



A TEORIA DA AÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇOS OU RETROCESSOS PARA OS DIREITOS NA SOCIEDADE EM REDE?

Rafaela Bolson Dalla Favera¹

Patrícia dos Reis²

RESUMO: Este trabalho pretende analisar as principais teorias da ação existentes, para, após verificada a teoria adotada pelo novel Código de Processo Civil de 2015, indagar se essa é a melhor opção para os novos direitos, especificamente, para os direitos na sociedade em rede. Ou seja, quer-se desvendar se, com a passagem do código anterior para o novo código, houve avanços ou retrocessos em relação a essa temática. Para tanto, empregou-se o método fenomenológico-hermenêutico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e análise documental. Em um primeiro momento foi apresentada a polêmica sobre a ação de direito material, e os divergentes posicionamentos doutrinários. Após, foram elucidadas as principais teorias da ação e a adotada pelo novo código. Concluiu-se que esse adotou a Teoria eclética da ação processual de Enrico Tullio Liebman em sua segunda fase. Isso representa uma evolução com relação ao código anterior, mas não uma completa evolução. É por essa razão que alguns Tribunais de Justiça, como o do Rio Grande do Sul, e os Tribunais Superiores optaram pela adoção da Teoria da asserção.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de direito material; Código de Processo Civil de 2015; Estado; Novos direitos; Teorias da ação.

ABSTRACT: This work intends to analyze the main existing action theories, for, after verified the theory adopted by the new Civil Procedure Code of 2015, to ask whether this is the best option for the new rights, specifically, for the rights in the network

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e pesquisadora do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogada. E-mail: rafaeladallafavera@hotmail.com

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Bacharel em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES) e pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisa em Direito e Internet (CEPEDI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: patriciareista17@yahoo.com.br



society. In other words, wants to uncover if, with the passage of the previous code to the new code, there was advances or setbacks in relation to this issue. For this, it was used the phenomenological-hermeneutic method and techniques of literature search and document analysis. At first, it was presented the controversy about the action of substantive law, and the divergent doctrinal positions. After, it was elucidated the main action theories and the adopted by the new code. It was concluded that this adopted the Enrico Tullio Liebman eclectic theory of procedural action in its second phase. This represents an increase over the previous code, but not a complete evolution. It is because of this reason that some Courts of Justice, such as the Rio Grande do Sul, and the Superior Courts have opted for the adoption of assertion theory.

KEY-WORDS: Action of substantive law; Civil Procedure Code of 2015; State; New rights; Action theories.

INTRODUÇÃO

A sociedade, assim como o Direito, tende a evoluir. Com o surgimento das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), especialmente da *Internet*, emergem novos desafios aos juristas que, neste trabalho, são denominados desafios da jurisdição processual no Século XXI.

Recentemente entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015 no país, que representa avanços em relação à algumas temáticas, mas que em relação à outras permaneceu idêntico ou pouco mudou em comparação ao Código de Processo Civil de 1973. Um dos remodelamentos do novo código diz respeito às condições da ação.

Assim, tendo em vista o conceito de ação acolhido pelo Estado Democrático de Direito e, também, os embates envolvendo de um lado a ação de direito material e de outro a ação de direito processual, por parte dos doutrinadores, a teoria da ação adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 é a melhor opção para os direitos na sociedade em rede?

Para responder a essa indagação optou-se pelo método fenomenológico-hermenêutico, na medida em que a compreensão é anterior a qualquer argumentação, ou seja, o pesquisador é investido de pré-compreensão sobre a



temática a ser desenvolvida no presente estudo. Já as técnicas de pesquisa aplicadas foram a bibliográfica e a análise documental, pois foram estudadas várias obras para extrair o pensamento dos autores e apresentados casos concretos a respeito da temática do presente trabalho.

Esse aporte metodológico resultou na divisão do artigo em duas seções, sendo que na primeira foi teorizado a respeito da polêmica sobre a ação de direito material e, na segunda, analisadas as principais teorias da ação com a finalidade de descobrir se aquela empregada pelo Código de Processo Civil de 2015 é a melhor opção para os novos direitos.

1 REFLEXÕES ACERCA DA POLÊMICA SOBRE A AÇÃO (DE DIREITO MATERIAL): o posicionamento mais adequado frente aos novos direitos.

Nesta seção será teorizado a respeito da polêmica sobre a ação de direito material. Para tanto, duas obras foram adotadas, quais sejam “Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo”, organizada por Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. E a outra, denominada “Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material”, de autoria de Daniela Boito Maurmann Higaldo.

Todavia, antes de iniciar a discussão, faz-se importante conceituar adequadamente alguns termos. Para Ovídio Baptista da Silva (2001, p. 75), há que saber distinguir entre “direito subjetivo”, “pretensão de direito material” e “exercício efetivo dessa pretensão”. O direito subjetivo nada mais é que a possibilidade do indivíduo exercer a faculdade que a lei lhe confere, sendo uma categoria jurídica estática, pois não exige nenhuma atividade por parte do titular do direito. Já a pretensão de direito material é o que potencializa o direito subjetivo, dando-lhe dinamismo, facultando o titular do direito em exigir ou não a sua satisfação. Por fim, o exercício efetivo da pretensão, que ocorre quando o titular do direito opta por exigí-lo, é o que faz nascer a ação.

O autor (SILVA, 2001, p.78) exemplifica a passagem desses três fenômenos com o intuito de facilitar o entendimento, abaixo transcrito:



Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há o *status* que corresponde a tal categoria do direito das obrigações, porém ainda não disponho da faculdade de exigir que o devedor cumpra o *dever* correlato, satisfazendo meu direito de crédito. No momento em que ocorre o vencimento, nascer-me-á uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja o *poder exigir* que o devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Nesse momento, diz-se que o direito subjetivo – que já existia, embora se mantivesse em estado de latência – adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de *pretensão*. Observe-se que a pretensão ainda é uma *potência*, uma mera potencialidade de que o direito subjetivo se reveste, não implicando a idéia de *exercício efetivo da pretensão*, de tal modo que, examinando-se o direito subjetivo nesta perspectiva, devemos distinguir os dois momentos que lhe são inerentes, o da pura exigibilidade e o da sua exigibilidade efetiva.

A ação, propriamente dita, que nasce a partir do exercício efetivo da faculdade de exigir, pode ser “ação de direito material” e/ou “ação de direito processual”. Ovídio (2001, p. 83) relata que a maioria dos doutrinadores entendem ser a ação de direito material um agir do próprio titular do direito contra o obrigado, ou seja, um “agir pelas próprias mãos”, configurando assim uma autotutela. É por essa razão que tal ação teria sido banida dos sistemas modernos, emergindo a “ação de direito processual”, essa dirigida contra o Estado, para que, provocado pelo interessado, exerça a atividade jurisdicional e preste a respectiva tutela. É a partir dessa visão “comum” que levantam-se os debates acerca da ação de direito material.

Guilherme Rizzo Amaral (2006, p. 115), no artigo “A polêmica em torno da “ação de direito material””, expõe os pontos de vista de vários autores para, ao final, posicionar-se. Ele também relembra que no direito romano “ação” e “direito subjetivo material” eram a mesma coisa, o que não se equipara à ação processual atualmente, pois “Dizer que tenho ação, para o direito romano, é o mesmo que dizer “tenho direito””.

Conforme Amaral (2006, p. 115-116), para Pontes de Miranda coexistem hoje duas ações, a de direito material e a de direito processual. A primeira deve ser veiculada através da segunda, já que a ação de direito processual surgiu com o fito de proibir o desforço pessoal e a autotutela. Pontes de Miranda afirma que a “ação” (de direito processual) exerce-se junto com a ação (de direito material), sendo aquela “[...] um *plus* que se junta à *actio* quando se chama o obrigado a juízo.” (AMARAL, 2006, p. 119). Ovídio, nesse aspecto, defende a tese do referido autor.



Por outro lado, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira discorda de Pontes de Miranda, já que considera a separação entre os dois planos algo necessário. Para ele, a existência da ação de direito material só pode ser averiguada no final do processo, quando houver o trânsito em julgado da sentença, e nunca no início da demanda (AMARAL, 2006, p. 119).

Frente a esses conflitos, Guilherme Rizzo Amaral (2006, p. 127) posiciona-se pela criminalização do exercício privado da ação de direito material, salvo quanto às raríssimas hipóteses ainda previstas em lei, como a do artigo 1.210, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002³. Porém, o doutrinador (AMARAL, 2006, p.124) afirma que, mesmo diante da ausência da vedação à autotutela, no plano do direito material não poderiam existir pretensões à “declaração”, “constituição” ou “condenação”. Nesse caso, só se admitiriam a “execução”, de mãos próprias, e o “mandamento”, que seriam ordens revestidas de ameaça física ou psicológica. As primeiras só pertencem ao plano do direito processual.

No *paper* intitulado “Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual”, Daniel Francisco Mitidiero (2006, p. 133) critica a fala de Amaral, pois para ele o autor confunde o “plano do direito material” com a “ausência de vedação à auto-tutela”. Diante disso, Mitidiero questiona:

Por acaso o plano do direito material, para existir em um dado ordenamento jurídico, precisa da vedação à justiça de mão própria, como está a sugerir Guilherme Rizzo Amaral com o apoio de José Maria Rosa Tesheiner? Quer dizer que não existe, no plano do direito material, pretensão à declaração? Não existe, no plano do direito material, direito à submissão de alguém à vontade de outrem? Não existe, no plano do direito material, pretensão à declaração?

O autor (MITIDIERO, 2006, p. 131-132), com fulcro na teoria dualista da ação, afirma que existem dois planos distintos, de um lado o plano do direito material e de outro o plano do direito processual, sendo que eles jamais se confundem. Portanto, é incorreto afirmar que a ação de direito processual dependeria, para a sua existência, da verificação da ação de direito material. O mesmo (2006, p. 136) afirma que Amaral não foi capaz, no decorrer da sua explanação, de demonstrar a insubsistência das teses defendidas por Pontes de Miranda.

³ “Art. 1.210. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.” (BRASIL, 2016).



Outro doutrinador, Fábio Cardoso Machado (2006, p. 140), no artigo ““Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material”, considera que ao negar a existência da ação de direito material, isso dificulta a compreensão da ligação entre os dois planos. Para ele (2006, p. 147), embora as duas ações sejam diferentes e designem fenômenos diversos, elas possuem um estreito vínculo instrumental, pois “[...] age-se processualmente para, verificada a procedência do pedido, agir-se materialmente.”.

Machado (2006, p. 146-147) afirma que “[...] lamentavelmente, a doutrina banuiu do seu horizonte a ação de direito material, e assim encobriu o “sol do sistema”, rompendo o vínculo do processo com o direito material [...]”. Sem ter em vista o escopo jurídico do processo, que é a realização da ação de direito material, o processo perdeu o rumo, a razão de ser, a utilidade.

Ainda, levando em consideração o que foi teorizado por Guilherme Rizzo Amaral anteriormente, sobre os tipos de sentenças, o autor (MACHADO, 2006, p. 159) reconhece que em não existindo ações de direito material condenatórias, mas sim ações de direito material executivas, as sentenças devem ser, na maioria das vezes, executivas. Isso porque a sentença condenatória pura e simples não satisfaz o direito do autor.

Na sequência, outro *paper* denominado “A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)” de Hermes Zaneti Junior, elucida as teorias monista do direito processual, dualista da ação, e instrumental, para, ao final, ratificar a teoria circular dos planos de Giuseppe Chiovenda como a melhor opção.

Para o doutrinador (ZANETI JUNIOR, 2006, p. 163-164), continuarão existindo os dois planos, de direito material e de direito processual, o que não implica torna-los estanques, eis a teoria circular dos planos. Ele afirma que “[...] as relações entre processo e direito material se dão pela afirmação (*in status assertionis*) do direito material na petição inicial e pela conseqüente adequação da tutela pleiteada aos interesses do autor.” (2006, p. 181).

Ademais, a teoria circular dos planos pressupõe uma inter-relação entre os planos do direito material e do direito processual, visto um não existir sem o outro, havendo, por isso, uma relação de complementariedade e não de hierarquia entre eles, ou seja, uma relação circular (ZANETI JUNIOR, 2006).

Luiz Guilherme Marinoni (2006), no artigo “Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos” explica que as tutelas jurisdicionais dos direitos



expressam os resultados que o processo produz no plano do direito material. Segundo o estudioso, quando o autor ingressa com uma ação ele está exercendo a pretensão à tutela jurisdicional do direito. Para ele, a categoria da ação de direito material não é adequada aos direitos difusos, já que, por exemplo, todos tem direito à tutela do meio ambiente, mas ninguém tem pretensão de direito material ou ação de direito material contra o poluidor.

Nas palavras do doutrinador (MARINONI, 2006, p. 252):

Se não se pode aceitar a perfeição dogmática da idéia de ação de direito material, também é indiscutível que a teoria da ação abstrata e única – ou de demanda indiferente ao direito material, caso se prefira – não está de acordo com o Estado constitucional, os direitos fundamentais e a própria legislação processual. O que se propõe, em outras palavras, é a existência de um direito à construção da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto, o qual é obviamente autônomo em relação ao direito material, mas tem a sua legitimidade dependente da tutela jurisdicional de direito reclamada.

Ele acredita que pensar sobre as formas de tutelas devidas pelo Estado, em um Estado Constitucional, para a proteção de direitos, especialmente os direitos fundamentais, é muito mais importante do que teorizar a respeito da ação de direito material (MARINONI, 2006).

Por fim, na obra escrita por Daniela Boito Maurmann Higaldo (2011, p. 168-169), a autora explica que o direito material e o direito processual não podem ser separados, da mesma forma em que não podem ser unificados. No seu entendimento, novas criações científicas não irão resgatar a relação entre direito material e processo, mas sim a recuperação do mundo da vida, para que o direito material possa acontecer em seu “ser” no processo.

Conforme a autora (HIGALDO, 2011, p. 178) “[...] a ação de direito material é o elo de ligação entre o direito material e o processo, que impede a conceitualização e a construção arbitrária de ambos.”. A ação de direito material, por sua vez, sendo “modo-de-ser do direito material”, traz o mundo prático ao processo, sendo essa a sua importância como categoria hermenêutica (2011, p. 188).

Nesse sentido, Higaldo (2011, p. 200) reconhece a eficácia executiva, que só é possível pela visão do processo a partir da ação de direito material. Isso “[...] remete à existência de uma ação executiva no direito material e permite o estabelecimento de procedimentos diferenciados, sem necessidade de previsão pelo



legislador do processo, porque pertencente ao conteúdo do direito material e, por isso, previsto na lei material.”.

Seguindo essa lógica, não se pode negar a existência da ação de direito material, tampouco dizer que ela foi substituída pela ação de direito processual, pois isso “[...] despontencializa o direito material e impede a visão de que as eficácias das sentenças não estão à disposição do juiz [...]” (HIGALDO, 2011, p. 205)⁴.

Diante das reflexões teóricas, sucintamente apresentadas nessa seção, é possível perceber a real existência de uma polêmica sobre a ação de direito material. Os autores divergem, e expõem pontos de vista e posicionamentos variados, não havendo, até então, um consenso entre eles, muito pelo contrário, vários discordam veemente uns dos outros. É por essa razão que não se pode dizer com absoluta certeza, e sob o amparo de uma doutrina majoritária, qual é o mais adequado para os novos direitos.

2 AS TEORIAS DA AÇÃO E A TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: a melhor opção para os direitos na sociedade em rede.

A partir das reflexões realizadas na seção anterior deste trabalho, passa-se a investigar as quatro principais teorias da ação apontadas pelos doutrinadores. Serão expostas a teoria empregada pelo antigo Código de Processo Civil e a teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo que, a partir disso, buscar-se-á descobrir se essa última é a melhor opção para os direitos na sociedade em rede.

Para tanto, faz-se importante citar a polêmica entre Windscheid e Muther, por se tratar de um marco histórico, em razão de que a doutrina anterior a essa não separava ação e direito material (MARINONI, 2013, p. 169). Para Windscheid, a *actio* romana era o próprio direito, ou seja, era a possibilidade de realização da vontade por meio da perseguição em juízo. No entanto, quanto aos direitos reais, o mesmo posiciona-se de modo a afirmar que “[...] a *actio* não nascia da ofensa, pois a

⁴ Ao final do livro, Higado (2011, p. 239) apresenta, realizado o seu estudo, uma aposta paradoxal, qual seja, “[...] retomar a ação de direito material, como forma de resgate do mundo prático, o que permite que a tarefa da interpretação e da compreensão se dê como aplicação, em que o modo-de-ser do direito material possa impor-se no processo, transformando-o e, com isso, transformando o mundo.”.



violação da propriedade fazia surgir um direito obrigacional, cujo não cumprimento é que dava origem à ação.” (MARINONI, 2013, p. 170).

Muther, por sua vez, argumentou que o direito de agir, era um direito de agir contra o Estado, na figura dos órgãos jurisdicionais, e que o pretor, diante disso, deveria outorgar a “fórmula” ao autor, que nada mais era que a tutela jurídica. Para Muther, “O direito de agir se destina a fazer com o que o Estado exerça o seu direito contra o obrigado [...]” (MARINONI, 2013, p. 127). Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 172) “[...] um dos importantes frutos da polêmica foi o de demonstrar a separação entre os planos do direito material e do direito processual, deixando para trás a antiga concepção que unia o direito material e a ação.”. Frente à alegação do autor, emergem os discursos apresentados na primeira seção deste trabalho.

Dito isso, passa-se à abordar as quatro principais teorias da ação, quais sejam: 1) Teoria civilista da ação; 2) Teoria do direito concreto de ação; 3) Teoria do direito abstrato de ação; e 3) Teoria eclética da ação processual. A primeira delas, também denominada “Teoria clássica”, surgiu no Século XIX, ou seja, no Direito moderno, e teve como principal defensor Friedrich Carl von Savigny. Para ele, “[...] a *actio* nascia da violação de um direito e não do exercício desse direito (da *actio* em si) em juízo.”, tendo, esse argumento, sido contestado por Windscheid (ISAIA, 2012, p. 123). Para tal teoria, a ação nada mais é que o agir daquele que tem direito, ou seja, daquele que tem a demanda julgada procedente.

Os adeptos da Teoria civilista da ação propunham a adoção da ação de direito material, ao invés de teorizar a respeito da ação de direito processual. Ovídio (2001, p. 94), por sua vez, expõe uma crítica quanto a essa teoria ao afirmar que a ação processual, entendida como o direito de perseguir em juízo “o que nos é devido pelo obrigado”, confundiu e misturou o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal com a ação de direito material. Sendo essa última o agir do titular do direito para obtenção “do que lhe é devido”, os casos de promoção de processos sem ter direito ficam inexplicados, ou seja, tal teoria “[...] ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente, pois, evidentemente, em tal caso, a “ação” processual não teria sido o direito de perseguir em juízo “o que nos é devido”... pelo obrigado.”.

A Teoria do Direito concreto da ação, de Adolf Wach, diferentemente da anterior, exigia que o direito de ação se perfectibilizasse através do processo, o que



pôs fim à unidade entre direito material e processo (ISAIA, 2012, p. 133). Para Wash (MARINONI, 2013, p. 175) “[...] o direito material não é um pressuposto necessário do direito à tutela jurídica. [...] Mas a tutela jurídica apenas é prestada pela sentença favorável.”. Isso significa dizer que a tutela jurídica pressupõe uma sentença de procedência da ação, e nunca de improcedência⁵.

Nesse caso, o interessado poderia solicitar ao juiz uma declaração positiva, de que algo lhe era devido, mas, também, uma declaração negativa, em que o magistrado asseverasse que nada era devido pelo autor, ou, ainda, que nada era devido por ninguém (ISAIA, 2012, p. 133). A crítica recebida por essa teoria foi no sentido dela não explicar o fenômeno da ação improcedente, “[...] ao identificar a “ação” processual com um novo direito *atribuído apenas ao titular do direito subjetivo* posto na demanda, para que este desencadeasse a atividade jurisdicional e realizasse a *condição necessária* para que o Estado aplicasse a “vontade da lei” no caso concreto [...]” (SILVA, 2001, p. 97).

A terceira teoria, do direito abstrato de ação, que têm como principais nomes Plósz e Degenkolb, conferia a qualquer um que invocasse o direito de acesso aos tribunais, o direito de ação. Ou seja, teria ação o indivíduo que tivesse acesso aos tribunais, independentemente de o autor ter ou não razão (ISAIA, 2012, p. 132). Conforme Marinoni (2013, p. 173), “Para esses juristas, o direito de agir é, além de autônomo, independente do reconhecimento do direito material.”.

O problema dessa teoria está em que, para muitos juristas ela confundia o direito de ação com o direito de petição, que são coisas completamente diferentes, já que o direito de petição era outorgado indistintamente a todos os cidadãos e, em contrapartida, para ter direito de ação era necessário o preenchimento de determinados requisitos (SILVA, 2001, p. 98). No entendimento de Ovídio (2001, p. 98-99),

Diferentemente de um mero direito abstrato e indeterminado, o verdadeiro “direito de ação” haveria de qualificar-se através de determinados requisitos prévios, ou *condições* legitimadoras de seu exercício, de tal modo que – não se identificando com o *direito a uma sentença favorável*, como o concebiam defensores da teoria do “direito concreto de ação” – também não fosse

⁵ Nas palavras de Marinoni (2013, p. 175), “Wash, porém, desenvolveu a sua teoria tomando em consideração especialmente a ação declaratória. A ação declaratória, ao contrário de objetivar a realização de um direito subjetivo, tem por meta a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica. [...] Na verdade, a ação declaratória, seja da declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, requer apenas um interesse na declaração.”.



assimilado a mero *direito cívico de petição*, faculdade esta que todo cidadão tem de reclamar providências perante os órgãos do Estado, tenha ou não procedência a reclamação.

Por fim, a Teoria eclética da ação processual, de Enrico Tullio Liebman, foi adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 no Brasil. Conforme esse jurista, o direito de ação é exercido diretamente contra o Estado, por meio da ação processual, tendo ou não razão o autor (ISAIA, 2012, p. 134). O direito de ação nada mais é que o direito à jurisdição, sendo que “[...] entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro.” (SILVA, 2001, p. 99).

Ademais, para que haja jurisdição faz-se necessária a superação da fase de averiguação prévia, ou seja, primeiro requer-se o preenchimento de determinadas condições, para que depois nasça a ação processual (SILVA, 2001, p. 100). Isso foi o que separou o direito de petição do direito processual de ação. Para Marinoni (2013, p. 179), tais condições foram “[...] a princípio delineadas por Liebman como legitimação para agir, interesse de agir, e possibilidade jurídica do pedido, e posteriormente por ele reduzidas apenas à legitimidade para agir e ao interesse.”.

O Código de Processo Civil antigo, em seus artigos 3º e 267, inciso VI, previa como condições da ação a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Não estando presentes qualquer uma dessas condições da ação, o processo era extinto sem julgamento do mérito (BRASIL, 2016). “Liebman entende que as condições da ação são requisitos para a sua existência. Quando tais condições estão ausentes há carência da ação.” (MARINONI, 2013, p. 180).

Isaia discorda da extinção do processo sem julgamento do mérito frente à ausência dessas condições, pois, para ele, no momento da verificação do não preenchimento dessas, o juiz deveria julgar o mérito da causa, decidindo pela improcedência do pedido e, assim, fazendo coisa julgada material. Nas palavras do doutrinador (ISAIA, 2012, p. 139),

Compreendendo-se que a decisão acerca da ausência de uma das condições da ação é uma decisão de mérito e que tais elementos, ainda que diferentes, não podem ser cindidos, a conclusão não pode ser outra: naquele caso haverá, após o trânsito em julgado, a formação da coisa julgada material, o que acabará resguardando o foro da própria integridade do direito material discutido. Vale dizer, no exemplo em que o locador ajuizou ação contra suposto ilegítimo, não há como expressar-se o mesmo pedido entre as mesmas partes noutra ação. A matéria, dentre eles, já estará julgada.



Quanto ao Código de Processo Civil de 2015, o que o diferencia do antigo é o fato de não discorrer expressamente sobre as “condições da ação”. Contudo, no artigo 17 consta que “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”, retirando deste escopo a possibilidade jurídica do pedido. O artigo 330 prevê o indeferimento da petição inicial quando a parte for manifestamente ilegítima (inciso II) ou quando o autor carecer de interesse processual (inciso III). E o artigo 485 confirma que o juiz não resolverá o mérito quando verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual (BRASIL, 2016).

Frente a isso, pode-se dizer que o novo código adotou a Teoria eclética da ação processual de Enrico Tullio Liebman, na sua segunda fase, já que a possibilidade jurídica do pedido foi excluída do rol necessário para a postulação em juízo (BEDUSCHI, 2015, p. 207). Se, por exemplo, alguém ingressar no judiciário com um pedido de cobrança de dívida do jogo do bicho, esse será julgado improcedente pela impossibilidade jurídica do pedido, apreciando o mérito da causa e fazendo coisa julgada material. Isso impossibilita a reapreciação do caso pelo juiz, se o indivíduo ingressar novamente no judiciário com uma ação idêntica.

Alguns entendem que o tratamento dispensado pelo atual código de processo civil é louvável, pois “Pôs-se um fim a um debate doutrinário de mais de quarenta anos e quebrou-se o paradigma das “condições da ação” que, muitas vezes, era alçada a um status ontológico.” (FONSECA FILHO, 2015). Outros, como Marinoni (2013, p. 192), realizam uma crítica, pois

Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material (legitimidade para a causa?) ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida (ausência de interesse de agir?). Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou a inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Contudo, alguns doutrinadores e Tribunais tem adotado a Teoria da asserção, segundo a qual o magistrado verificará a presença das condições da ação na fase postulatória. Em não estando presente qualquer uma delas, extinguirá o processo sem resolução do mérito. Mas se tal ausência for verificada na fase instrutória,



deverá extinguir o processo com resolução do mérito, julgando improcedente o pedido (FONSECA FILHO, 2015). Assim, “[...] a verificação das condições da ação se dá através das afirmações feitas pelo autor na inicial, ou seja, abstratamente, no estado em que são apresentadas [...]” (MOTTA, 2013).

Para demonstrar a aplicação dessa teoria pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foram selecionadas duas jurisprudências recentes, que inclusive foram decididas após a entrada em vigo do Código de Processo Civil de 2015. A primeira é uma apelação cível, julgada pela décima quinta câmara cível da comarca de Porto Alegre, em que são apelante e apelado Marcio Lavies Bonder, Viviane Pacheco Eibel e Decolar.com Ltda⁶. Nesse caso, o magistrado afirma que a antiga teoria, de Liebman, resta superada, e foi substituída pela moderna Teoria da asserção, que também tem sido empregada pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016).

A segunda jurisprudência selecionada é um agravo de instrumento, julgado pela nona câmara cível da comarca de Caxias do Sul, em que é agravante Ivete Maria Zandona e agravado Flavio Danna⁷. Consta na decisão que “[...] este Colegiado adota a teoria da asserção para aferir as condições da ação e identificar a legitimidade “ad causam”” (BRASIL, 2016). Percebe-se, com isso, que mesmo após a entrada em vigor do novo código, que adota a Teoria eclética da ação processual em sua segunda fase, os Tribunais tem optado pela Teoria da asserção.

O fato é que, para Saldanha e Isaia (2010, p.109)

⁶ **Ementa:** APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE PASSIVA. DECOLAR.COM. EMPRESA DE E-COMMERCE INTERMEDIÁRIA. As condições da ação, nos termos da teoria da asserção, devem ser analisadas em abstrato, ou seja, in status assertionis, levando-se em consideração unicamente os fatos narrados na inicial pela parte autora. A requerida, na condição de intermediária do pacote de turismo, deve figurar no polo passivo da demanda em razão da imputação de responsabilidade pelo fato danoso [...]. (Apelação Cível Nº 70067054528, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 13/04/2016)

⁷ **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ENVIO DE E-MAILS COM FOTOGRAFIAS ÍNTIMAS DO AUTOR, VEICULADAS NO ESPAÇO VIRTUAL (INTERNET), SUPOSTAMENTE MANIPULADAS PELOS RÉUS. CONTEÚDO DIFAMATÓRIO À IMAGEM E BOM CONCEITO DO AUTOR E DA EMPRESA QUE MANTINHA À OCASIÃO DA PROPAGAÇÃO DAS FOTOGRAFIAS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" AFASTADA. TEORIA DA ASSERÇÃO. À luz da teoria da asserção, as condições da ação devem ser aferidas no plano abstrato, levando em conta a narrativa da petição inicial. A exposição dos fatos na exordial permite identificar perfeitamente a causa de pedir, que estão relacionada também à propagação da fotografia difamatória na internet. Como consequência do evento danoso ali narrado alega-se que o autor amargou danos materiais, lucros cessantes e danos morais, pois o fato lesivo repercutiu significativamente na sua atividade negocial e prejudicou consideravelmente seus rendimentos à época do episódio [...]. (Agravo de Instrumento Nº 70068229855, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/04/2016)



Negar que, quando estamos a falar em condições da ação, estamos em verdade a tratar do próprio mérito da causa, significa retroalimentar a ideologia liberal que insiste em manter-se atuante no sistema processual civil brasileiro a partir da passividade do juiz. Significa permanecer na aposta ao normativismo jurídico e na concepção de que o Direito é construído unicamente pelo legislador, não havendo espaço para a interpretação, concebendo-se a regra separada do fato, da realidade.

Um dos principais pontos negativos da teoria de Liebman, seja na primeira ou na segunda fase, está em que verificada a ausência de uma das condições da ação, seja no início, no meio, ou no final do processo, essa é extinta sem julgamento do mérito. Ocorre que, diante da ordinarização no processo brasileiro, em que uma simples demanda pode demorar um, dois ou mais anos para ser julgada, a extinção do feito sem julgamento do mérito, ao final, representa a possibilidade de postulação de uma ação idêntica, o que atola o poder judiciário, já saturado (ISAIA, 2013). Além é claro, de não fazer muito sentido. É por essa razão que a Teoria da asserção mostra-se como uma melhor opção na atualidade, especialmente em face dos direitos emergentes na sociedade em rede, um desafio para a jurisdição processual civil no Século XXI.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho, conclui-se que a natureza da ação sofre influências que decorrem do momento histórico em que é posta à análise. Desse modo, as diversas teorias que emergiram a partir do Século XIX até então, não construíram um conceito fechado e único para a ação, seja de direito material, seja de direito processual.

Isso é corroborado quando apresentada a polêmica sobre a ação de direito material, onde os doutrinadores divergem sobre a existência ou não de uma ação de direito material na atualidade, não havendo um consenso, tampouco um posicionamento dominante quanto a isso.

Com relação às principais teorias da ação, quais sejam Teoria civilista da ação, Teoria do direito concreto de ação, Teoria do direito abstrato de ação e Teoria eclética da ação processual, o Código de Processo Civil de 1973 adotou essa última, de Enrico Tullio Liebman, em sua primeira fase, que instituiu como condições da ação a legitimação para agir, o interesse de agir, e a possibilidade jurídica do



pedido. Nesse caso, não estando presente qualquer das condições da ação, o processo é extinto sem julgamento do mérito.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, adotou a Teoria eclética da ação processual em sua segunda fase, onde a possibilidade jurídica do pedido é excluída do rol das condições da ação. Dessa forma, em não havendo possibilidade jurídica do pedido, a ação é julgada improcedente, sendo analisado o mérito da causa e, ao final, fazendo coisa julgada material. Esse é um aspecto positivo, pois evita que a mesma ação seja proposta novamente e, também, em função da ordinarização do processo no Brasil.

Contudo, alguns autores entendem que o mérito da causa deve ser apreciado diante da ausência de qualquer das condições da ação, pois não há lógica, por exemplo, em o juiz extinguir o feito sem julgamento do mérito ao final do processo, quando já possui condições de apreciar o mérito da causa. É por essa razão que alguns Tribunais, como o do Rio Grande do Sul, e também os Tribunais Superiores, tem aplicado a Teoria da asserção, mesmo após o advento no novo código.

Por fim, conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015 avançou quanto às teorias da ação, porque retirou do rol das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, contudo, poderia ter avançado muito mais, e permitido a apreciação do mérito da causa diante da ausência de legitimação para agir e interesse de agir, também.

É por essa razão que a Teoria da asserção mostra-se mais adequada, principalmente frente aos novos direitos, pois as condições da ação são verificadas na fase postulatória, e quando não preenchidas na fase instrutória, o pedido é julgado improcedente e o processo é extinto com resolução do mérito, o que é mais justo em um Estado Democrático de Direitos, e em observância à Constituição Federal brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BEDUSCHI, Leonardo. O conceito de ação no novo código de processo civil. **Revista Jurídica FURB**, v.19, n.38, p.195-222, jan./abr. 2015. Disponível em:



<<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4599/2983>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Publicada no Diário Oficial da União, de 11-1-2002. Vade Mecum OAB e concursos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Publicada no Diário Oficial da União, de 17-1-1973. Vade Mecum OAB e concursos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. _____. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Publicada no Diário Oficial da União, de 16-3-2015. Vade Mecum OAB e concursos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70068229855**. Relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva. Porto Alegre-RS, 27 de abril de 2016.

_____. _____. **Apelação cível nº 70067054528**. Relatora Desembargadora Ana Beatriz Iser. Porto Alegre-RS, 13 de abril de 2016.

FONSECA FILHO, Otávio Bueno. Novo código de processo civil quebra paradigma das “condições da ação”. **Revista Consultor Jurídico**, 30 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>>. Acesso: 24 mai. 2016.

HIGALDO, Daniela Boito Maurmann. **Relação entre direito material e processo**: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ISAIA, Cristiano Becker. Os desafios da jurisdição processual civil no século 21. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da. **Direitos emergentes na sociedade global**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

_____. **Processo civil e hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.



_____. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MATTOS, Simone Silveira Peçanha. Teoria da asserção e o direito ao julgamento com resolução de mérito. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 2013. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_proce ssual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/SimoneSilveiraPecanhaMattos.pdf> Acesso em: 25 mai. 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. A possível superação do dualismo metafísico entre condições da ação e mérito da causa no direito processual civil. **Revista do Curso de Direito da FSG**, ano 4, n.8, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/722>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, volume 1. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.