da asserção como meio adequado, tendo em vista a inexistência de alteração em nossa legislação pátria para busca e adequação de um poder de ação abstrato, como forma de minimizar os problemas advindos com a adoção da teoria eclética pelo nosso sistema processual.

Desde já ressaltamos que esta pesquisa não se busca a esgotar o tema, aprofundando em detalhes sobre as teorias e institutos expostos, mas tão somente apresentar questões pontuais na medida do necessário para concluirmos o raciocínio que se pretende chegar.

## **2 O DIREITO DE AÇÃO E SUA EVOLUÇÃO**

Ação é um termo complexo, que possui mais de uma acepção na linguagem do Direito Processual, podendo ser afirmado como direito fundamental que garante ao titular o acesso à jurisdição para dela obter uma decisão, pura e simples.

Sabemos que o estado tem o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, que o ocorre através do poder genérico de ação (PASSOS, 2014), contudo, o conceito de ação nem sempre foi o mesmo ao longo da história.

Desde o direito romano até o século passado, considerava-se ação, sobretudo pelo ponto de vista civilista, como simples aspecto do direito material da parte. Logo ação nada mais era do que o direito material em movimento, reagindo contra a sua violação. (THEODORO JÚNIOR, 2007).

Dessa forma entendia-se que não podia haver ação sem direito, nem direito sem ação, teoria essa adotada por Friedrich Carl von Savigny, e estampada em nosso Código Civil de 1916, mais precisamente em seu art. 75.

Essa teoria ficou conhecida como *teoria imamentista ou civilista*, face à sua relação imanente com o direito material e por ter origem justamente nos civilistas.

Com o passar do tempo essa teoria foi abandonada, e a partir da célebre polêmica entre os romanistas *Windscheid e Muther*, acabou por ficar demonstrada a distinção entre o direito de ação e o direito material controvertido, como bem nos explica Alexandre Freitas Câmara:

[...] pense-se num direito material, como direito de crédito, e compare-se tal direito com a ação. Enquanto no primeiro o sujeito passivo é o devedor, no segundo o sujeito passivo é o Estado (já que o direito de ação seria o direito à tutela jurisdicional). Ademais, no direito de crédito (que é o direito material de nosso exemplo), a prestação devida é uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, enquanto no direito de ação o que se quer do Estado é a prestação da tutela jurisdicional. (CÂMARA, 2009, p. 108-109)

Dessa forma da ação nascem dois direitos: a) o direito do ofendido de pedir a tutela jurídica, e b) o direito do Estado de compor o litígio. (DONIZETTI, 2013).

Surgiu assim a concepção de *autonomia* do direito de ação, e dessa nova visão formaram-se duas correntes: a) a que considerava a ação como um direito autônomo e concreto; b) a que considerava ação como um direito autônomo e abstrato.

Para os concretistas, o direito a ação, embora diverso do material, somente existiria se existisse o próprio direito material a tutelar. Logo, a ação seria o direito à sentença favorável, tendo como grandes defensores, entre outros, Wach, Bülow, Hellwig e Chiovenda. (THEODORO JÚNIOR, 2007).

Lado outro, a partir dos autores Degenkolb e Plóz, partidários da corrente abstrativista, a ação passou ser vista como um direito autônomo e abstrato, uma vez que, mesmo quando a sentença nega a procedência do pedido do autor, não deixaria de ter havido a ação.

Como nos ensina Elpídio Donizetti (2013), tal teoria abstrativista surgiu dos questionamentos como: em saber qual seria a atividade jurisdicional prestada pelo Estado-juízo no caso de improcedência e se o direito de ação só é possível quando há direito material; assim como explicar a sentença de procedência proferida em ação declaratória negativa.

Surgiu-se ainda uma terceira teoria, a *teoria eclética*, que tem como seu idealizador Enrico Tullio Liebman, a qual condicionou o direito de ação ao direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento este que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições que podem ser aferíveis na relação jurídica material deduzida em juízo, as chamadas condições da ação. (DIDIER JR., 2013).

Esta última posição foi adotada por nosso Código de Processo Civil atual, especificamente quando menciona que a falta de qualquer das condições da ação implicaria a extinção do processo sem análise do mérito, conforme art. 267, inc. VI do CPC.

Muito embora a concepção adotada pelo nosso código esteja repleta de críticas pela melhor doutrina, no decorrer do trabalho será exposto acerca das divergências e a teoria adotada para aproximação com uma concepção abstrata e constitucional do direito de ação.

### **3 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO DE AÇÃO**

Em termos de direito positivo, segundo a concepção eclética adotada pelo nosso Código de Processo Civil, apesar de abstrato o direito à ação, para o seu nascimento pressupõe-se o preenchimento de certas condições, perceptíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo.

Tais condições, segundo a doutrina de Liebman adotada por Alfredo Buzaid, idealizador do código de processo civil, seriam: o *interesse processual*, a *legitimidade para a causa*, e a *possibilidade jurídica do pedido*.

Explicaremos breve e sucintamente sobre cada condição.

O interesse processual relaciona-se com a necessidade ou utilidade da providência jurisdicional solicitada, assim como com a adequação do meio utilizado, ou seja, a prestação jurisdicional pleiteada deverá ser necessária e adequada. (DONIZETTI, 2013).

O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual 'se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais'. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 66)

Assim, se o que a parte reclama em juízo não for útil juridicamente para evitar a temida lesão eminente, ausente estará o interesse processual.

A segunda condição, a legitimidade para a causa, é "a pertinência subjetiva da ação" (BUZOID apud THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 68),

Impõe-se para que exista a ação o vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada. É necessário que os sujeitos estejam aptos a conduzir o processo em que se discuta a relação jurídica de direito material. E a esse poder conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade *ad causam*, ou capacidade para conduzir o processo. (DIDIER JR., 2013).

Por fim, a terceira condição, a possibilidade jurídica do pedido, a viabilidade do pedido segundo nosso ordenamento jurídico. Que, para Alexandre Freitas Câmara (2009), não parece ser uma condição da ação autônoma, vez que o juízo que vai em busca de algo juridicamente impossível não pode esperar nenhuma utilidade no pedido feito, o que por consequência lógica também implica a ausência do interesse de agir.

Nas palavras deste autor, a ausência desta condição entenderíamos como:

Por esta concepção, faltaria esta “condição da ação” quando o demandante formulasse, em juízo, pedido vedado pelo ordenamento jurídico, como se daria, por exemplo, no caso em que se pedisse a prisão civil por dívida (ressalvados os casos do devedor de alimentos e do depositário infiel), ou naquele em que se pleiteasse o reconhecimento do domínio quando estivesse pendente, entre as mesmas partes, “ação possessória” (art. 923, do CPC). (CÂMARA, 2009, p. 120).

Em suma, podemos concluir que a possibilidade do pedido é quando o ordenamento jurídico não veda o exame da matéria por parte do judiciário.

Embora sejam estas as condições expostas pelo nosso legislador para a existência da ação, nada nos impede que sejam questionados a nível doutrinário tais “condições”, sobretudo sob uma ótica constitucional do direito de ação decorrente do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição.

Como nos explica Didier Jr. (2013), surgem problemas com a adoção teoria eclética proposta por Liebman, dentre as quais pode-se destacar: a) O que haveria em caso de improcedência da ação? Em caso de carência de ação, teria havido então um fenômeno jurídico? b) a sentença de carência de ação faz ou não faz coisa julgada material? A constatação da falta dessas condições não deveria ser uma decisão de mérito?

Estes são alguns dos questionamentos, que naturalmente variam conforme posição doutrinaria adotada.

Primeiramente, como já disse Calmon de Passos (2014) há muitos anos, o direito de ação é incondicionado, não sendo direito nem a uma sentença de mérito, e sim de direito puro, a simples uma decisão, o que para Liebman, somente seria um direito a um provimento sobre o mérito, inexistente quando ausente as “condições” acima descritas.

Dessa maneira, como então não dizer que a sentença de improcedência não originou de um exercício da ação, já que houve de fato um juízo sobre o pedido da parte, um ato de tutela, uma atividade característica da jurisdição.

A verdade é que entender-se o direito de ação como direito a um provimento sobre determinada *fattispecie*, abstratamente prevista na lei e tornada concreta na demanda, será excluir-se como verdadeiro exercício do direito de ação, e legítima atividade jurisdicional, aquela que se traduz numa sentença de inadmissibilidade,

por falta de requisitos apontados como indispensáveis para o pronunciamento sobre (sic) o mérito. Assim, ocorrendo absolvição da instância, nem teria havido ação, nem jurisdição.

Ora, a exclusão que faz o eminente professor de Pavia é tão legítima quanto a dos chamados concretistas, afirmando só existir ação (como direito) quando ela é procedente, porquanto, no caso inverso, isto é, na hipótese de improcedência, houve apenas um fato, simples atividade, uma *res mera facultatis*, ao que equivale, em última análise, a afirmativa de LIEBMAN: o exercício de uma atividade indispensável ao jorramento prévio da existência ou não do direito invocado. (PASSOS, 2014, p. 36).

Ou seja, diz o professor Calmon de Passos (2014) que mesmo em caso de improcedência da ação temos sim o exercício desta, pelo que afirmar que esta só existe na presença de condições como coloca Liebman, e por conseguinte Alfredo Buzaid, é retroceder ao que diziam os concretistas, afirmando só existir ação como direito em caso de procedência do pedido.

Mais severo nas críticas à teoria adotada pelo nosso CPC é o professor Rosemiro Pereira Leal, que diz:

[...] Outro que cuidou da teoria da ação foi **Liebman** que a vinculou a uma pretensão de direito material, retornando ao imanentismo da corrente de Saviny, deixando mesmo de reconhecer no direito de ação qualquer implicação constitucional de direito incondicionado de movimentar a jurisdição. (LEAL, 2012, p. 135).

Logo, não existiu até a sentença de improcedência um “fenômeno jurídico” e sim ação, um direito constitucional, já que o pronunciamento sobre a inexistência de mérito é também jurisdição, é poder (entendido como direito) que deve receber designação similar àquela que possibilita o exame de mérito, sob pena de cairmos no mesmo equívoco dos concretistas ao explicar o fenômeno da improcedência. (PASSOS, 2014).

Doutro lado, a falta das condições da ação não resultaria em um provimento de mérito? Se pegarmos, por exemplo, a possibilidade jurídica, a sua análise não resultaria na própria análise de mérito?

A possibilidade jurídica, como nos ensina Câmara (2009), deve abranger toda demanda, todos os seus elementos constitutivos, contudo, tal requisito não parece ser uma condição autônoma, e sim interligado ao interesse de agir e ao próprio mérito da causa, à investigação do pedido do autor.

Uma vez tido o mérito como “a lide nos liames do pedido”, ideal definição do professor José Marcos Rodrigues Vieira, analisar acerca da sua possibilidade ou não, é sim adentrar em análise meritória; e mais, tal requisito é logicamente, assim como a legitimidade, interligado ao interesse de agir.

Em verdade, todas as chamadas condições da ação resumem-se no interesse de agir, já que a possibilidade da demanda, exige não só possibilidade, como legitimidade, ambas se excluem.

[...] Daí nosso apoio a MICHELI, quando afirma querer indicar-se com a locução *interêsse* (sic) de agir a existência de que *aquêle* (sic) que pede uma certa forma de tutela jurisdicional deve apresentar (*prospettare*) uma situação idônea em abstrato para concessão da tutela reclamada.

Assim, a crítica que se faça ao interesse de agir como condição da ação vale também para a possibilidade jurídica como requisito de igual natureza.

Essa crítica assenta, em primeiro lugar, no fato de que o *interêsse* (sic) pode ser invocado apenas por quem entenda a ação como um direito subjetivo, dentro do esquema do direito privado das obrigações, carecendo de qualquer significado para quem veja na ação um poder destinado a fazer concreto o pressuposto para o exercício da jurisdição por parte do órgão estatal. (PASSOS, 2014, p. 38).

Reconhecendo a clara ligação com o interesse de agir, Liebman a partir da terceira edição de seu *Manuale di diritto processuale civile*, em 1973, ano da entrada em vigor do novo CPC, abandonou a tríade das condições da ação para entender que as hipóteses de ausência de possibilidade jurídica configuravam, na verdade, a falta de interesse processual. (MADEIRA, 2011).

Infelizmente o nosso Código de 1973, do mesmo ano do lançamento do Manual, não foi atualizado nas ideias do mentor de seu idealizador, mantendo a tríade das condições, mencionadas no seu art. 267, inc. VI.

Portanto, verifica-se que falar em condições de ação é deixar de lado toda e qualquer implicação constitucional do direito incondicionado de movimentar a jurisdição, e que, por rigor científico, não pode ser condicionado, sob consequência de violação de norma constitucional, que garante a todos o direito de provocar a jurisdição.

Assim, TODOS podem propor a ação, independente de legitimidade e interesse, o que não significa que farão jus a uma decisão de mérito, que pode ter sim, como nos ensina Dhenis Cruz Madeira (2011), meros requisitos para o seu julgamento.

#### **4 A TEORIA DA ASSERTÇÃO E A SUA APROXIMAÇÃO A UMA CONCEPÇÃO ABSTRATA DO DIREITO DE AÇÃO**

Muito embora defendemos a extinção das condições da ação enquanto condição para o exercício do direito de ação, como já dito, em termos de direito positivo vigente em nosso

país, tais condições se mostram necessárias no caso concreto para que tenhamos ação e com isso provimento acerca do mérito.

Neste sentido, divergem teorias acerca de como se verifica a presença de tais “condições” no caso concreto.

Uma primeira corrente, que adota a *teoria da demonstração ou exposição*, defende que:

[...] a presença das condições da ação podem ser comprovadas pelo demandante após a apresentação da petição inicial e, caso se constate, por ato posterior, que as condições da ação não estão presentes, deve o julgador encerrar o procedimento *sem a resolução do mérito*. (MADEIRA, 2011, p. 36).

Basicamente, a teoria da exposição admite que as condições da ação sejam demonstradas por meio inclusive de provas para formar o convencimento do juiz, e que, caso não comprovadas, o processo encerra-se sem resolução do mérito, por carência da ação, nos termos do CPC vigente.

De outro lado, uma segunda teoria, chamada de *teoria da asserção*, considera que a verificação da presença das “condições da ação” deve ser analisada por meio das assertivas feitas pelo autor, devendo o julgador constata-las *in statu assertionis*, ou seja, a vista do que se afirmou. (CÂMARA, 2009).

Se, com base nas assertivas o juiz entender que as condições estão presentes, ele manda citar o réu. Caso contrário, se após o contraditório e a produção de provas o juiz entender que falta uma “condição” àquela ação, a sua sentença será uma sentença de improcedência do pedido, com resolução do mérito.

No caso, o juízo definitivo do magistrado acerca das condições da ação far-se-ia no momento do recebimento da inicial, tudo o mais decidido no processo seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. Assim, a decisão sobre a existência ou não de carência de ação, para a teoria da asserção, seria sempre definitiva. (DIDIER JR., 2013).

Forte corrente doutrinária integrada por juristas como Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, como nos diz Donizetti (2013), sustenta a aplicabilidade da teoria da exposição. Lado outro, a concepção da asserção vem ganhando força entre juristas como Alexandre Freitas Câmara (2009), além de Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, Sérgio Cruz Arenhart, Araken de Assis, Luiz Guilherme Marinoni, dentre outros. (DIDIER JR., 2013).



Fato é que, para nós, assim como para os que defendem a teoria da asserção, tal corrente é a que melhor se aproxima de uma concepção abstrata do direito de ação, visto isto em uma perspectiva constitucional.

As condições da ação são requisitos para que o processo vá até sua decisão de mérito, dessa forma, a presença de tais condições deve ser feita em abstrato, considerando-se as assertivas do demandante, sem a produção de provas.

Pensemos em um caso prático como nos expõe Alexandre Freitas Câmara:

Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a outra teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considera-lo “carecedor de ação”? A se afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores dessa teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as “condições da ação” quem fizer jus a um provimento jurisdicional favorável. (CÂMARA, 2009, p. 122).

Conforme exemplo trazido acima, não há coerência com o direito abstrato de ação se extinguir sem mérito a demanda após comprovação de ausência de condição para o seu exame, uma vez que essa exigência de comprovação afirma em termos práticos que a ação só existe em caso de presente o direito material.

Assim, nos parece que se o juiz percorreu o caminho mais longo, após serem trazidos em juízo elementos comprobatórios das condições da ação, como no exemplo, provando que o credor não é titular do crédito, deve a sentença ser definitiva, até porque as condições para o provimento final são indissociáveis do mérito, e se comprovada a sua inexistência, há que ser proferida sentença de mérito.

Dessa forma, a teoria da asserção é uma forma de aproximarmos da concepção abstrata do direito de ação, já que não deixa possível a incoerência científica em possibilitar a prova das condições para exame do mérito para depois extinguir o feito sem analisa-lo. Tendo em vista que as condições para o exame do mérito (legitimidade, interesse e possibilidade) são indissociáveis dele, como bem nos coloca Didier (2013), e analisar prova a seu respeito é analisar prova acerca do mérito da questão.

Com isso, analisando prova a respeito do mérito da questão, é de rigor que tal provimento seja de caráter meritório, que sentencie a demanda ocasionando coisa julgada formal e material.

Desta feita, seguindo os dizeres do professor Fredie Didier Jr. (2013), pela concepção da teoria da asserção, que melhor se enquadra na visão abstrata do direito de ação, a

verificação pelo juiz do preenchimento ou não das “condições da ação” dispensa a produção de provas em juízo, já que a futura comprovação seria problema de mérito.

Logo, a teoria da asserção poderia ser aplicada inclusive após a contestação, bastando que o juiz examine as alegações do réu a partir das afirmações feitas pelo autor, não sendo, pois, o momento processual mas a produção de prova para verificação do preenchimento das condições da ação. (DIDIER JR., 2013).

Por tais afirmações, deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que então verifique a presença das condições da ação. Já a busca pela correspondência entre a afirmação e a verdade é problema de mérito.

Destarte, concluímos que as condições da ação são na verdade indissociáveis do mérito, assim como que comprovar ao respeito delas e buscar a “verdade” nas alegações é inevitavelmente adentrar no mérito da causa, o que nos faz crer que apesar de o código de processo civil não adotar a teoria da asserção, e acabar fazendo uma distinção entre ação constitucional (incondicionada) e infraconstitucional (condicionada), a teoria da asserção, como um paliativo, é o que mais faz aproximar a realidade prática da concepção constitucionalizada e abstrata da ação.

Destaca-se que a teoria da asserção tem jurisprudência pacificada em nosso STJ, adepto dessa teoria:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. VOTO VENCIDO. INEXISTÊNCIA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO (ART. 267, § 3º, DO CPC). PRECLUSÃO A DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. 1. Não é suficiente, para configurar o prequestionamento, a discussão constante do voto vencido. Súmula n. 320/STJ: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento". 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal. 3. Contudo, a indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica. 4. Ação reivindicatória proposta pelo Estado contra particular, em relação a ilha fluvial, julgada procedente. Na apelação, alega-se a necessidade de prévia demanda desconstitutiva do registro, tese qualificada como condição da ação. Matéria já antes afastada em saneador irrecorrido. Preclusão da defesa de mérito, ainda que aparte afirme ser possibilidade jurídica do pedido. 5. **Aplicação da teoria da asserção, que leva em conta, para verificar as condições da ação, o alegado pela parte na inicial.** 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2012) (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO (ART. 267, § 3º, DO CPC). PRECLUSÃO A DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. **TEORIA DA ASSERÇÃO.** 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação 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. O arbitramento e a condenação ao pagamento de honorários advocatícios contratuais são pedidos juridicamente possíveis. Outorgante que se beneficiou dos serviços advocatícios é parte legítima passiva para a ação condenatória. **Teoria da asserção, que leva em conta, para verificar as condições da ação, o alegado pela parte na inicial.** 4. Precluem as defesas de mérito não oferecidas em contestação ou objeto de agravo retido não reiterado na apelação. 5. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2011) (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO (ART. 267, § 3º, DO CPC). DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. PRECLUSÃO. **TEORIA DA ASSERÇÃO.** INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APRECIACÃO EQUITATIVA DO JUIZ. DECISÃO MANTIDA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação 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 polo 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 das 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 CPC. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2013) (grifo nosso).

Ademais, apesar de todos estes argumentos e a nítida raiz constitucional do direito de ação, lembramos que o *novo código de processo civil brasileiro* (NCPC) que está em fase de deliberação, ainda não abandonou por completo a teoria eclética da ação, mas apenas fez uma leitura tardia da obra de Liebman, para retirar a possibilidade jurídica como condição. (MADEIRA, 2011).

Contudo, pretende reconhecer a possibilidade jurídica como matéria de mérito, mas cita em sua exposição de motivos Liebman e Dinamarco como motivo disso, todavia, como nos adverte o professor Dhenis Cruz Madeira (2011), fazendo isto, o NCPC mostra adotar a teoria da asserção, mas equivoca-se ao mencionar tais autores, já que eles não são adeptos de tal teoria. Ou seja, na visão liebmaniana a possibilidade jurídica não habita o mérito.

Destarte, o NCPC deixa em aberto a divergência doutrinária da teoria da asserção e das condições da ação, não apresentando solução para o problema.

## 5 CONCLUSÃO

Por todo o tema trabalhado, verifica-se que a manutenção das condições da ação em nosso CPC só obstaculiza o direito à ação abstrato e constitucional, ao passo que abraçar a teoria abstrata é reconhecer a raiz constitucional desse direito como coerência científica para ciência processual.

O direito de ação não é direito a uma sentença de mérito, é o direito à sentença, mesmo àquelas chamadas meramente processuais. As condições para a ação devem ser vistas como apenas meros requisitos para exame do mérito, condições de admissibilidade.

Com isso, falar em condições da ação é regredir no tempo, apenas prestar homenagem a grandes juristas e não avançar na teoria processual. É condicionar a ação a um direito material, e mais, é deixar de reconhecer uma premissa básica, a de que o ordenamento é um sistema interligado de normas, todas em consonância e harmonia com a constituição.

Muito embora seja o abandono das condições da ação a melhor alternativa para o nosso Direito Processual Civil, como já afirmamos e diversos outros célebres juristas afirmam, alguns citados neste artigo, a realidade parece caminhar em posição contrária, mantendo tal categoria jurídica, o que nos obriga a reconhecer a teoria da asserção como meio apto a nos aproximarmos da concepção constitucionalizada e abstrata da ação.

Garantir a decisão de mérito após comprovada ausência das condições da ação, como faz a teoria da asserção, é afastar a incoerência científica de não reconhecer a associação evidente de tais condições com o mérito. Incoerência que acaba por permitir decisão terminativa após a comprovação da ausência das condições e até mesmo o reingresso em juízo da mesma demanda com a formação da coisa julgada apenas formal.

Parece-nos assim que temos ainda muito a evoluir em termos de Direito Processual positivo em nosso país, principalmente para alcançarmos uma concepção abstrata do direito de ação, até que cheguemos ao ponto de abandonar expressões como “carência de ação” e “condições da ação”, para então entendermos a índole constitucional deste direito.

Contudo, enquanto tal evolução não ocorre, adotar a teoria da asserção se revela meio mais adequado para minimizar os problemas e incoerências que a teoria eclética da ação traz para a nossa prática jurídica.

## Abstract

Considering the right of action as a power duty of the state to provide jurisdictional activity, one must question about the eclectic theory of action adopted by our Civil Procedure Code to verify the scientific improprieties that arise with the adoption of the conditions of action that contradicts with the abstract conception that our 1988 Constitution proposes, as unrestricted and unconditional access to judicial activity by the citizen. In this step, facing the inertia of the law, is that it seems ideal the theory of assertion as a way to minimize the problems arising from the adoption by our system of the eclectic theory, since it prevents scientific inconsistency in enable proof of the conditions for examination of the merits for later extinguish the done without analyze it. Because, as a matter of fact, the conditions of action are in fact inseparable from the merits of the cause, and the right of action is not right to a sentence of merit, it is the right to the sentence, even those calls merely procedural.

**Keywords:** Right of action. Civil Procedure Law. Theory of Assertion. Abstract conception of action. Eclectic Theory. Conditions of action.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 10643 RS 2011/0067653-7, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 de mai. de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23315063/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-10643-rs-2011-0067653-7-stj>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 668552 RJ 2004/0112445-9, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. **Diário da Justiça**. Brasília, 10 de ago. de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22106362/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-668552-rj-2004-0112445-9-stj>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 595188 RS 2003/0173535-8, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. **Diário da Justiça**. Brasília, 29 de nov. de 2011. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21029710/recurso-especial-resp-595188-rs-2003-0173535-8-stj>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 528p. v.1.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. 678p. v.1.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1498p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 317p.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O novo CPC e a leitura tardia de Liebman: a possibilidade jurídica como matéria de mérito. In: ROSSI, Fernando *et. al.* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 129-142.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2014. 122p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos**. Belo Horizonte, 2010. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 24 set. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 861p. v.1.