

A TRANSFERÊNCIA DA ANÁLISE DA TEORIA DA ASSERÇÃO PARA O ADVOGADO

NEDSON FERREIRA ALVES JÚNIOR

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia. E-mail: nedsonjunior@hotmail.com

Envio em: Agosto de 2013

Aceite em: Agosto de 2014

Resumo

É inerente ao direito de ação a característica de ser voltado contra o Estado, mesmo que os efeitos sejam contra a parte demandada. Para tanto, o Estado, mediante a tutela jurisdicional, exige da parte interessada que preencha três requisitos para ter o direito de ação resguardado. São eles: interesse, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido. A normatividade da análise dessas condições, pelo atual sistema processual civil, é realizada pelo juiz. Essa análise ocorre em abstrato e decorre da asserção do autor sobre os fatos e fundamentos da demanda. Isso é representado pela teoria da asserção. Ocorre que é, juridicamente, viável que a análise da asserção seja feita pelo advogado, tendo em vista a natureza jurídica das condições da ação que é de direito público. Ademais, o Estatuto da Advocacia e o Código de Ética da OAB impõem ao advogado orientar o patrocinado a não ingressar com lides temerárias ou aventuras jurídicas. Evitar-se-á isso, se o interessado cumprir com as condições da ação, as quais são verificadas pela teoria da asserção.

Palavras-chave: Teoria da Asserção. Condições da Ação. Direito de ação. Prelibação. Advogado.

TRANSFERENCIA DE ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA AFIRMACIÓN DE ABOGADO

Abstract

Es propio de el derecho de acción la característica de se volver contra el Estado, mismo que los efectos se pongan contra la persona del demandado. Por lo tanto, el Estado, a través del examen judicial, requiere de la parte interesada que cumpla con tres requisitos del derecho de la acción. Ellos son: el interés, la legitimidad y la posibilidad legal de la solicitud. El análisis de estas condiciones, em el actual sistema de procedimiento civil, se lleva a cabo por el juez. El análisis se presenta en el resumen y se deriva de la afirmación del autor de los hechos y los fundamentos de la demanda. Ellos estan representado por la teoría de la afirmación. Ocorre que es legalmente viable el análisis de la afirmación es hecha por el abogado, en vista de la naturaleza jurídica de las condiciones de la acción, que es el derecho público. Por otra parte, el Estatuto del Abogados y el Código de Ética de la OAB imponen a los abogado evitar las tareas o aventuras temerarias legales. Se evita esto, si la persona en cuestión cumpla con las condiciones de la acción, que se comprueban por la teoría de la afirmación.

Keywords: Teoría de la asertividad. Las condiciones de acción. Derecho de la acción. Antecipo. Abogado.

1 INTRODUÇÃO

A análise do direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro deve partir da garantia Constitucional daquele direito, em especial pelo fato de que o Estado não excluirá a apreciação de ameaça ou lesão a direitos. Isso é o que preconiza o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O Código de Processo Civil (CPC) determina que, para ajuizar ou defender a parte interessada, deve haver três requisitos abstratos: interesse, legitimidade e o pedido deve ter amparo no direito em vigor.

Quando a parte interessada ajuíza uma demanda, é feito na expectativa de obter uma resposta do Poder Jurisdicional. O direito de ação conforme garantido na Constituição Federal é incondicionado, e a ação (enquanto ordem formal documentada) será aceita para processamento e julgamento com subsídio na afirmação do autor da demanda de que existe a causa de pedir.

Esta análise abstrata da presunção de verdade nas alegações do autor é reconhecida pela doutrina como teoria da asserção. O autor afirma que existe causa de pedir e relação jurídica com a parte adversa e ao juiz compete verificar a verossimilhança dessa afirmação, o que garantirá o mínimo ao jurisdicionado: o direito da ação.

Busca-se, com esta pesquisa, perquirir se a teoria da asserção pode ser aferida pelo advogado como sujeito que tem o primeiro acesso à expectativa do direito de ação do autor. Para tanto, será realizado um apanhado sobre quais são as condições da ação e a sua importância para a garantia constitucional daquele direito.

Para responder à pretensão da pesquisa, serão trabalhados o Estatuto e o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que determinam ao advogado o denodo e parcimônia na orientação jurídica à parte interessada. Será estudado se esses dispositivos são aplicações virtuais da teoria da asserção, o que configuraria a transferência da função da análise da afirmação do juiz para o advogado.

Estudar-se-á a teoria da asserção, traçando um paralelo com as teorias que a contrapõem e, também, como é verificada no processo. No que tange a essa verificação, será abordado quem é o sujeito processual competente para fazê-la e a fase processual para fins de mister.

Não é viável estudar a teoria da asserção e o próprio direito de ação sem destacar o que é e quais são as condições da ação. Por esse motivo, a pesquisa trará uma análise sintética sobre as condições da ação.

A metodologia utilizada foi a de compilação, compreendendo a análise de obras jurídicas, artigos científicos, interpretação de artigos da Constituição Federal, Código de Processo Civil e Estatuto e o Código de Ética da OAB.

2 BREVE ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Em decorrência da necessidade Estatal de manter a harmonia na sociedade, o Estado concede ao indivíduo a possibilidade de ser socorrido pelo Poder Jurisdicional, o qual é entendido como uma das manifestações do poder do Estado, que visa por fim aos litígios.

Para tanto, a Constituição Federal, de 1988, elencou, no já citado artigo 5º, inciso XXXV, o direito da parte interessada em acessar o Poder Judiciário para obter uma resposta a respeito do seu questionamento. É de grande valia a lição de Wambier (2005, pg. 138), quando este faz menção à natureza jurídica do direito de ação. Para ele, “o direito de ação faz parte do sistema constitucional de garantias, próprias do Estado de Direito, razão pela qual alguns autores preferem denominá-lo de direito constitucional de ação, enquanto outros optam por enquadrá-lo no direito de petição”¹.

É garantido à parte interessada utilizar a jurisdição voluntária ou contenciosa, conforme o caso concreto exija. Essa dicotomia da jurisdição está prevista no artigo 2º do Código de Processo Civil e dependerá da espécie de pendência a ser resolvida pelo Poder Judiciário.

¹ No mesmo sentido: Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, pg. 285).

Uma das lições comenzzinhas da teoria geral do processo diz que o direito de ação é resguardado a qualquer indivíduo que necessite de um amparo do Estado-Juiz. Assim, o direito de ação está desvinculado do direito material, haja vista que o primeiro é de cunho formal. Tanto é que o processo não é um fim em si mesmo.

Ao tomar parte nessa linha de raciocínio, Rios Gonçalves (2012, pg. 131) escreveu, de forma clara, que: “uma coisa é o direito material, que a lei nos assegura; outra, o direito de ir a juízo, para que o Poder Judiciário dê uma resposta a uma pretensão a ele levada”.

O desdobramento da ideia do parágrafo anterior é possível em razão da evolução do Direito Processual Civil, que partiu da concepção que só existiria processo se houvesse a clara demonstração da lesão ao direito material do interessado. Por essa concepção, inexistia a dualidade entre direito processual e direito material, sendo que este englobava e ditava as regras daquele.

Contudo, o Processo Civil moderno considera a teoria dualista entre o direito material e processual. Dessa forma, há uma independência jurídica desses ramos, o que mostra ser desnecessária a demonstração efetiva do vínculo jurídico entre a parte demandante e a demandada.

O acesso à tutela jurisdicional é resguardada pela independência das normas processuais, que possuem princípios e exigências próprias e que são perceptíveis por meio das codificações processuais, máxime do CPC.

Isso permite que o ajuizamento de uma ação judicial possa ocorrer com a virtualidade do direito material, já que as normas de direito processual exigem da parte interessada o cumprimento de requisitos previamente delimitados. Tratam de requisitos principiológicos e legais; estes últimos explicados através de teorias.

É possível invocar, como princípio básico do direito de Ação, o de acesso ao judiciário. Segundo esse princípio, o Estado deve garantir meios eficazes para que o interessado seja socorrido pelo amparo jurisdicional nas ocasiões em que necessitar restabelecer a paz no seu convívio social.

Cumprido destacar que o princípio do acesso ao ju-

dicário garante, de forma preliminar, o direito de ação, pois requer apenas o interesse da parte autora em exigir do Estado o cumprimento da tutela jurisdicional. O acesso à justiça é incondicionado, ao passo que o direito de ação é condicionado.

Sobre a definição da ação em sentido estrito, é possível aproveitar as palavras de Rios Gonçalves (2012, pg. 132). Ele define a ação como a forma pela qual se provoca o Judiciário a prestar a tutela jurisdicional.

A respeito do acesso à justiça como manifestação da prestação jurisdicional, Rios Gonçalves (2012, pg. 134) emite a seguinte opinião:

Em sentido mais abrangente, ação é o direito subjetivo de acesso à justiça, o direito de obter do Poder Judiciário uma resposta, qualquer que ela seja, a todas as pretensões que lhe forem dirigidas. É o direito de pôr em movimento a máquina judiciária, de provocar uma resposta, enfim, o direito de acesso ao juízo. [...] Trata-se de uma garantia constitucional, atribuída a todos, que não depende de nenhuma condição. É direito incondicionado.

Outrossim, a tutela jurisdicional somente é exercida pelo juiz natural, outro princípio básico da teoria geral do processo e que é resguardado na Constituição Federal, de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV. Esse princípio resguarda ao interessado a prévia constituição do Estado-Juiz em relação a sua solicitação jurisdicional. O conflito levado à análise do Estado não poderá ser dirimido por um Tribunal de Exceção, que aquele constituído após a existência do conflito.

Transpondo para a análise dos requisitos legais, o CPC exige que, para o ajuizamento da ação, a parte autora ou interessada esteja revestida de capacidade postulatória. Neste ponto, há duas vertentes de pensamentos jurídicos. Parte da doutrina entende que a capacidade postulatória é da parte autora, que é o indivíduo que possui a pretensão da resposta jurisdicional. Para a outra corrente doutrinária, a capacidade postulatória é outorgada à pessoa do advogado, que é o profissional que possui capacidade técnica e autorização legal para postular em juízo.

Contudo, é necessário ressaltar que capacidade

postulatória não pode ser entendida como competência postulatória. A primeira é inerente de quem possui interesse na solução da lide, visto que a análise etimológica significa requerer algo. A segunda é resguardada a quem possui capacidade legal para representar e requerer em juízo em nome do indivíduo interessado.

Prova de que capacidade postulatória e competência postulatória não se confundem é que a primeira deve preencher requisitos legais fincados nos artigos 3º e 6º do CPC, compreendendo: a) interesse de agir; b) legitimidade e c) capacidade jurídica do pedido, os quais são definidos como condições da ação. Câmara (2010, pg. 123) critica a denominação “condições da ação”, argumentando que, quando há condições, estar-se-á diante de um evento futuro. De acordo com a visão daquele jurista, a terminologia “condição” deve ser substituída por “requisitos da ação”.

2.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Sabe-se que a ação contrapõe-se à inércia do poder jurisdicional, que não age de ofício, mas sim depende de uma provocação da parte interessada. Este ato de provocar a atividade do Estado-Juiz depende do interesse do indivíduo em obter uma resposta a sua solicitação. “A ação em sentido estrito aparece, portanto, como um direito condicionado. A qualquer tempo que verifique a falta das condições, o juiz extinguirá o processo, interrompendo o seu curso natural, sem apreciar o que foi pedido, sem examinar o mérito” (GONÇALVES, 2012, pg. 137)

Interesse de agir é entendido como o uso do direito facultativo da ação e esta sofre entre a necessidade da atividade jurisdicional e adequação da via processual para obter a análise do pedido. O sujeito que ajuíza uma demanda judicial o fará com base no interesse de agir para ver dirimida a peleja. É importante destacar que o interesse de agir independe da prova concreta da violação do direito material. O interessado poderá ter interesse de agir para sanar dúvida sobre a existência ou não de algum direito que entende ter sido violado, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição que

garante esse direito.

De igual sorte, o artigo 4º do CPC reconhece como demonstrativo do interesse de agir o pedido do autor na declaração judicial sobre a existência ou inexistência de relação jurídica e, falsidade ou autenticidade de documento.

A característica primordial da condição da ação em destaque é que somente o sujeito que possui relação jurídica com a causa de pedir é que possuirá interesse jurídico e poderá, em vista disso, valer-se do direito de ação. Nesse ponto, é necessária a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, pg. 285), que destacam:

Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder. [...] A ação é dirigida apenas ao Estado (embora, uma vez apreciada pelo juiz, vá ter efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu, ou executado).

É tênue a separação do interesse de agir e a legitimidade, consoante que a legitimidade é conceituada como vínculo jurídico das partes autora e requerida com o objeto da ação. Legítima será a parte que demonstrar a vinculação jurídica com a causa de pedir, como bem demonstrado pelo artigo 6º do CPC.

Essa condição não é absoluta, pois sofre flexibilização, quando a parte final do artigo 6º do CPC autoriza que terceiros defendam direitos alheios, desde que haja autorização legal para fins de direito. É o que ocorre com a substituição processual, *ex vi* nos moldes do artigo 42 do mesmo Diploma Legal.

O pedido juridicamente possível é concebido sob a ótica do pedido que não fere as normas legais ou que não é ilícito. A importância da verificação dessa condição se dá pelo fato de inviabilizar o processamento e julgamento de pedidos que não possuem amparo legal ou que fogem à realidade jurídica.

3 A TEORIA DA ASSERTÇÃO

Conforme visto, para configurar o direito de ação, o indivíduo deve preencher os três referidos requisitos. É

prudente frisar que os três requisitos são cumulativos e a ausência de qualquer deles autoriza o Juiz a não reconhecer o direito de ação.

Esse reconhecimento acontece por determinação legal, considerando os artigos 3º e 6º do CPC, que obrigam a parte interessada no direito de ação demonstrar o interesse, legitimidade e que o pedido terá amparo jurídico.

Cumprindo a parte autora com o preenchimento das condições da ação, o seu direito de ação será analisado de forma abstrata. Essa análise será realizada com base na verossimilhança da causa de pedir.

Esta verossimilhança significa verificar se entre o demandante e o caso concreto existe ligação jurídica, o que dará credibilidade (mesmo que prévia) às argumentações postas em juízo. É extrair se entre o fato e o sujeito existem indícios de verdade.

Será verossímil, porque todas as alegações poderão ser contrariadas no decorrer do processo, através do direito de defesa e da produção de provas. Além disso, é assegurado ao Juiz o princípio do livre convencimento motivado (art. 130 do CPC), que autoriza o Estado-Juiz a valorar, livremente, as provas que estão nos autos, no afã de emitir uma decisão interlocutória ou sentença no limite do que está deduzido e produzido no processo. “Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que possa verificar se estão presentes as condições da ação” (CÂMARA, 2010, pg. 130).

Na compreensão do instituto jurídico em questão, é importante a análise etimológica da palavra asserção. Pela definição do dicionário da língua portuguesa, Aurélio (2008, pg. 146) explica que asserção significa afirmação, assentimento. Logo, por uma definição extraída do vernáculo, a teoria da asserção é conceituada como a teoria em que, em razão do preenchimento das condições da ação, será afirmativo o direito de ação da parte interessada.

Silva (2007, pg. 150) define a teoria da asserção como a teoria da causa madura. Dizer que a causa está em estado de messe é afirmar que o mérito deverá ser

analisado pelo órgão julgador. Esse entendimento não ganha amparo no ordenamento jurídico hodierno, haja vista ser corolário do impedimento da apreciação do mérito as causas do artigo 267, inciso VI, do CPC.

O exame das condições da ação deve ser feito em abstrato, pela versão dos fatos trazida na petição inicial, *in statu assertionis*. O juiz verificará se elas estão preenchidas considerando verdadeiro aquilo que consta da inicial, em abstrato. [...] Portanto, para um assertivista, elas são examinadas apelas em abstrato, pelo que foi afirmado na inicial: daí o nome teoria da asserção, ou da afirmação (GONÇALVES, 2012, pg. 145).

O indivíduo poderá ter direito de ação, mas não, necessariamente, terá o mérito (ou objeto) analisado pelo Juiz, caso inexistir alguma das condições da ação.

3.1 A DEDUÇÃO DA ASSERÇÃO PELO JUIZ: A PREMISSA GERAL

A Constituição Federal, de 1988, consagra o princípio do juiz natural, segundo o qual apenas o órgão investido de jurisdição poderá prestar a tutela jurídica. Ao discorrer sobre a função do juiz, Carnelutti (2010, pg. 31) destacou que “juiz, é, em primeiro lugar, alguém que tem juízo. [...] Diz-se que tem juízo os que sabem julgar”.

Nesse ponto, faz-se necessária a lição de Donizetti (2013, pg. 43) sobre o direito de ação. Sobre esse contexto, ele deduz:

O direito de ação é público, porque se dirige contra o Estado-juízo. É subjetivo porque o ordenamento jurídico faculta àquele lesado em seu direito a pedir a manifestação do Estado (provocar a tutela jurisdicional) para solucionar o litígio, dizendo qual é o direito de cada uma das partes no caso concreto.

Agregado ao princípio do juiz natural, o do devido processo legal resguarda a garantia do processamento da ação seguir as etapas definidas legalmente para determinada matéria.

Uma dessas etapas pode ser entendida como a das condições da ação, consoante o juiz fazer a prelibação

da teoria da asserção no primeiro momento em que manifesta no processo. Completando o raciocínio, Rios Gonçalves (2012, pg. 138) afirma que “as condições da ação constituem matéria de ordem pública, a ser examinada de ofício pelo juiz, pois não se justifica que o processo prossiga, quando se verifica que não poderá atingir o resultado almejado”.

A dedução da asserção é feita, por entendimento extraído do CPC, pelo magistrado. É possível invocar os artigos 2º e 262 do mesmo Código para fundamentar essa afirmação. Esses dois artigos ressaltam dois princípios específicos do direito processual: o da demanda e o do impulso oficial.

Para a abordagem do tema, é viável discorrer apenas sobre o segundo princípio. Denota-se, do impulso oficial, que compete ao Juiz proceder com o andamento do feito, determinando a prática das etapas processuais estipuladas pelo CPC.

Dentre as etapas que o Juiz determina, no desenvolvimento do processo, existem atos que dependem da cognição e/ou análise de condições ou requisitos para que o ato da parte seja considerado válido.

É o que ocorre no despacho inicial, momento em que o Magistrado verifica se estão presentes os requisitos dos artigos 282 e 283. Nesse quadrante, o Juiz verifica duas situações abstratas distintas: 1) as condições da ação e; 2) os elementos da ação. O primeiro já foi previamente discorrido. Quanto à segunda situação, os elementos da ação se dividem em três: partes; pedido; e causa de pedir.

No juízo de admissibilidade da petição inicial, é inegável que o Magistrado faz a análise da asserção da parte autora, pois é o momento, no qual, analisará as condições da ação, as quais se inexistirem, haverá o indeferimento da petição inicial.

Há outros momentos em que a apreciação da teoria da asserção torna-se evidente, como no despacho inicial. É o que ocorre na decisão interlocutória e na sentença. Neste último ato, fica mais evidente, em decorrência da apreciação ou não do mérito da causa. Todavia, não se pode excluir a possibilidade de, na sen-

tença, o Estado-Juiz entender que a parte interessada não preenche as condições da ação.

A respeito do momento de apreciação das condições da ação, Gonçalves (2012, pg. 145) lembra que o assunto é de ordem pública, mas que existe controvérsia sobre o momento que o juiz deve prelibar se as condições da ação estão ou não preenchidas.

Via de consequência, ila-se que o cumprimento de todo o trâmite processual não é sinônimo de cumprimento das condições da ação.

4 A PRELIBAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO PELO ADVOGADO.

Pela sistemática processual, é dedutível que o Juiz é o sujeito processual, com a função de fazer a análise da teoria da asserção nas etapas processuais que lhe é conferido o juízo de prelibação e delibação. Essa análise é mais incisiva no ato da sentença, como anteriormente demonstrado.

Entretanto, é possível que a função de prelibação seja transferida ou reconhecida para um momento antes do ajuizamento da ação e análise pelo Estado-Juiz. Tal proposição se dá pelo fato de que a Lei 8.906, de 4 de julho, de 1994 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) prevê, no § único do artigo 32, que o advogado deve orientar o interessado a não ingressar em lides temerárias. Outrossim, o Código de Ética e Disciplina da OAB prescreve, no artigo 2º, inciso VII, que o advogado deve “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial.

Os dois artigos supramencionados refletem que o Advogado deve perceber, no caso, se estão presentes as condições da ação, tendo em vista que essas são matérias de ordem pública, o que permite serem analisadas por qualquer pessoa e em qualquer grau de jurisdição.

Com essa análise anterior ao ajuizamento, existirá a concretude na verificação das condições da ação. A doutrina e o CPC não taxam quem é a pessoa específica que fará essa verificação, o que permite transferi-la para

a figura do advogado.

Outrossim, essa transferência proposta tem amparo na doutrina, em especial nas palavras de Donizetti (2013, pg. 57), ao afirmar que “a teoria da asserção assenta-se no fundamento de que as condições da ação são verificadas apenas pelas afirmações ou assertivas deduzidas pelo autor na petição inicial”.

A compreensão dessa transferência da função de prelibação deve ser captada através da antecedência da ação, enquanto direito subjetivo do interessado. É raciocínio lógico dedicar a prelibação das condições da ação antes do ajuizamento desta, pois, se não, haverá um falso entendimento de que o Estado reconheceu aquele direito. Uma vez reconhecido um direito, o indivíduo terá assegurado o direito adquirido referente à ação naquele processo em específico.

Isso inviabilizaria que o Magistrado extinguisse o processo por falta das condições da ação e esta passaria a ser considerada como existente ou válida após a manifestação expressa do Estado. Assim, o artigo 262 do CPC será interpretado como consequência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao contrário de ser compreendido como uso do direito de ação.

É possível extrair duas vantagens claras sobre a transferência da análise da teoria da asserção para o advogado. Primeiro, porque a análise do direito de ação será feita no momento temporal lógico: antes do ajuizamento da ação. Se inexistir as condições da ação, não será possível que a ação seja ajuizada e, consequentemente, movimentada nos moldes do rito processual. Disso, é possível extrair a segunda vantagem, que homenagearia a intenção do Poder Judiciário de evitar demandas desnecessárias.

O advogado é indispensável para a administração da justiça, como estabelece o artigo 93 da Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, é possível reconhecer ao advogado a função do juízo de admissibilidade da ação, pois estará atuando no controle do processo, máxime das condições da ação, que, pela autorização do artigo 267, §3º do CPC, podem ser verificadas a qualquer momento.

Isso não configurará usurpação de função do Poder Jurisdicional, haja vista que o juízo de admissibilidade é de caráter subjetivo e não está vinculado à pessoalidade do Juiz. A valoração prévia das condições da ação já é feita, empiricamente, pela pessoa do advogado. Isso acontece porque “inatendidos esses pressupostos, não há viabilidade de desenvolver-se regularmente o processo, que, assim, não funcionará como instrumento hábil à composição do litígio ou ao julgamento do mérito da causa” (THEODORO JÚNIOR, 2010, pg. 68).

A determinação expressa, na legislação processual, do deslocamento do juízo da teoria da afirmação para o advogado garantirá à parte interessada que o mérito seja analisado e o Estado cumprirá, com irrefutável dúvida, a sua função jurisdicional de apreciar o objeto do processo. Enquanto o Estado não analisa o questionamento do interessado, não há o cumprimento da tutela jurisdicional.

Quando o Juiz faz a análise das condições da ação e extingue o feito sem apreciar o objeto, o Estado nada mais garantiu do que a inafastabilidade da jurisdição e o direito da ação, ficando, ainda, por completar a função jurisdicional, que é responder ao interessado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão doutrinária sobre a análise das condições da ação reflete, diretamente, a análise do direito de ação, o qual não se confunde com direito ao processo, conforme visto. Ao Juiz, é autorizado, pelo artigo 267, §3º do CPC, analisar o mérito da lide, se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Ocorre que a análise pelo Juiz, nos moldes reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, não se adequa com as novas propostas de economia processual e celeridade, impingidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Terá direito de ação aquela pessoa interessada em obter uma resposta do Estado. Ocorre que esta resposta

somente será dada se as condições da ação estiverem presentes, o que possibilitará a análise do mérito. Todavia, o que preconiza a teoria da afirmação é garantir que a parte tenha a ação posta à frente, em decorrência da probabilidade de certeza do seu arrazoado.

Sem embargos, o indício de probabilidade de verdade nas alegações da parte autora é, primeiramente, verificado pelo advogado. Em razão da competência postulatória e das normas que regem a profissão, o advogado deve evitar que demandas que não possuem lastro jurídico sejam levadas ao conhecimento do Judiciário.

A asserção feita pelo advogado é conferida no momento da entrevista com o cliente, pois é o momento em que será mensurado o grau de fidedignidade dos fatos narrados pelo autor. Esse ato é recomendado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados como diligência voltada à captura dos fatos e à solicitação de documentos.

É através daí que o advogado toma subsídios suficientes para analisar as afirmações da parte interessada, o que, posteriormente, converterá nas condições da ação preliminarmente verificadas.

O deslocamento da função de análise da asserção para o advogado não retirará do Estado-Juiz o poder de polícia sobre o Direito de Ação. Isso porque as condições da ação são matérias de ordem pública e poderão ser revistas em qualquer momento ou grau de jurisdição.

Como foi visto durante a pesquisa, a legislação processual não impede essa transferência de função. O Estatuto e o Código de Ética da OAB recomendam ao advogado cuidado e denodo no ajuizamento da ação.

Outrossim, os artigos 32 do Estatuto da Advocacia e 2º, inciso VII, do Código de Ética da OAB fazem alusão implícita à teoria da asserção, o que autoriza a considerar o advogado como o responsável pela análise da teoria da afirmação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013;

_____. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**: institui o Código de Processo Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

_____. **Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994**: dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 7 ed. Curitiba: Editora Positivo, 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 01 maio. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.). **Curso avançado de processo civil**: volume 1 – teoria geral do processo de conhecimento. 7 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

