

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

NATASCHA SILVA ANCHIETA

**DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, AÇÃO E PRETENSÃO
PROCESSUAL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE
DIREITO MATERIAL E PROCESSO NA PERSPECTIVA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

São Leopoldo
2013

NATASCHA SILVA ANCHIETA

**DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, AÇÃO E PRETENSÃO
PROCESSUAL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE
DIREITO MATERIAL E PROCESSO NA PERSPECTIVA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada como
requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre, pelo
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo
2013

A539d Anchieta, Natascha Silva.

Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual : uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito / Natascha Silva Anchieta. – 2013.

301 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

"Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro."

1. Processo civil. 2. Tutela jurisdicional. 3. Estado de direito. I. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, AÇÃO E PRETENSÃO PROCESSUAL: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito”, elaborado pela mestranda **Natasha Silva Anchieta**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 06 de novembro de 2013.

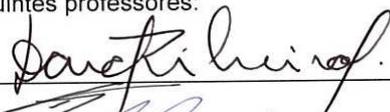


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Eduardo Oteiza



Membro: Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch



AGRADECIMENTOS

Eis o momento tão esperado: a oportunidade de agradecer a todos aqueles que, a sua maneira, ajudaram-me a concluir este período de estudo, o qual resultou na confecção da presente dissertação.

Inicialmente agradeço a **Deus** por ter me dado a família que tenho, pois ela é a base que me dá forças para continuar nessa árdua caminhada, a qual, até o presente momento, apresentou-se recheada de obstáculos, e assim, tornou-me uma pessoa mais forte e determinada, bem como fez-me perceber que independentemente de qualquer coisa, devemos ser nós mesmos em quaisquer circunstâncias.

Agradeço ao meu orientador, o prof. Dr. **Darci Guimarães Ribeiro**, que, sem dúvida, influenciou diretamente a escolha do tema da presente dissertação, incentivando-me a seguir no estudo do direito processual civil com as suas aulas durante o mestrado, servindo-me sempre como um exemplo a ser seguido no estudo do Processo Civil.

Agradeço, também, ao prof. Dr. **Rafael de Freitas Valle Dresch**, pelas inestimáveis considerações feitas no parecer prévio de admissibilidade da dissertação, que, sem dúvida, foram imprescindíveis para dar mais rigor científico ao presente trabalho.

Agradeço ao prof. **Eduardo Oteiza**, que, apesar de todos os seus compromissos e da distância, aceitou compor a banca examinadora do presente trabalho, qualificando-a com a sua presença e seu inestimável conhecimento jurídico. Saiba que fico muito honrada com a sua participação neste momento tão importante da minha caminhada.

Agradeço aos meus pais, **Célia Maria e Rogério Anchieta**, os quais, não apenas em minha trajetória acadêmica, mas em todos os momentos da minha

vida, estiveram ao meu lado. Deles herdei os bens mais preciosos: a simplicidade, a humildade e a certeza de que quando buscamos algo que realmente acreditamos, devemos persistir em busca de sua concretização. Foram vocês, meus pais, que me ensinaram o valor insubstituível da ética. Saibam que reconheço todo o esforço que fizeram para que eu tivesse a oportunidade de escolher o caminho a seguir. Faltam-me palavras para descrever a admiração e o amor que sinto por vocês, peças fundamentais na minha vida. À vocês, “meus amores”, exemplos de garra e imenso amor, agradeço por todo o esforço despendido ao longo desses anos. Saibam que sempre estarão em meu coração.

Remeto esses agradecimentos também à minha irmã **Vanessa Anchieta**. Tenhas certeza que torço pelo teu sucesso pessoal e profissional. Saibas que, como sempre, sigo de braços abertos para ti.

Ao meu irmão **Anderson Costa**, agradeço pelos momentos de companheirismo, coleguismo e amizade.

Aos meus avós, **Eva da Silva e José Félix da Silva Neto**, agradeço por todos os anos de amor que a mim dedicaram. Com muito sacrifício, venceram na vida e hoje são a base de nossa família.

Aos meus avós, **Ivone e Pedro Anchieta**, agradeço pelos “momentos de doçura”. Tenho certeza de que estão olhando por nós.

Às minhas tias, **Sueli Pires e Ana Maria**, obrigada por sempre torcerem por mim. Sou grata pelo pensamento positivo que até hoje me concedem.

Às minhas amigas **Danielli Sant’anna e Raíssa Zuchetto**, agradeço pela compreensão, pela torcida sincera, pela amizade pura e verdadeira.

À minha amiga **Flavia Feijó**, agradeço pela amizade que surgiu desde o primeiro segundo que nos vimos. Certamente ainda compartilharemos muitas conquistas.

Ao colega **Maximiliano Graña Dias**, pelo suporte profissional e pela amizade.

Ao meu colega e amigo **Carlos Duarte**, agradeço pela amizade e pelo companheirismo que não se limitam apenas às aulas do mestrado. Do mesmo modo, agradeço a **Paulo Trindade**, pela convivência e apoio.

Aos meus amigos, **Raquel e Matheus Kurtz**, agradeço pela amizade, pela torcida e pelos momentos que juntos compartilhamos.

Ao meu dindo, "**Juanito Capovilla**", saibas que serei eternamente grata por todo o carinho que desde sempre me ofertastes. És um ser fundamental na minha jornada.

E, finalmente, ao meu colega, amigo e agora esposo, **Igor**, agradeço por todos os momentos que estivestes ao meu lado, pois desde os primeiros dias que te conheci sempre me apoiastes nas minhas decisões, e, sempre que precisei, fostes tu que me encorajou para enfrentar os desafios que para mim se apresentavam. És tu que, dia após dia, segues me ensinando que o mais importante na nossa profissão é amarmos o que fazemos. Muitas foram as noites que passamos em claro, e tenho certeza que, daqui alguns anos, quando olharmos para trás, perceberemos que todo o esforço que juntos fizemos e seguiremos fazendo, "**valeu a pena**"!

RESUMO

O advento do Estado Democrático de Direito exige do processo civil uma (re)leitura de seus principais elementos. O estudo da ação e das relações entre direito material e processo não escapa dessa realidade. O presente trabalho, partindo da linha teórica que considera elementar para o estudo do processo civil visualizá-lo na perspectiva dos seus vínculos com a Teoria do Estado, visa a analisar os pressupostos que permeiam as principais teorias da ação construídas na história processual de acordo com os diferentes modelos de Estado moderno. A partir dessa desconstrução teórica, busca-se verificar quais as melhores perspectivas para conceber as relações entre o direito material e o processo no Estado Democrático de Direito. Para tanto, parte-se da ideia que a análise enfatizada na ação material está atrelada ao modelo liberal de Estado, enquanto o foco exclusivo na ação processual está ligado ao modelo social de Estado e ao exacerbado papel ocupado pelo Estado. Nessa perspectiva, será estudada a teoria civilista da ação, a polêmica entre Windscheid e Muther, a teoria abstrata da ação nos seus mais diversos autores, a teoria de Oskar Bülow, as teorias concretas de Wach e Chiovenda, a teoria eclética da ação e as teorias aqui consideradas mais adequadas para o Estado Democrático de Direito. A construção de uma teoria afinada com o Estado Democrático de Direito deve, pois, buscar um ponto de equilíbrio entre a perspectiva das partes e do juiz para que as relações entre direito material e processo encontrem-se pautadas pelo máximo respeito ao devido processo legal, bem como seja capaz de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, garantida a todos no plano constitucional.

Palavras-chave: Processo civil – tutela jurisdicional – teorias da ação – pretensão Processual – estado democrático de direito.

RIASSUNTO

L'avvento del Stato Democratico di Diritto richiede del processo civile una reinterpretazione dei suoi elementi chiave. Lo studio dell'azione e del rapporto tra diritto sostanziale e il processo non sfugge a questa realtà. Questo lavoro, partendo dalla linea teorica che considera fondamentale per lo studio del processo civile vederlo dal punto di vista dei loro legami con la teoria dello Stato, si propone di esaminare le ipotesi che stanno alla base delle principali teorie dell'azione costruite sulla storia processuale secondo i diversi modelli di Stato moderno. A partire da questa decostruzione teorica, ha come obiettivo verificare le migliori prospettive di concepire il rapporto tra diritto sostanziale e processo in uno Stato Democratico di Diritto. Per farlo, si parte dall'idea che l'analisi sottolineata nell'azione materiale è legata al modello liberale di Stato, mentre l'attenzione esclusiva per azione processuale è legata al modello sociale di Stato e al ruolo esacerbato svolto dallo Stato. In questa prospettiva, si studierà la teoria civilista dell'azione, la polemica tra Windschied e Muther, la teoria astratta dell'azione nei suoi vari autori, la teoria di Oskar Bülow, la teoria concreta di Wach e Chiovenda, la teoria eclettica dell'azione e le teorie qui considerati più appropriate per lo Stato Democratico di Diritto. La costruzione di una teoria in sintonia con lo Stato Democratico di Diritto dovrebbe quindi cercare un equilibrio tra il punto di vista delle parti e del giudice affinché i rapporti tra diritto materiale e processo si ritrovano guidare dal massimo rispetto al dovuto processo legale, oltre a poter prestare una tutela giurisdizionale effettiva, garantita a tutti a livello costituzionale.

Parole-chiave: Processo civile – tutela giurisdizionale – teorie dell'azione – pretesa processuale – stato democratico di diritto.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	13
2	O Estado Democrático de Direito como ponto de partida para o desenvolvimento dos estudos do Processo Civil.....	19
2.1	Processo civil na perspectiva da teoria do Estado: aspectos introdutórios.....	19
2.2	Teoria do Estado e Processo civil.....	22
2.2.1	Considerações introdutórias sobre o Estado de Direito.....	22
2.2.2	A evolução do processo civil no Estado Moderno: do Estado Liberal à afirmação do Estado Democrático de Direito.....	25
2.3	Monopólio da Jurisdição e Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva	35
3	O Estudo da ação no Estado Liberal.....	40
3.1	A teoria civilista da ação.....	40
3.1.1	Considerações gerais sobre a teoria civilista.....	40
3.1.2	O estudo da <i>actio</i> nos sistemas de direito romano de Savigny.....	42
3.1.3	A doutrina italiana clássica e a teoria civilista.....	45
3.1.4	A doutrina brasileira clássica sobre a ação na perspectiva civilista.....	47
3.1.5	Análise crítica da teoria civilista.....	51
3.2	A Polêmica de Windscheid e Muther.....	52
3.2.1	Considerações gerais sobre a polêmica entre Windscheid e Muther.....	52
3.2.2	O nascedouro da polêmica: Windscheid e a obra “l’actio del diritto civile romano dal punto de vista del diritto odierno”.....	54
3.2.3	O ataque de Theodor Muther à obra de Windscheid.....	62
3.2.4	A réplica de Windscheid à obra de Muther.....	73
3.2.5	Conclusões sobre a polêmica.....	76
4	A autonomia do processo e a ênfase no seu caráter público nas teorias surgidas com a ruptura do Estado Liberal.....	81
4.1	Oskar Bülow e a distinção entre relação jurídica processual e relação jurídica de direito privado: o grande passo para a autonomia do processo.....	81
4.1.1	Aspectos gerais.....	81
4.1.2	Bülow, a teoria dos pressupostos processuais e a teoria da ação.....	83
4.1.3	Análise crítica da teoria de Bülow.....	89
4.2	A teoria abstrata da ação.....	90
4.2.1	A teoria abstrata em Degenkolb e Plósz.....	90
4.2.2	A teoria abstrata de Lodovico Mortara.....	93
4.2.3	A teoria abstrata em Alfredo Rocco.....	94
4.2.4	Análise crítica.....	97
5	A transição do Estado Liberal para o Estado Social e as teorias concretas da ação.....	100
5.1	Adolf Wach e a Teoria do Direito Concreto de Ação.....	100
5.1.1	Considerações introdutórias.....	100
5.1.2	A Teoria do direito concreto de ação.....	103
5.1.3	Análise crítica da teoria de Adolf Wach.....	110
5.2	Chiovenda e a Teoria da Ação como Direito Potestativo.....	115
5.2.1	Considerações iniciais.....	115

5.2.2 A teoria da ação como direito potestativo.....	120
5.2.3 Conclusões sobre a teoria da ação de Chiovenda	133
6 A teoria eclética de Liebman como tentativa de conciliação entre as teorias concretas e abstratas da ação	141
6.1 Enrico Tullio Liebman e a Teoria Eclética da Ação.....	141
6.2 Liebman e a sua teoria eclética da ação	145
6.3 Análise crítica da teoria eclética da ação	161
7 A teoria dualista de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva .	169
7.1 A dualidade entre mundo fático e mundo jurídico em Pontes de Miranda	169
7.2 Plano do direito material	172
7.2.1 Direito objetivo e direito subjetivo.....	173
7.2.2 Pretensão de direito material	178
7.2.3 Ação de direito material	182
7.3 Plano do direito processual e pré-processual.....	187
7.3.1 Monopólio estatal e pretensão à tutela jurídica	187
7.3.2 Ação processual e remédio processual.....	191
8 A pretensão processual e sua aptidão para estabelecer os vínculos entre direito material e processo no Estado Democrático de Direito.....	197
8.1 Considerações gerais sobre o desenvolvimento histórico do estudo da pretensão processual.....	197
8.2 Objeto litigioso e pretensão processual em Leo Rosenberg.....	198
8.3 O conceito de pretensão em Carnelutti	201
8.4 O conceito de pretensão processual na obra de Jaime Guasp	207
9 O conceito contemporâneo de pretensão processual no pensamento de Darci Guimarães Ribeiro.....	227
9.1 Considerações iniciais	227
9.2 A pretensão processual como efeito da ação processual	228
9.3 A pretensão processual como reflexo jurídico da ação material ...	231
9.4 A pretensão processual como objeto do processo	232
9.5 Elementos individualizadores da pretensão processual.....	234
9.5.1 A causa de pedir.....	235
9.5.2 O petitum	237
10 Análise crítica dos elementos de classificação da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito.....	239
10.1 Ação processual na doutrina contemporânea	239
10.2 Teorias ternária e quinária	240
10.3 Conteúdo, eficácia e efeitos da sentença	242
10.4 A classificação das ações de direito material	246
10.5 A classificação das formas de tutela jurisdicional	250
10.6 A classificação das formas de tutela dos direitos	263
10.7 A classificação da pretensão processual	272
10.8 Análise crítica: em busca de uma perspectiva de estudo para o processo civil no Estado Democrático de Direito.....	273
11 Considerações finais	283
Referências	292

1 Introdução

O processo civil conquistou, ao largo dos últimos séculos, sua autonomia em relação ao direito material. Trata-se de empreitada vagarosa e demarcada principalmente em três momentos teóricos: a polêmica da ação de Windscheid e Muther, a teoria da relação jurídica processual de Oskar Bülow e a teoria da pretensão de declaração de Adolf Wach¹. Pode-se afirmar que desde então, boa parte dos esforços da doutrina processual gravitaram em torno da construção de um castelo de conceitos suficientemente capazes de afirmar a autonomia do processo em relação ao direito material.

Atualmente, como bem adverte Darci Guimarães Ribeiro, os processualistas, tendo em vista a efetividade da tutela jurisdicional, vêm percorrendo um caminho inverso daquele trilhado pela doutrina processual do início do século XX, pois *“mientras ésta perseguía el alejamiento del proceso respecto al derecho material, actualmente se pretende una aproximación entre proceso y derecho”*². Trata-se de um movimento que se assenta, basicamente, em dois fatores: o nascimento dos novos direitos e o Estado Democrático de Direito, o qual cria uma nova forma de pensamento a respeito do acesso à justiça, encarado na *“perspectiva de los justiciables, comprometiéndose con un proceso de resultados, en donde los justiciables buscan instrumentos adecuados a la tutela de todos los derechos, con el objetivo de asegurar-se prácticamente la utilidad de las decisiones judiciales, sea en el ámbito represivo o preventivo”*³.

Nessa perspectiva, sobreleva a importância de o processo se adequar às diversas situações materiais nas quais deve operar⁴, de modo a atender à maior aderência dos mecanismos processuais às características de cada

¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional: ordem científica* (1928-1956). Curitiba: Juruá, 2009. p. 55.

² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 186-187. Tradução livre: *“enquanto esta perseguia o afastamento do processo em relação ao direito material, atualmente se pretende uma aproximação entre processo e direito”*.

³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 186-187. Tradução livre: *“perspectiva dos justiciáveis, comprometendo-se com um processo de resultados, onde os justiciáveis buscam instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar-se praticamente a utilidade das decisões judiciais, seja no âmbito repressivo ou preventivo”*.

⁴ TROCKER, Nicolò. *Proceso civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 701.

direito material e a promover o direito fundamental à igualdade⁵. Em outra vertente, afirma-se que os direitos deixaram de ser vistos de forma indiferente como se fossem todos possíveis de quantificação pecuniária, tal qual ocorria no Estado Liberal⁶.

Tudo isso traz à tona o tema do direito à tutela jurisdicional efetiva e sua configuração frente ao Estado Democrático de Direito, o que exige, inevitavelmente, uma (re) leitura de um dos temas mais intrincados da doutrina processual clássica, que é o da teoria da ação. Desvendar o tema da teoria da ação e fenomenologicamente desvelar aquilo que restou ocultado a seu respeito é o primeiro passo para atingir tal intento.

Nesse tom, o presente trabalho busca, inicialmente, analisar os aspectos dogmáticos e críticos das chamadas teorias da ação, de modo a identificar os

⁵ SILVA. Ovídio A. Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 126. Nessa linha, adverte o autor que "isso significa duas coisas igualmente importantes: a) na medida em que o processo oferece aos diferentes direitos materiais que lhe cabe tratar, procedimentos diferenciados e, tanto quanto possível, adaptados a suas exigências peculiares, fortalece-se o princípio da instrumentalidade do processo, tornando-o funcionalmente adequado e harmônico com sua finalidade de dispositivo realizador do direito material; b) significa também o reconhecimento da velha verdade, tão conhecida dos filósofos e juristas, de que a observância do princípio da igualdade - elemento essencial à ideia de direito - exige que se tratem desigualmente as coisas desiguais. E mais, obriga-nos a admitir que nenhuma organização política que se gabe de estruturar-se como Estado de Direito poderá abolir determinados privilégios, como se não houvesse, necessariamente, uma escala de valores que o direito material institui, invariavelmente, e que o processo civil deve reconhecer, levar em conta e instrumentalizar" (SILVA. Ovídio A. Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 127).

⁶ Conforme Juan José Monroy Palacios, "para el sistema capitalista las cosas no valen, cuestan. Si llevamos este dogma al ámbito jurídico, podemos encontrar que, con rigor liberal, en un proceso judicial más que derechos lo que se discute son bienes jurídicos y, con mayor rigor aún, estos no son otra cosa que mercancías, es decir, bienes con una estimación de cambio. Precisamente por esa vía se llega al postulado de que las sentencias condenatorias de hacer o de no hacer, más que contener una exigencia natural y directa de que el obligado por la sentencia firme haga o deje de hacer algo, lo que contiene es la posibilidad de que el condenado cumpla con la sentencia no en sus propios términos, sino a través de lo que se denomina ejecución por subrogación (...) es decir, que el cumplimiento se efective atendiendo a la estimación patrimonial de la prestación incumplida" (PALACIOS, Juan José Monroy. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra editores, 2004. p. 51). Tradução livre: "para o sistema capitalista as coisas não valem, custam. Se levamos este dogma ao âmbito jurídico, podemos encontrar que, com rigor liberal, em um processo judicial, mais que direitos o que se discute são bens jurídicos e, com maior rigor ainda, estes não são outras coisas que mercâncias, vale dizer, bens com uma estimativa de troca. Precisamente por esta via se chega ao postulado de que as sentenças condenatórias de fazer ou de não fazer, mais que conter uma exigência natural e direta do que o obrigado pela sentença firme faça ou deixe de fazer algo, o que contém é a possibilidade de que o condenado cumpra com a sentença não em seus próprios termos, mas através do que se denomina execução por subrogação (...) vale dizer, que o cumprimento se efetive atendendo à estimativa patrimonial da prestação descumprida".

seus liames com os diferentes modelos de Estado. Para tanto, é realizada uma pesquisa detalhada diretamente na obra de cada um dos grandes autores sobre o tema. No mais, buscou-se ser o mais fiel possível aos originais, de modo que o leitor possa conhecer detalhadamente as diversas vertentes de pensamento sobre o tema.

Ademais, como se trata de uma reconstrução histórica dos liames entre direito material e processo, tomando-se como norte o tema das teorias da ação e seu desenvolvimento à luz do Estado Democrático de Direito, o trabalho vale-se do método de abordagem hermenêutico-filosófico⁷, buscando-se revolver o chão linguístico no qual está assentada a doutrina sobre o tema, de modo a desvelar de que modo os elementos perinentes à evolução das teorias da ação encontram-se ligados às formas de Estado assumidas no curso da história. Diante de tal perspectiva hermenêutica, a reflexão paret de *“descobrir os condicionamentos que sempre já estão sendo aplicados quando nos empenhamos em esclarecer um texto, visto que são constitutivos de nossa ‘compreensão prévia’*”⁸. Cabe acrescentar, ainda, que o método hermenêutico aqui utilizado, é enfatizado em sentido bem diverso da tradição científica da modernidade, conforme aponta Gadamer⁹.

⁷ No sentido aqui propugnado, ver STEIN, Ernildo Jacob. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 55. Essa perspectiva se faz presente em diversos outros trabalhos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em direito da UNISINOS e pode ser bem apanhada em STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 132. Segundo o próprio Gadamer, isso não significa em absoluto que deixemos as “ciências do espírito” vegetando como ciências “inexatas” em toda sua lamentável insuficiência, enquanto não se elevarem ao nível de *science* e não puderem se integrar à *infty of science*. Ao contrário, uma hermenêutica filosófica haverá de concluir que o compreender só é possível quando aquele que compreende coloca em jogo seus próprios preconceitos. A contribuição produtiva do intérprete parte inalienável do próprio sentido do compreender. Isso não legitima o caráter privado e arbitrário das pressuposições subjetivas, visto que a coisa que está em questão a cada vez – o texto que se quer compreender – é o único critério dotado de validade. A distância insuperável e necessária entre os tempos, as culturas, as classes, as raças – ou mesmo entre as pessoas – é um momento suprassubjetivo, que confere tensão e vida a todo compreender. Pode-se descrever esse fenômeno também do seguinte modo: O intérprete e o texto possuem cada qual seu próprio “horizonte” e todo compreender representa uma fusão desses horizontes. Assim, não só na ciência neotestamentária como por exemplo no *literary criticism*, mas também no desenvolvimento filosófico do enfoque heideggeriano, a questão da hermenêutica deslocou-se radicalmente da base subjetivo-psicológica para um sentido objetivo, mediado pela história dos efeitos (GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. pp. 132-133).

⁹ Conforme Gadamer: “quando hoje falamos de ‘hermenêutica’, encontramos-nos situados, bem ao contrário, na tradição científica da modernidade. O uso moderno da palavra “hermenêutica” principia exatamente aí, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno

Ta perspectiva esta alinhada ao fato de ser o presente trabalho fruto da pesquisa de mestrado realizada no âmbito do Programa de Pós Graduação de Direito da UNISINOS, vinculado à linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direito, a qual “discute o Estado e suas possibilidades de responder às demandas sociais, a partir da concretização dos direitos sociais-fundamentais”¹⁰. Desse modo, desenvolve-se a partir de uma matriz teórica forte, consistente no estudo do processo a partir dos seus vínculos inexoráveis com a Teoria do Estado. Trata-se de perspectiva de estudo desenvolvida pelo Grupo de Pesquisa “Paradigmas e Revoluções no Processo Civil: Do Estado Liberal ao Estado Democrático”, liderado pelo professor Darci Guimarães Ribeiro no âmbito do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, e que se encontra vinculado junto ao CNPQ.

Com efeito, bastante pertinente é a lição de Liebman sobre o tema da ação, na medida em que, para ele, a essência da ação se encontra propriamente na relação que acontece no ordenamento jurídico entre a iniciativa do particular e o exercício, em concreto, da jurisdição, vale dizer na necessidade e na eficácia da invocação do juiz para que “proceda”. E, desse modo, pertence à essência do processo que o juiz deva determinar, segundo as normas que regulam a sua atividade, o conteúdo positivo ou negativo do seu provimento final. Com base nisso adverte: quem prescindir destes dois aspectos do problema corre o risco de construir um conceito de ação no qual é assente a ação em uma teoria do processo na qual é ignorado o processo¹¹.

Embora a doutrina do professor italiano seja trabalhada e rechaçada na presente dissertação, é impossível não estremecer com as suas considerações que, sem dúvida, deixam aberta a questão acerca da existência de dois flancos de análise do tema da ação, um ligado mais às partes e outro diretamente relacionado ao juiz. Essa dualidade pode ser bem vista, de forma quase

de método e de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la teoricamente” (GADAMER, Hans Georg. Verdade e método II: complementos e índice. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 113).

¹⁰ CALLEGARI, André Luís. STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 8, apresentação.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 53.

pendular, na medida em que o Estado movimenta-se em seu conteúdo de Liberal para Social, ou seja, na medida em que o processo deixa de ser visto como uma extensão das relações entre os particulares, para assumir um caráter público e social¹².

O problema da ação, tomado desde esta perspectiva, evidencia um novo panorama no Estado Democrático de Direito, não somente no sentido de conferir uma tutela jurisdicional efetiva, mas também de ser visualizado sob o prisma do papel do Estado Democrático de Direito, o qual cobra um equilíbrio entre as posturas privatistas e publicistas do processo, perspectiva da qual também não deve escapar a discussão envolvendo a ação e as relações entre direito material e processo. Eis o problema central do trabalho: fazer uma releitura do tema das relações entre direito material e processo à luz da Teoria do Estado, questionando, desse modo, quais as melhores perspectivas da compreensão do tema no Estado Democrático de Direito¹³. Obviamente que, por se tratar de uma dissertação de mestrado, não se busca obter conclusões peremptórias acerca do tema, mas, principalmente, oferecer uma reflexão teoricamente fundada que possa, inclusive, servir de base para pesquisas futuras sobre o tema.

Daí que, partindo dessas premissas, a presente dissertação apresentará no seu primeiro capítulo os elementos teóricos que irão alicerçar a relação entre processo e Estado Democrático de Direito, os quais, mesmo que de forma latente, irão perpassar o restante da pesquisa desenvolvida. No segundo

¹² Como bem adverte Taruffo, no Estado Liberal “*si manifesta così in modo integral la concezione del processo come ‘cosa dele parti’, che Chiovenda há mirabilmente definito parlando di ‘una concezione tutta privata del processo, che veninva considerato come un semplice strumento a servizio del diritto soggettivo, come un istituto meramente pedissequo al diritto sostanziale, come un rapporto esso stesso di diritto privato’.* Ad essa è connaturata una concezione dell’azione come elemento del diritto sostanziale, che determina la proprietà concettuale di quest’ultimo rispetto ai ‘diritti processuali’ e al diritto di azione in particolare, che finirà solo agli inizi del ‘900 con l’affermarsi anche in Italia della concezione pubblicista del processo. Ciò comporta diverse conseguenze, tra cui specialmente proprio la tendenza a ravvisare nel processo null’altro che un modo d’esercizio del diritto privato sostanziale, sul quale domina di conseguenza il dogma dell’autonomia e dalla disponibilità esclusiva del diritto, che caratterizza il rapporto fra il soggetto di diritto e il diritto sostanziale di cui è titolare. In sostanza, il prius essendo il diritto soggettivo privato sostanziale ed essendo il processo solo un aspetto di questo, la signoria esclusiva del titolare individuale sul diritto diventa anche immediatamente signoria esclusiva della parte privata sul processo in cui tale diritto vien fatto valere (TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal’700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. pp. 143-144).

¹³ Cabe adiantar que as principais hipóteses de solução do problema encontram-se explicitadas no capítulo IX do presente trabalho.

capítulo, serão trabalhadas as teorias da ação mais afeitas ao Estado Liberal puro, no caso, a teoria civilista e as discussões teóricas entre Windscheid e Muther. No terceiro capítulo, serão estudadas as teorias características da ruptura com o Estado Liberal, em que começa a ser assentado o caráter público e estatal do processo. É o caso da teoria abstrata em suas mais diversas configurações e a teoria de Oskar Bülow. No quarto capítulo, serão estudadas as teorias concretas da ação, pensadas como teorias que bem se enquadram no momento de transição do Estado Liberal para o Estado Social, podendo ser consideradas como teorias intermediárias. No quinto capítulo, será estudada a teoria eclética da ação, concebida como uma tentativa de conciliação entre os dois polos, ou seja, entre as teorias concretas e abstratas. No sexto capítulo, será abordada a teoria dualista da ação, a qual separa o plano processual do plano material, emprestando grande relevo para este, sem, todavia, olvidar do caráter público do processo e da ação processual. No sétimo capítulo, será feita uma abordagem da teoria da pretensão processual, a qual é desenvolvida já como uma forte perspectiva para lidar com o tema no Estado Democrático de Direito. O oitavo e último capítulo, trabalhará com as principais teorias oferecidas no Estado Democrático de Direito para lidar com as relações entre direito material e processo. No final desse capítulo, será realizada uma análise crítica em que lançadas as principais ideias para que se possa efetivamente lidar com o tema proposto no Estado Democrático de Direito.

2 O Estado Democrático de Direito como ponto de partida para o desenvolvimento dos estudos do Processo Civil

O advento do Estado Democrático de Direito impõe uma necessária (re)leitura do processo civil. Nesse sentido, é acertado dizer que os institutos processuais criados no bojo do Estado Liberal “devem, inevitavelmente, ser relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo atual Estado Democrático de Direito”¹⁴. Um dos temas que não escapa dessa perspectiva é o das relações entre direito material e processo, habitualmente tratados a partir da perspectiva do problema da ação e das diversas teorias que versam sobre o assunto.

Para enfrentar esse intrincado problema das relações entre direito material e processo, com o objetivo de oferecer uma perspectiva diversa para a sua análise, afigura-se necessário, ainda que sem o aprofundamento inerente a um estudo próprio da ciência política, fazer uma rápida abordagem sobre a evolução do Estado. Trata-se, pois, de perspectiva que parte do seguinte pressuposto: o direito processual civil reage aos influxos do modelo de Estado vigente, sendo possível estabelecer, desse modo, (re) leituras dos principais temas desenvolvidos pela doutrina processual.

2.1 Processo civil na perspectiva da teoria do Estado: aspectos introdutórios

A abordagem do processo civil à luz da teoria do Estado não é nova, tendo merecido especial estudo por Mirjan Damaška, autor que cuida de *“stabilire connessioni tra la fisionomia del processo e le concezioni dominante*

¹⁴RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica na nova ordem constitucional. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 187-188. Conforme Darci Guimarães Ribeiro, “a Constituição brasileira acolhe expressamente o Estado Democrático de Direito em seu art. 1º, assim como a Constituição alemã, em seu art. 20, §1º, ao dizer Estado Federal Democrático e Social (Sozialer Rechtsstaat), a Constituição portuguesa, em seu art. 2º, ao dizer Estado de Direito Democrático, e também a Constituição espanhola, em seu art. 1º, quando fala do Estado Social e Democrático de Direito, entre outras. Com isto, estamos dizendo que já não vivemos mais sob os auspícios do Estado Liberal e, portanto, não nos é mais permitido empregar nos institutos jurídicos qualquer valor constitucional já não existente” (RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica na nova ordem constitucional. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 187).

del ruolo dello Stato nella società”¹⁵. Para o professor croata, “le idee dominante sul ruolo dello Stato influenzano le concezioni degli scopi della giustizia, e queste sono a loro volta rilevanti per la scelta di varie soluzi processual”¹⁶.

Com efeito, seria possível identificar dois modelos ideais de Estado: o Estado ativo e o Estado reativo. Enquanto o primeiro constitui-se como um Estado que faz muito mais que adotar qualquer escolha de valor propulsivo e qualquer programa de bem estar, assumindo ou perseguindo, desse modo, “una teoria globale delle condizioni di vita ottimali, e tenta di utilizzarla come base di programmi teoricamente onnicomprensivi di miglioramento morale e materiale dei cittadini”¹⁷, o segundo como única tarefa “fornire una struttura portante nell’ambito della quale i cittadini perseguono gli scopi che si sono scelti”¹⁸. Os dois tipos de estado apresentariam, como base para diferentes concepções acerca dos instrumentos processuais, “le due face della giustizia” e, por conseguinte, duas ideias contrastantes acerca dos escopos do processo. No Estado reativo o processo serve para resolver conflitos; no Estado ativo, serve para atuar as orientações políticas do Estado¹⁹.

Interessante notar que as duas concepções de processo trabalhadas por Damaška situam-se em polos opostos, de modo que, no Estado reativo, a ênfase está em solucionar o conflito e no sentido mais forte e absoluto dos direitos²⁰, ao passo que, no Estado ativo, “il vero obiettivo del processo è

¹⁵ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 41.

¹⁶ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 41.

¹⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 147.

¹⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 136.

¹⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 136.

²⁰ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 142. O sentido “absoluto” aqui serve para significar um direito “libre dagli effetti”, ou seja, tratam-se de direitos “veramente personali o ‘soggettivi’, cioè come qualcosa che inerisce (sub-jacet) a qualcuno in virtù del suo essere un fine in sé, piuttosto che come qualcosa che gli viene gettato (ob-jectum) davanti e accordato sotto

*applicare la legge nel contesto di circostanze contingenti*²¹. Dito de outro modo, de um lado se dá atenção ao direito subjetivo; de outro, ao direito objetivo.

Como se vê, Damaška trabalha com uma concepção atrelada a dois modelos ideias de Estado e, portanto, também de processo, que, além de não abarcar toda a realidade do fenômeno estatal acabam conduzindo o processo a um dualismo metodológico, insuficiente para lidar com os problemas decorrentes do processo civil no Estado Democrático de Direito. A própria separação antes referida, obscurece o fato de que *“la función cardinal del proceso, en virtud del monopolio de la jurisdicción, esta en la protección de los intereses individuales o colectivos de las personas a través de la aplicación, con el consecuente mantenimiento, del orden jurídico objetivo”*²². Isso significa que *“el proceso no sirve unicamente para la protección de los intereses individuales o colectivos, ni tampoco para mantener el orden jurídico, sino que su identificación reside exclusivamente en la suma indispensable de estos dos elementos”*²³.

Segundo os passos de Damaška, mas indo além nas fecundas possibilidades de estudo do processo à luz da teoria do Estado²⁴, o presente

condizione” (DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 142).

²¹ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 136.

²² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 88, nota 297. Tradução livre: *“a função principal do processo, em virtude do monopólio da jurisdição, está na proteção dos interesses individuais ou coletivos das pessoas através da aplicação, com a consequente manutenção, do ordenamento jurídico objetivo”*.

²³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 89, nota 297. Tradução livre: *“o proceso não serve unicamente para a proteção dos interesses individuais ou coletivos, tampouco para manter o ordenamento jurídico, mas que sua identificação reside exclusivamente na soma indispensável destes dois elementos”*.

²⁴ A referência à obra de Damaška mostra-se pertinente ao escopo deste trabalho na medida em que evidencia a necessidade de estudar o processo civil à luz da concepção de Estado. Tal abordagem, no entanto, extrapola o modo de análise empregado pelo referido autor, uma vez que, em primeiro lugar, pretende superar a noção de modelos ideais de Estado, trabalhando com a ideia de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Além disso, trata-se de abordagem pensada na perspectiva da teoria processual dos países da civil law e, nisso, não tem um objetivo comparativista como, em certos momentos se verifica na obra de Damaška, não obstante a feliz percepção de Taruffo no sentido de que os chamados modelos ideias poderiam servir para superar a dicotomia civil law e common law. Por fim, cabe mencionar que a presente pesquisa insere-se na mesma linha de diversos outros trabalhos elaborados no PPGD da UNISINOS, que trabalham temas centrais do direito processual a partir das relações entre Processo Civil e Teoria do Estado. Na doutrina brasileira, tal perspectiva pode ser visualizada em diversos autores, como, por exemplo, os

estudo terá como norte a abordagem dos temas envolvendo o problema da ação no processo civil a partir do Estado Moderno, partindo do Estado Liberal e Social para procurar uma resposta relativa ao tema, mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

2.2 Teoria do Estado e Processo civil

Estabelecidas, ainda que de forma superficial, as possíveis conexões entre processo civil e teoria do Estado, cabe num segundo momento, destrinchar os principais aspectos que norteiam a evolução do Estado Moderno, para, posteriormente, relacioná-lo com a evolução do direito processual civil. É o que se pretende alcançar nos próximos subcapítulos.

2.2.1 Considerações introdutórias sobre o Estado de Direito

Qualquer teorização acerca do Estado e da sua configuração atual deve, necessariamente, levar em conta a noção de Estado de Direito, o qual, em um primeiro aspecto, pode ser visto como uma conquista lenta e gradual feita por agentes, indivíduos e setores sociais que, frente aos poderes despóticos, buscava segurança para suas pessoas, seus bens e propriedades, exigindo, dessa forma, garantias e proteções efetivas para outras manifestações de sua liberdade²⁵. Como bem destaca Jorge Reis Novais, não é pacífica a questão dos possíveis antecedentes históricos do Estado de Direito²⁶. E, apesar de

seguintes: MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 17. ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito)*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. p. 93. RAATZ, Igor. *A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul./set. 2011. SCALABRIN, Felipe; RAATZ, Igor. *O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 5, n. 14, p. 269-296, jan./mar. 2011. LEMOS, Jonathan Iovane. *Organização do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

²⁵ DÍAZ, Elías. *La universalización de la democracia: los hechos y los derechos*. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2000. p. 51.

²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 30.

alguns autores inclusive remeterem ao Estado Grego a concepção de um Estado de Direito²⁷, certo é que a teoria e a construção prática do Estado de Direito foi erguida contra o Estado absoluto, no qual a vontade arbitrária do Príncipe se impunha à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativamente às ofensas do Poder²⁸. Daí afirmar-se que o Estado de Direito distingue-se, do *Machtstaat*, ou seja, o Estado sob o regime da força, quer dizer, o Estado característico do século XVII, e do *Polizeistaat*, o Estado sob o regime da polícia, característico do século XVIII²⁹.

Nessa senda, Danilo Zolo, partindo das diferentes experiências europeias a respeito do Estado de Direito, como o *rule of law* inglês, o *rechtsstaat* alemão e o *état legal* francês, afirma ser possível atribuir uma consistente identidade teórica à noção de Estado de Direito, o qual vai entendido como o Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico, e não a outros sistemas funcionais, “é atribuída a tarefa de garantir os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária”³⁰. Essa garantia dos direitos pode se dar tanto na

²⁷ Conforme Jorge Reis Novais, “*grande parte da doutrina faz do ‘império da lei’, do ‘reino das leis’, a característica fundamental do Estado de Direito, contrapondo-a ao ‘domínio dos homens’, ao reino do arbitrário, à utilização discriminatória da medida individual (...) é exactamente sob este prisma que surge a tentação de estabelecer um paralelo entre o Estado de Direito e o Estado antigo, particularmente no caso grego. É que, também neste, o domínio e a generalidade das leis eram justamente assinaladas como garantias contra a tirania do governo dos homens, da medida individual. Com efeito, a cidade (e o cidadão) conservam-se livres quando o Estado estatua por via geral, já que, podendo embora o Estado fazer tudo, só o podia fazer na via do Direito, ou melhor, em conformidade a uma regra geral por todos formulada*” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 30). O mesmo autor, no entanto, considera incompatível a comparação entre o Estado antigo e o Estado de Direito. Nesse sentido afirma: “*a diferença fundamental entre Estado de Direito, tal como o concebemos, e Estado antigo radica indirectamente naquela forma particular de conceber o povo como ‘povo dos cidadãos’, pois, como reconhece e salienta Jellinek, ‘nunca a Antiguidade chegou a reconhecer o homem por si mesmo como pessoa’, mesmo tendo a escravidão em Atenas ‘um carácter muito mais doce’ que na Roma pré-estóica*” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 33).

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 36.

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 21. Nesse sentido, Danilo Zolo afirma que, em síntese, “*o Estado de Direito se contrapõe ao Estado absolutista clássico, ao Estado totalitário moderno e, em geral, ao Estado de polícia*” (ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53).

³⁰ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

forma de uma intervenção positiva para a tomada de decisões nos assuntos públicos, como na forma negativa, de não interferência dos demais em zonas a salvaguardar legitimidade³¹.

Dentre os elementos caracterizadores do Estado de Direito, tem destaque a diferenciação do poder, que pode ser surpreendida por duas frentes: de um lado, a autodiferenciação do subsistema político-jurídico em relação aos outros subsistemas funcionais e, de outro, a diferenciação interna ao subsistema político, com uma pluralidade de estruturas e de modalidades diversas de exercício de poder³². No primeiro aspecto, o Estado de Direito goza de um alto grau de autonomia funcional em relação ao subsistema ético-religioso e ao econômico, de modo que a positivação dos direitos surge como seu próprio pressuposto funcional, afastando-se a ênfase que, antigamente, era dada aos elementos ético-religiosos³³. Relativamente ao segundo aspecto, ou seja, à diferenciação funcional interna, o Estado de Direito é um sistema político de alta complexidade, diferenciando-se tanto no âmbito da gestão do poder político por meio da organização dos partidos e de rituais eleitorais, quanto da atividade administrativa, unificada pela função de emanar decisões vinculantes por meio de procedimentos burocráticos³⁴.

Quanto a esse último ponto, assume especial relevância, o processo de autonomização funcional havido no que toca à magistratura, que acabou separando-se do executivo, subtraindo os vínculos da dependência burocrática, emanando, assim, decisões com base em um pressuposto de imparcialidade e autonomia política dos próprios funcionários³⁵. Dessa forma, o juiz opera independentemente de qualquer vínculo de dependência hierárquica frente às

³¹ DÍAZ, Elías. La universalización de la democracia: los hechos y los derechos. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2000. p. 51.

³² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 43.

³³ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 43.

³⁴ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 44-45.

³⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 45.

cúpulas do poder executivo que, por sua natureza, exprimem as orientações ideológicas e políticas de determinada maioria de governo³⁶.

Para arrematar as considerações acerca do Estado de Direito, é importante traçar a sua sintonia com a tradição política de inspiração liberal³⁷. Afirma-se, a respeito, que o Estado de Direito está intimamente ligado à própria estrutura e desenvolvimento do modelo liberal, ainda que tal qualificativo pudesse ser aplicado a qualquer situação na qual fossem excluídas eventuais arbitrariedades públicas e privadas, garantido que fosse o respeito à lei³⁸. Na linha evolutiva do Estado moderno, no entanto, mesmo assumindo diversas configurações (liberal, social e democrático), são mantidos os elementos estruturais que caracterizam o Estado de Direito³⁹, de modo que a sua compreensão adequada afigura-se extremamente útil para um melhor delineamento do Estado brasileiro.

2.2.2 A evolução do processo civil no Estado Moderno: do Estado Liberal à afirmação do Estado Democrático de Direito

Como se viu, o Estado de Direito tem em seu bojo elementos que se amoldam precisamente às concepções filosóficas do liberalismo, razão pela qual serviu de manancial teórico suficiente para permear a derrocada do

³⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 47.

³⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 52-53.

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 23.

³⁹ Conforme Zagrebelsky, “*al final, todos los ‘Estados’, por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente ‘de derecho’*. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Führer, de un Soviet de trabajadores o de Câmaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitário sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 23). Tradução livre: “*ao final, todos os ‘Estados’, por quanto situações dotadas de um ordenamento jurídico, habrían debido chamar-se genericamente ‘de direito’*. Chegava a ser irrelevante que a lei imposta se resolvesse em medidas pessoais, concretas e retroativas; que se a hiciera coincidir com a vontade de um Führer, de um Soviet de trabalhadores ou de Câmaras sem libertades políticas, em lugar de com a de um Parlamento livre; que a função desempenhada pelo Estado mediante a lei fosse o domínio totalitário sobre a sociedade, em vez da garantia dos direitos dos cidadãos”.

Estado Absolutista pelo Estado Liberal⁴⁰. Com efeito, o Estado Liberal surge como consequência direta da luta contra o Estado Absolutista e seu poder desmedido e sem controle frente aos indivíduos, procurando, desse modo, limitar ou conter os poderes do Estado, protegendo, ademais, os indivíduos das ingerências do próprio Estado na vida privada⁴¹.

A concepção do Estado *liberal* de Direito, no entanto, estava atrelada à ideia de uma “liberdade negativa”, de modo que o seu principal escopo era garantir a liberdade individual frente ao Estado, a partir do modelo econômico do *laissez faire*, onde a “mão invisível” do mercado teria o condão de solucionar os problemas sociais. O papel do Estado ficava restrito, pois, ao “estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva”⁴². Daí que, com Gustavo Zagrebelsky, pode-se dizer que o sentido geral do Estado liberal de Direito “*consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley*”⁴³.

Pode-se afirmar, com efeito, que “*a principal característica do Estado liberal é sem dúvida a busca constante pela não intervenção do Estado nas relações entre particulares*”⁴⁴. Isso se manifesta com a prevalência conferida à autonomia privada e a direitos individuais forjados desde uma leitura negativa, de modo a assegurar a liberdade, a igualdade formal e a propriedade dos cidadãos frente ao Estado⁴⁵. Há, nesse contexto, uma quase que total ausência de finalidades públicas na organização da vida social, partindo-se do pressuposto de uma radical separação entre as esferas do Estado e da

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 73.

⁴¹ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Reconhecimento e garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito Curitiba*, fundação da universidade federal do parana, 1994/95. n. 28. p.117.

⁴² MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 23. Tradução livre: “*consiste no condicionamento da autoridade do Estado à liberdade da sociedade, no marco do equilíbrio recíproco estabelecido pela lei*”.

⁴⁴ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Reconhecimento e garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito Curitiba*: fundação da universidade federal do Paraná, 1994/95. n. 28. p.118.

⁴⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. O potencial transformador dos direitos 'privados' no constitucionalismo pós-88: igualdade, feminismo e risco. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.882, p. 45-60, abr. 2009. p. 52.

sociedade civil, de modo que a função única do Estado consistia “em garantir a ordem pública, para o livre desenvolvimento das atividades privadas na sociedade civil”⁴⁶.

Isso se manifestava, de certo modo, no processo civil e nos seus institutos que, gradativamente, estava se formando. Por conseguinte, é acertado dizer que a ciência do direito processual civil nasceu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo individualista, no qual estava impregnada a doutrina e a maioria dos códigos oitocentistas: “assim como se queria o Estado, tanto quanto possível alheio, na economia, ao livre jogo das forças do mercado (*laissez faire*), também se propugnava, para o órgão judicial, posição de distanciamento em face da luta entre as partes”⁴⁷.

Dentro dessa concepção, ao direito processo civil era conferida a missão de “garantizar la plenitud de los derechos subjetivos de los ciudadanos y no, desde luego, la mera observancia del derecho objetivo, esto es, la salvaguarda del interés público”⁴⁸. Havia, nessa senda, uma “absoluta indiferença do julgador quanto à delimitação fática e jurídica do objeto litigioso, à prova dos fatos, ao drama humano, ao impacto das suas decisões sobre os interesses das partes”⁴⁹.

O Estado Liberal, no entanto, se mostrou incapaz de dar conta das desigualdades próprias da sociedade de sua época. O ideal de liberdade acabava, nessa linha, por soçobrar frente às desigualdades próprias do regime capitalista que era por ele acomodado sob o ponto de vista econômico. A concepção de igualdade formal e da generalidade e abstração da lei traduziam bem esse panorama, na medida em que o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocara imensas injustiças⁵⁰.

Desse modo, os movimentos sociais foram desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo, pois, que se tivesse consciência da

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.93, p. 263-276, jan. 1990. p. 253.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.8,n.31, p. 199-209, jul. 1983. p. 202.

⁴⁸ AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos, moción de valencia y declaración de azul. 2ª ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009. p. 302.

⁴⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, p. 29-56, out. 2008. p. 37.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.635, p. 7-13, set. 1988. p. 9.

necessidade da Justiça Social⁵¹. O Estado viu-se, portanto, obrigado a despojar-se de sua neutralidade e integrar em seu seio a sociedade, com vistas a realizar a justiça social⁵². Assim, “os governos tiveram de exercer um papel cada vez mais controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador”⁵³.

Com isso, reduzia-se a separação entre a esfera estatal e a esfera privada, uma vez que tanto as pessoas privadas quanto os poderes públicos viam-se obrigados a dirigir suas atividades em vista dos fins superiores que gradualmente passaram a ser incorporados e estabelecidos na Constituição⁵⁴. Na transição do Estado Liberal em Estado Social, também chamado Estado providência, intensifica-se a chamada publicização do direito ao passo que o Estado passa a ser eminentemente regulador, perspectiva chegou ao seu apogeu nos anos 50 e 60, começando a fenecer na década de 70⁵⁵.

Essa ruptura, lenta e contínua, com o Estado Liberal, pautada por um gradual aumento no papel assumido pelo Estado, vai manifestar-se no processo civil. Interessante é que isso ocorrerá de forma indistinta tanto nos Estados denominados autoritários, ou seja, de índole não liberal e com grande ingerência sobre a vontade particular, quanto nos Estados eminentemente sociais, pautados pela ideia de bem estar social. O fato é que, de um modo ou de outro, a ruptura com o paradigma liberal irá pautar uma nova concepção de processo: a concepção publicista.

Marco nesse sentido é a reforma do processo civil austríaco, realizada por Franz Klein, a qual se baseou, conforme afirma Barbosa Moreira, numa concepção social do processo, “cujo resultado deveria refletir a verdade e realizar a justiça, em vez de simplesmente premiar o litigante mais poderoso ou mais hábil”⁵⁶, o que se verifica na *Zivilprozessordnung* de 1895. Nessa senda,

⁵¹ SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.635, p. 7-13, set. 1988. p. 9.

⁵² VERDU, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. 1. ed. Bolonia: Publicaciones Real Col. España, 1975. p. 94.

⁵³ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Globalização econômica e reforma constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, p. 11-19, fev. 1997. p. 13.

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.93, p. 263-276, jan. 1990. p. 270.

⁵⁵ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Globalização econômica e reforma constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, p. 11-19, fev. 1997. pp. 14-15.

⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.8,n.31, p. 199-209, jul. 1983. p. 206. Conforme Barbosa Moreira, “a significação social, certo como é que, de ordinário, para o litigante menos provido de meios fazem sentir-se mais duramente as conseqüências da demora dos

os doutrinadores influenciados pelo paradigma social do final do século XIX endereçavam suas críticas, principalmente, no “*abandono a que o laissez-faire do liberalismo relegava os mais pobres, numa luta social desigual, e pregavam no processo um juiz ativo, que prestasse assistência decidida à parte mais fraca, a fim de não permitir que o processo se tornasse mais um instrumento de opressão em benefício do mais forte*”⁵⁷.

Com destaca Leonardo Greco, “*o pregoeiro dessas idéias foi o jurista austríaco Anton Menger, que influenciou a elaboração do Código austríaco de 1895, e também a pregação reformista de Chiovenda, no início do século XX*”⁵⁸. Insere-se nessa vertente também Oskar Bulow⁵⁹, na medida em que, como será visto adiante, foi um dos primeiros autores a enxergar o caráter público do processo.

Não é objeto deste trabalho a análise detida das diversas correntes do processo civil social, nem discutir até que ponto essa conotação de processo era gravada por um viés autoritário. Destaca-se, no entanto, que os autores, com maior ou menor intensidade, pregavam um papel mais ativo do Estado e, conseqüentemente, uma maior ingerência deste sobre o processo civil, que ia,

pleitos, e é ele também que, com maior freqüência, por vários motivos (carência de recursos e de informações, menor eficiência ao menos em regra - do respectivo patrocínio em juízo), deixa de desincumbir-se de maneira cabal dos ônus processuais” (Idem. Ibidem).

⁵⁷ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, p. 29-56, out. 2008. p. 42.

⁵⁸ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, p. 29-56, out. 2008. p. 44.

⁵⁹ Conforme Giovanni Tarello, “*tutta la costruzione del Bülow appare volta da un lato a mostrare l’autonomia del rapporto processuale del rapporto sostanziale, e da un altro lato a far emergere il carattere giuspubblicistico del rapporto processuale. In tal senso, le osservazioni dell’autore relative alla concretizzazione del diritto nel processo e al fatto che solo nella sentenza si fissa la situazione di diritto possono essere interpretate come espressione di una concezione autoritaria (bismarkiana) in quanto tendenzialmente volte a privilegiare la posizione del giudice rispetto a quella delle parti, e a mostrare che i rapporto intercorrente tra legge (diritto privato) e sentenza (diritto pubblico) è un rapporto di necessaria individuazione della legge nella sentenza”* (TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. A cura di R. Guastini e G. Rebuffa. Bologna: Il Mulino, 1989. pp. 37-38). Tradução livre: “*toda a construção de Bülow se apresenta voltada de um lado a mostrar a autonomia da relação processual da relação substancial e, de outro lado, a fazer emergir o caráter juspublicístico da relação processual. Em tal sentido, as observações do autor relativas à concretização do direito no processo e ao fato que somente na sentença se fixa a situação de direito, podem ser interpretadas como expressões de uma concepção autoritária (bismarkiana) na medida em que tendencialmente voltada a privilegiar a posição do juiz em relação àquela das partes, e a mostrar que as relações intercorrentes entre lei (direito privado) e sentença (direito público) é uma relação de necessária individualização da lei na sentença”*.

gradativamente, deixando de ser visto como uma extensão das relações privadas para assumir um caráter público. Além do inevitável incremento dos poderes do juiz, a passagem do privatismo liberal ao publicismo social no âmbito do processo civil trouxe uma série de consequências em diversos institutos processuais, sendo certo que também serve de pano fundo para o estudo da ação e das relações entre direito material e processo, objeto central do presente trabalho.

Voltando às questões relativas à evolução do Estado, importa consignar que a superação do Estado Social se mostra impositiva na medida em que este não conseguiu solucionar os problemas próprios da sociedade capitalista, sendo incapaz de promover uma mudança nas estruturas sociais. A consecução de direitos sociais cuja realização passou a depender de prestações positivas por parte do Estado, apesar de mostrar um avanço por parte do Estado na questão relativa à configuração dos direitos, careceu, ainda, de um quadro político de vida democrática que reconhecesse ao cidadão um estatuto de participante e não apenas de mero recipiente da intervenção social do Estado⁶⁰. Ademais, é nebulosa a questão envolvendo a presença neocapitalista no Estado Social e, em que medida, este não serviria para encobrir uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do capital, como lembra Elías Díaz⁶¹.

Nesse ponto, o elemento comum entre o Estado Liberal e o Estado Social reside na impossibilidade de modificação do *status quo*. Ambos têm como objetivo a adaptação à ordem estabelecida⁶² e tal se dá, dentre outros motivos, pela falta de conformação da vontade estatal pelos cidadãos. Há, pois, um distanciamento entre Estado, indivíduo e sociedade.

Por outro lado, quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade, não bastando a limitação ou promoção da atuação estatal. É referendada, dessa forma, a transformação do *status quo*⁶³. Nessa senda, “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

⁶¹ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madri, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1955. pp. 122-123.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 91.

⁶³ MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 91.

*em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a Justiça Social*⁶⁴.

A questão da igualdade é incorporada como um conteúdo próprio a ser buscado garantido através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade⁶⁵. Para alcançar tal desiderado, o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: *a democracia* e os *direitos fundamentais*, havendo uma co-pertença entre ambos: “não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia”⁶⁶. É por isso que o Estado Democrático de Direito não eleva a vontade popular democraticamente expressa à “*fonte incondicionada do poder absoluto, na medida em que acolhe a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana como limite originário do seu poder e valor vital e indispensável da ordem jurídica*”⁶⁷.

Essa caracterização do Estado Democrático de Direito tem seu resguardo no modelo constitucional brasileiro, que, no caso, trata-se de uma Constituição compromissória e dirigente, que constitui a ação do Estado. Melhor dizendo, e a lição é de Bercovici, “*a Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população*”⁶⁸. Dessa forma, o poder estatal tem como fundamento a Constituição, de modo que seus atos

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.635, p. 7-13, set. 1988. p. 13. Conforme José Afonso da Silva, “*a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes mas os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 10 da CF de 1988 quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando*” (SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.635, p. 7-13, set. 1988. p. 13).

⁶⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 94.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 212.

⁶⁸ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36 n. 142 abr./jun. 1999. p. 36.

devem ser considerados constitucionalmente determinados. A função da Constituição dirigente pode-se dizer “*é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal*”, de modo que “*os fins políticos supremos e as tarefas do Estado encontram-se normatizados na Constituição. Afinal, a Constituição legitima o poder político do Estado*”⁶⁹.

Dessa forma, a Constituição pode ser vista como o “*elo conteudístico que une ‘política e direito’ em um determinado Estado*”⁷⁰. No seu conteúdo, dirigente e compromissório vêm previstos diversos direitos fundamentais que reforçam o núcleo transformador da Constituição presente nos artigos 1º. e 3º. do seu texto⁷¹. Na medida em que a Constituição assume esse caráter normativo, compromissório e dirigente, conformando a atuação do legislador e do executivo, o que impõe repensar a questão da democracia, que sofre um redimensionamento a partir do espaço cada vez mais ocupado pela jurisdição constitucional.

Nessa senda, tem-se defendido também um viés participativo da democracia, no qual esta não se resumiria ao jogo político eleitoral. A expressão democracia participativa é, conforme Jorge Miranda, pleonástica, uma vez que, “*por definição, democracia implica exercício tanto dos direitos fundamentais de liberdade quanto de direitos de participação política dos*

⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36 n. 142 abr./jun. 1999. p. 40.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 106.

⁷¹ Segundo Bercovici, “*o artigo 3º da Constituição de 1988, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a ‘cláusula transformadora’ da Constituição. A ideia de ‘cláusula transformadora’ está ligada ao artigo 3º da Constituição italiana, de 1947 e ao artigo 9º, 2 da Constituição espanhola de 1978. Em ambos os casos, a ‘cláusula transformadora’ explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, impedem que a Constituição considerasse realizado o que ainda está por se realizar, implicando na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais buscam a igualdade material através da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir a existência digna para todos. A eficácia jurídica destes artigos, assim como a do nosso artigo 3º, não é incompatível com o fato de que, por seu conteúdo, a realização destes preceitos tenha caráter progressivo e dinâmico e, de certo modo, sempre inacabado. Sua concretização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado. Do mesmo modo que os dispositivos italiano e espanhol mencionados, o artigo 3º da Constituição de 1988 está voltado para a transformação da realidade brasileira: é a ‘cláusula transformadora’ que objetiva a superação do subdesenvolvimento*” (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 294-295).

cidadãos⁷². Todavia, segundo o constitucionalista português, “quando se fala em democracia participativa, pensa-se, porém, numa participação de grau mais intenso ou mais freqüente do que o voto de tantos em tantos anos, ou mais próximo dos problemas concretos das pessoas⁷³, o que ocorreria em três sentidos ou dimensões: a) No sentido de um reforço da participação ou animação cívica em geral, através de um mais atento e empenhado aproveitamento dos direitos políticos constitucionalmente garantidos, de uma integração ativa em partidos e noutros grupos de cidadãos eleitores e de uma maior disponibilidade para o desempenho de cargos públicos; b) No sentido de atribuição aos cidadãos, enquanto administrados, de específicos direitos de intervenção no exercício da função administrativa do Estado; c) No sentido da relevância de grupos de interesses, de associações e de instituições existentes na sociedade civil e da sua participação em processos de decisão ou em órgãos a nível do Estado.⁷⁴

Defende-se, nessa linha, que a democracia participativa seria a “verdadeira democracia do Terceiro Milênio”, de modo que o adjetivo participação passaria a ser o novo referencial em termos democráticos, redundando na (re)qualificação do povo para além de mero ícone, passando à posição de ator principal do cenário democrático⁷⁵. Nessa perspectiva, o espaço ideal para a implementação de democracia participativa seria o Judiciário, a partir de uma legitimidade procedimental que encontraria nos princípios constitucionais do processo, como o acesso à justiça, o contraditório, na publicidade e na fundamentação “os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é criado⁷⁶. Importante mencionar que, do ponto de vista do processo e da jurisdição, a nova roupagem assumida pelo contraditório sob os auspícios da teoria de Elio Fazzalari tem contribuído

⁷² MIRANDA, Jorge. A democracia representativa: princípios e problemas gerais. *Estudos eleitorais*. Brasília: TSE, 1997. p. 17.

⁷³ MIRANDA, Jorge. A democracia representativa: princípios e problemas gerais. *Estudos eleitorais*. Brasília: TSE, 1997. p. 23.

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. A democracia representativa: princípios e problemas gerais. *Estudos eleitorais*. Brasília: TSE, 1997. pp. 23-24.

⁷⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 215.

⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 218.

para se enxergar uma possibilidade de participação discursiva dos interessados no provimento final, o que vivifica a ideia de participação democrática e aproximação dessas ideias às noções de Habermas sobre a democracia⁷⁷.

Tudo isso ressalta a importância do processo e da jurisdição e o papel proeminente que estes passam a ocupar no Estado Democrático de Direito. A defesa da jurisdição (constitucional), portanto, deve ser vista como um reforço democrático, na medida em que a própria noção de democracia vem sofrendo mutações. Além disso, a jurisdição e o processo podem funcionar como um campo privilegiado para discussões a respeito dos direitos, mormente por contar com um grau de autonomia, inerente ao direito no Estado Democrático, inexistente no âmbito do Legislativo⁷⁸.

⁷⁷ Conforme Daniela Mesquita Leutchuck de Cademartori e Márcio Ricardo Staffen, “*vislumbra-se uma perfeita confluência da visão fazzalariana de contraditório com a teoria discursiva de Habermas. A forma participativa para a construção das decisões se materializa com o ponto que liga a teoria discursiva com a noção de processo como procedimento em contraditório, neste ponto este princípio passa a exercer uma força centrípeta fomentadora do espaço discursivo (argumentativo), a partir DO (de um) paradigma de Estado Democrático de Direito. Afinal, como deixa consignado Joh Elster, um estado democrático não representa tão somente o governo do povo, mas fundamentalmente, oportunidade de participação popular nas questões do Estado. Em pleno Estado Democrático de Direito o contraditório deve ser arquitetado como um ethos de cidadania e participação dos envolvidos*” (STAFFEN, Márcio Ricardo. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuck de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jurgen Habermas. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 4. Nº 12. Jul/Set 2010. Porto Alegre: HS Editora Ltda, 2010. p. 144). Tal perspectiva está no cerne da doutrina processual da escola mineira. A respeito, ver NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009. LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5ª Ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

⁷⁸ Conforme Dieter Grimm, os políticos atuam num ambiente competitivo, contando, nesse ambiente, o sucesso político e, em última análise, a vitória eleitoral, o que gera uma inclinação para submeter os ditames constitucionais às necessidades políticas. Não se trata, é claro, de deixar a constituição de lado, mas de reconhecer que ela é interpretada no sentido que mais favorece aos propósitos políticos. Isso não ocorre com as Cortes, pois elas operam sob um código diferente, não perseguem um plano político e seus membros não dependem de reeleição. Ademais, a autonomia e a independência dos Tribunais relativamente aos atores políticos permitem que a interpretação dos textos legais não seja afetada por programas políticos ou imperativos ditados por eleições contra outros candidatos. Dessa forma, em um eventual conflito constitucional, é mais provável que a intenção da constituição prevaleça e não aquelas intenções dos políticos (GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. *Revista de direito do estado*. N. 4 (outubro/dezembro de 2006) Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11). Ademais, não se pode ignorar que os partidos políticos operam sob o imperativo de ganhar eleições. O sucesso eleitoral é o pré-requisito para trazer o pessoal de determinada pessoa para as posições-chaves e para aplicar um determinado programa político. O sistema judicial, no entanto, opera em condições totalmente diferentes. E nisso o distanciamento perante a sociedade pode se tornar virtude, na medida em que o sucesso político não é um parâmetro relevante. Os juízes estão

Em linhas gerais, pode-se considerar que o Estado Democrático de Direito impõe uma releitura dos institutos processuais e da própria concepção de processo. No campo do tema objeto deste trabalho, impõe uma superação da dicotomia entre privatismo e publicismo e um novo olhar sobre as relações entre direito material e processo, de modo a garantir uma plena concretização dos direitos e, por conseguinte, efetivar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

2.3 Monopólio da Jurisdição e Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva

Os problemas envolvendo a proibição de autotutela, o monopólio da jurisdição e o direito à tutela jurisdicional efetiva são bem mais complexos do que se pode parecer. Na verdade, trata-se de perspectiva que pode ser encarada desde o ponto de vista teórico-dogmático, o que, nesse primeiro momento, servirá para denunciar os vazios metodológicos decorrentes do estudo da ação e das relações entre direito material e processo distante da teoria do Estado.

A *luta material* foi a forma primitiva entre os homens ou ainda entre as entidades personificadas que, diante dos bens da vida, necessitavam solucionar os conflitos. Essa forma de resolução de conflitos ainda está presente em povos imersos em tempos passados em que persistem formas simbólicas das decisões por atos próprios. Ao passo que o direito “se substitui ao regramento com base exclusiva na força, não só aparece a magna função do juiz, como também princípios surgem que punem severamente o fazer-se

imunizados, sua autonomia os protege de sanções em resposta a decisões impopulares, sendo menos dependentes do consentimento dos políticos. Isso tudo capacita os Tribunais a insistir no respeito aos princípios duradouros sobre os quais a sociedade se organiza e lembra os políticos das suas obrigações a longo prazo, pelo menos quando elas têm um fundamento constitucional (GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de direito do estado*. N. 4 (outubro/dezembro de 2006) Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 21-23). Essa imparcialidade e autonomia não significa, por óbvio, que os juízes não devem “ter lado”: “implica, antes, que o lado que devem sustentar é o da democracia e do Estado de Direito”. Vale dizer, “os juízes devem fazer uso de suas prerrogativas funcionais para manter sua equidistância e neutralidade em relação aos interesses ocasionais em liça e assegurar a efetividade da ordem constitucional em cada caso” (RAMIRES, Maurício. Aspectos da relação entre a independência judicial e a responsabilidade disciplinar dos juízes por suas decisões – os casos português e brasileiro. *Revista da AJURIS* – v. 38 – n. 121 – Março 2011. p. 230).

justiça, por mais exata que seja, com as próprias mãos”⁷⁹, pois através da justiça de mão própria “o mais forte fazia prevalecer o que lhe interessava”⁸⁰.

O Estado, ao monopolizar a justiça prometendo prestá-la a quem a tivesse, dotou todos os cidadãos de pretensão à tutela jurídica, ficando, assim, com a obrigação de julgar, através de seus órgãos, se alguém exercer o direito correspondente àquele dever⁸¹, cabendo-lhe, assim, decidir sobre os pleitos em que se aleguem direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções⁸².

O monopólio da jurisdição traz consequências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoa que o solicite. A soma destas duas consequências gera, indistintamente, para todas as pessoas da comunidade, uma promessa de proteção a todos aqueles que necessitam de justiça⁸³.

Essa promessa de proteção pode ser chamada de *pretensão à tutela jurídica*⁸⁴. Para Ovídio Baptista, trata-se de um “*poder atribuído a qualquer*

⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 243. Proclama o processualista que “*se a incidência das regras jurídicas, criando os direitos, os deveres, as pretensões, as obrigações, as ações e exceções, bastasse à realização da justiça, não se precisaria da justiça privada, nem da justiça estatal. Mas a incidência só se passa no mundo do pensamento, embora impecavelmente aconteça; e os homens e o próprio Estado nem sempre apreendem, em seus pormenores, em sua inteireza, aqueles direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções – razão por que se tem de proceder à aplicação (ad, plicare, pôr nas obras, plica, provavelmente depois de abri-las, de ex-plicare), quando a incidência não corresponde à realidade da vida. Tal aplicação que foi privada, e, depois, iudicium privatum, se fez estatal, ou se conservou justiça de mão própria ou arbitral onde o Estado permitiu*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 244).

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 247.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 245.

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 48.

⁸³ RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. pp. 102-104.

⁸⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da*

peessoa de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional”⁸⁵. A pretensão à tutela jurídica, “que é um poder, pré-processual, se distingue de seu exercício”⁸⁶, uma vez que este está vazado no conceito de ação processual, seu aspecto dinâmico, “direito público subjetivo, imediato de exercer contra o Estado a pretensão à tutela jurídica”⁸⁷.

Com o exercício da pretensão à tutela jurídica exige-se do Estado uma prestação positiva, uma vez que este “em virtude do monopólio da jurisdição, se compromete a garantir e assegurar a proteção daqueles indivíduos que necessitam de justiça, razão pela qual está obrigado a julgar”⁸⁸. Afinal, em sendo o direito um instrumento de convivência social, seria inconcebível imaginar uma ordem jurídica na qual o Estado, mesmo impedindo a atividade do titular do direito para realizá-lo, não assegurasse uma proteção equivalente, outorgando aos particulares, em contrapartida, os meios para torná-lo efetivo através dos próprios órgãos estatais⁸⁹.

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, o direito de ação, expressão da pretensão à tutela jurídica, ganha um status constitucional. Historicamente, um dos principais autores a desenvolver o tema foi Eduardo Couture, que parte das seguintes premissas: (a) no Estado de Direito, a violência privada se

UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNIINOS, 2009. p. 104.

⁸⁵ Conforme o mesmo autor, a pretensão à tutela jurídica “consistente não no auxílio que o juiz possa dar àquele em favor de quem ele haja reconhecido a existência do direito e julgado procedente o pedido, mas na simples atividade jurisdicional, mesmo que esta conclua por negar ao interessado a proteção que o juiz daria se a situação que o autor descreve no processo fosse verdadeira e não, ao contrário, recusada pela lei ou infirmada pela prova” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 75).

⁸⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNIINOS, 2009. p. 110.

⁸⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNIINOS, 2009. p. 111.

⁸⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNIINOS, 2009. p. 111.

⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 72.

transforma em petição frente a autoridade; (b) essa petição frente a autoridade constitui um poder jurídico do indivíduo, porém é o meio necessário para obter a prestação da jurisdição; (c) o poder jurídico de acudir frente a autoridade não pode ser negado a ninguém, na medida em que proibida a justiça de mão própria é evidente que deve dar-se a todo sujeito de direito a faculdade de obtê-lo por meio da autoridade, pois privá-lo de uma e de outra, seria negar-lhe a própria justiça⁹⁰. Para o professor uruguaio, o direito de ação faria parte do “*minimo de poderes jurídicos inherentes a la propia condición humana y que todas las Constituciones enumeran en sus ya clásicas disposiciones sobre derechos y garantías*”⁹¹, ou, em última análise, “*una especie dentro del género de los derechos de petición*”⁹².

Importante destacar que o acesso à justiça, *síntese da pretensão à tutela jurídica e da ação processual*, no bojo do Estado Democrático de Direito, cobra, na perspectiva de um direito processual constitucional, “*um espaço de reflexão crítica dos problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de realização da justiça*”⁹³. Ganha relevo, no ponto, a questão da *efetividade da tutela jurisdicional*, como componente dos elementos integrantes do Estado Democrático de Direito, “*na medida em que contribui para a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, inc. I, da CF), baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF)*”⁹⁴.

A questão da efetividade da tutela jurisdicional passa necessariamente pelo estabelecimento dos vínculos entre direito material e processo, uma vez que este está intimamente ligado com a proibição de autotutela, a pretensão à tutela jurídica e a ação processual. Na verdade, é possível afirmar que o estudo científico do processo começa a ganhar fôlego quando estudado de forma separada do direito material. No entanto, esse relacionamento entre direito

⁹⁰ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, pp. 31-32. Importante consignar que a primeira edição da obra de Eduardo Couture é de 1947.

⁹¹ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978. p. 33.

⁹² COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978. p. 34.

⁹³ RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 77-78.

⁹⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 80.

material e processo sofre diversas modificações no curso da história e da evolução do Estado. Com base nessas premissas, o tema será estudado no presente trabalho desde o desenvolvimento das teorias sobre a ação (material e processual) até às propostas mais consentâneas com o Estado Democrático de Direito, com o direito à efetividade da tutela jurisdicional e com o balanceamento ínsito ao modelo democrático-constitucional vigente relativo ao papel do juiz e das partes do processo⁹⁵.

⁹⁵ Sob esse aspecto, o presente trabalho irá abordar, exclusivamente, a ênfase que cada uma das perspectivas propostas atribui ao interesse das partes e ao interesse estatal no processo, sem adentrar numa análise pormenorizada do tecido interno ao processo e ao procedimento. Dito de outro modo, e já adiantando algumas perspectivas críticas que serão aqui traçadas, o tema da ação será abordado de acordo com a maior ou menor ênfase que é atribuída às partes e ao juiz, tudo em conformidade com o modelo vigente de Estado. No entanto, esse aspecto será lançado subliminarmente aos aspectos dogmáticos desenvolvidos no correr do trabalho, sendo retomado de forma mais evidente nas apreciações críticas finais da dissertação.

3 O Estudo da ação no Estado Liberal

O estudo da ação no bojo do Estado liberal oferece uma profícua forma de visualização das relações entre o processo civil e a teoria do Estado. Isso porque a evolução das relações entre direito material e processo, centradas no Estado Liberal, a partir do tema da “ação”, enfeixam uma abordagem que deixa de lado o caráter público-estatal do processo, para centrar-se em aspectos ligados à supremacia da autonomia privada e da vontade dos particulares, tal qual o próprio processo civil era pensado. Essa linha de pensamento irá marcar as principais teorias surgidas no bojo do Estado Liberal.

3.1 A teoria civilista da ação

A teoria civilista da ação costuma ser referida como “a idade da inocência, quando os juristas nem sequer sonhavam que pudessem existir teorias da ação”⁹⁶. Trata-se, na verdade, de teoria desenvolvida em momento histórico na qual a diferenciação entre direito material e direito processual era incipiente, não sendo possível considerá-la propriamente uma teoria da ação, pois, conforme José Tesheiner, “*eram civilistas e não sabiam, porque, de certo modo, uma teoria somente existe quando há outra a que se oponha. Não havia, então, maior preocupação com o conceito de ação*”⁹⁷.

3.1.1 Considerações gerais sobre a teoria civilista

Normalmente, se atribui ao jurista alemão Friedrich Carl von Savigny o papel de principal nome da teoria civilista⁹⁸. Não se pode considerar a afirmativa de todo acertada, pois antes de Savigny qualquer desenvolvimento teórico sobre a *actio* não deixava de ser um estudo civilista, já que uma teoria autônoma do processo era, por assim dizer, inexistente.

⁹⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 104.

⁹⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 104. Para Ovídio A. Baptista da Silva, “*partindo do conceito de ação dado pelo jurista CELSO, os partidários deste entendimento trataram da ação de direito material em vez de estabelecerem a verdadeira natureza e função da ‘ação’ processual*” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 79).

⁹⁸ É o caso, por exemplo, de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 18-20.

Savigny é considerado o principal nome da chamada “Escola Histórica do direito”, cujo cerne consiste na “constituição de uma ciência jurídica consciente dos seus próprios métodos e sistemática”⁹⁹. Nasceu em 1779 em Frankfurt. Órfão desde cedo, estudou Direito de 1795 a 1799 em Marburgo, onde, em 1803, já era professor, tornando-se rapidamente uma personalidade acadêmica¹⁰⁰. Dentre tantas questões de destaque na sua vida e obra, cabe aqui ressaltar a firme posição contra a codificação do direito na Alemanha. Através do seu conceito de povo, como “tradição cultural”, Savigny buscou ignorar que o direito, entendido como vontade política criadora, também poderia satisfazer a exigência da sua criação pelo espírito do povo, nos termos do embate que travou com Thibaut, ferrenho defensor de uma codificação comum a toda a Alemanha¹⁰¹.

Com tal conceito, Savigny lastreou a viragem do seu pensamento para o direito romano, na medida em que povo era cultural e o direito romano um elemento essencial da vida jurídica alemã, entendida como processo cultural¹⁰². Com esse pano de fundo, o professor alemão desenvolveu o seu “*sistema de direito romano atual*”, obra em que colocou em prática seu objetivo de construir uma ciência jurídica na qual a elaboração sistemática e a histórica se unissem¹⁰³. Sua obra, segundo Wieacker, “*serve, com transparência admirável, para a construção de uma teoria geral do direito que substituía o jusnaturalismo e que, ao mesmo tempo, possa constituir uma ‘filosofia do direito positivo’*”¹⁰⁴.

⁹⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 419.

¹⁰⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. pp. 435-436.

¹⁰¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 448. Caenegem assevera que “o adiamento de um código civil puramente alemão até 1900 significou que, ao longo de todo o século XIX, o Direito romano e seus sumos sacerdotes prevaleceram. Como um parlamento verdadeiramente nacional e uma Suprema Corte verdadeiramente nacional não seguiram antes da unificação no tempo de Bismarck, os juristas dominaram a vida jurídica durante quatro séculos, a ponto de, como vimos, dizer aos juízes que sentença dar” (CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica européia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 72).

¹⁰² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 448.

¹⁰³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 452.

¹⁰⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 453.

Essa contextualização é importante para entender a obra de Savigny, assim como de outros autores alemães, cuja obra será analisada no correr da primeira parte deste trabalho. Na medida em que duas posições antagônicas permeavam o imaginário jurídico da Alemanha no século XIX, ou seja, a manutenção da tradição construída a partir do processo cultural e a criação de um novo Código¹⁰⁵, o estudo do direito romano e sua confrontação e conformação com o direito moderno era um traço permanente da escola histórica e da obra de autores como Savigny. E é a partir desse estudo do direito romano, o qual, por sinal, estava na base dos posteriores estudos sobre a ação, que será analisada a teoria civilista.

3.1.2 O estudo da *actio* nos sistemas de direito romano de Savigny

Savigny considera os direitos como *condições necessárias para a vida social dos seres livres*, sendo o estado normal do direito a conformidade dos atos com as suas respectivas regras. No entanto, dada a liberdade como algo essencial, deve-se admitir a possibilidade de atos livres contrários à ordem e, pois, violações do direito que turbam o seu estado normal. A violação do direito exige, desse modo, uma série de instituições novas, compreendidas sob a designação geral de garantias contra estas violações. São elas, *a jurisdição como parte integrante do direito público, a pena como conteúdo do direito criminal e as formas destinadas ao restabelecimento do estado normal do direito, cujas formas constituem o conteúdo do direito a procedimentos*¹⁰⁶.

Além dessas instituições, existiriam outras que decorrem da violação: *“cuando examinamos un derecho bajo la relación especial de su violación nos aparece en un estado nuevo, el estado de defensa”*¹⁰⁷. A esse estado novo, ou melhor, ao conjunto de modificações no direito operadas pela violação, Savigny dá o nome de *direito das ações*¹⁰⁸. Nessa linha, o direito de ação entraria na

¹⁰⁵ Sobre o tema, ver SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

¹⁰⁶ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 7.

¹⁰⁷ Tradução livre: *“quando examinamos um direito sob a relação especial da sua violação nos aparece em um estado novo, o estado de defesa”*.

¹⁰⁸ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 8.

categoria dos *desenvolvimentos e metamorfoses experimentadas pelos direitos*, podendo ser divididos em duas classes: as que *“resultan del solo hecho de la violación y comprenden las acciones y excepciones con sus ulteriores desenvolvimentos”* e as que *“resultan de los actos que forman parte del debate judicial destinado á reprimir la violación”*, nos quais estaria a *litisconstestatio* e o juízo¹⁰⁹.

Conforme Savigny, *“la relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada, se llama derecho de acción ó acción”*¹¹⁰. Em outra perspectiva, a palavra *ação* designaria também o próprio exercício do direito, em cujo caso, sob a hipótese de um processo escrito, designa o ato escrito pelo qual começa o debate judicial. Como se verifica, o autor alemão atribuía à palavra *ação* duas concepções distintas, uma mais rente ao direito material e outra ao processo e ao procedimento¹¹¹. Seja como for, no primeiro aspecto, toda *ação* implicaria em si duas condições: um direito e a violação deste direito. Portanto, *“si el derecho no existe, la violación no es posible; y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción; no existe actio nata”*¹¹².

Para desenvolvimento do tema, Savigny, inicialmente, cuida de distinguir, no direito romano, as ações e sua denominação. Refere que na fase da *Legis actiones*, o sentido da expressão *actio* referia-se sempre à forma, designando o que é preciso fazer para atacar a violação, consistindo em atos

¹⁰⁹ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 9. Tradução livre: *“resultam do só fato da violação e compreendem as ações e exceções com seus ulteriores desenvolvimentos”* e as que *“resultam dos atos que formam parte do debate judicial destinado a reprimir a violação”*.

¹¹⁰ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 10. Tradução livre: *“a relação que da violação resulta, vale dizer, o direito conferido à parte lesionada, se chama direito de ação ou ação”*.

¹¹¹ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 10. Nesse ponto, merece destaque o fato que a chamada teoria civilista, juntamente com todos os seus conseqüências, está muito mais para o estudo da ação no plano do direito civil, que ao processo, como o próprio Savigny reconhece ao afirmar que *“el acto por el cual el derecho se ejercita, entra por us condiciones y sus formas em la teoria del procedimineto”* (Idem. Ibidem, p. 10). Tradução livre: *“o ato pelo qual o direito se exercita, entra, por suas condições e formas, na teoria do procedimento”*.

¹¹² SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 10. Tradução livre: *“se o direito não existe, a violação não é possível; e se não há violação, o direito não pode revestir a forma especial de uma ação; não existe uma actio nata”*.

simbólicos e em fórmulas vernais rigorosamente determinadas. No período do *ordo judiciorum*, a palavra *actio* veio a designar principalmente o direito de ação, enquanto a *fórmula* a forma da ação. Após a abolição do *ordo judiciorum*, a fórmula veio a perder sua significação, enquanto as ações voltaram a existir como antes. No entanto, à palavra *actio* os jurisconsultos romanos teriam dado diversas acepções, dentre as quais estaria a definição de Celso (*Nihil aliud est acti, quam jus, quod sibi debeatur, iudicio perseguendi*), a qual não teria sido a única admitida no tempo do próprio Celso, nem teria sido apresentada por Justiniano, ao inseri-la nas suas Instituições, como a única verdadeira e possível¹¹³.

Na continuação da sua obra¹¹⁴, Savigny busca continuar o tema decorrente da violação dos direitos. Afirma, nesse sentido, já ter chegado ao centro da investigação sobre o direito das ações, cujo objeto antes definido seria “*determinar las modificaciones introducidas em un derecho cualquiera por consecuencia de su violación y de los médios destinados á reprimirla*”¹¹⁵. Porém, considera extraordinariamente raro que se reconheça ou se confesse a violação do direito e que a autoridade judiciária somente precise intervir para combater esta vontade injusta, uma vez que “*casi siempre se afirma la violación por una parte y se niega por la otra, apareciendo entonces el proceso, cuya decisión es necesaria para que pueda probarse la violación y ser reparada*”¹¹⁶. Nesse ponto, Savigny também reconhece que a sentença pode negar a violação do direito ou constatá-la e repará-la¹¹⁷.

¹¹³ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. pp. 11-13.

¹¹⁴ Trabalha-se aqui com o Tomo IV, em que desenvolvido o tema da *actio* como consequência da violação do direito nos estritos lindes do direito material, e o Tomo V do “*Sistema del derecho romano actual*”, a qual teria sido publicada em 1841, na qual há uma continuação do tema da violação dos direitos, numa perspectiva mais afeita ao direito processual, em que pese tal distinção não fosse visível à época.

¹¹⁵ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo V. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 9. Tradução livre: “*determinar as modificações introduzidas em um direito qualquer por consequência de sua violação e dos meios destinados a reprimi-la*”.

¹¹⁶ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo V. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 9. Tradução livre: “*quase sempre se afirma a violação por uma parte e se nega pela outra, aparecendo então o processo, cuja decisão é necessária para que possa provar-se a violação e ser reparada*”.

¹¹⁷ SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo V. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 10.

Em que pese Savigny escreva muitas linhas sobre temas como a *litiscontestatio* e a *coisa julgada*, institutos nitidamente ligados ao direito processual, sua obra não apresenta uma descrição da *actio* nessa mesma perspectiva. É nítido que o autor alemão dá ênfase ao tema na perspectiva do direito material, e não do direito processual.

3.1.3 A doutrina italiana clássica e a teoria civilista

Para uma melhor compreensão da “teoria civilista”, passa-se, neste ponto, a expor o pensamento de alguns juristas italianos comumente classificados dentre os grandes arautos da referida teoria. Pretende-se, com isso, delinear, de forma mais clara, os momentos iniciais da evolução do conceito de ação na doutrina moderna.

Conforme Matteo Pescatore, a autoridade judiciária, distribuindo a justiça em nome do Estado e do Rei, é chamada a reconhecer e acertar os direitos e manter a exata observância destes. Isso, porém, somente ocorreria com os direitos aos quais a lei atribui uma ação, ou seja, aqueles que têm origem e causa nas instituições naturais e civis da família, da propriedade e das convenções¹¹⁸. Os direitos que podem invocar a garantia judiciária são chamados de *unidos de ação*, e, porém, a ação civil outra coisa não é senão o direito à garantia judiciária de outro direito: essa (a ação civil) consiste na faculdade de impetrar perante a autoridade judiciária, por meio de uma regra jurídica, a declaração de um direito que seja contestado¹¹⁹.

Para Mancini, Pisanelli e Scialoja, autores clássicos do direito processual civil italiano, “*la istituzioni di ogni giudizio suppone la negazione o la violazione di un diritto, del quale si domanda la ricognizione o la reintegrazione*”¹²⁰. Desse modo, seria indispensável “*che l’attore cominci per manifestare qual sia questo*

¹¹⁸ PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*: nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale. Vol. I. Parte I. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1864. p. 3.

¹¹⁹ PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*: nelle somme sue ragioni e nel suo ordine natureale. Vol. I. Parte I. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1864. p. 24.

¹²⁰ MANCINI, P S; PISANELLI, G Condatti; SCIALOJA, Antonio. *Commentario del codice di procedura civile: per stati sardi*. Volume IV. Torino: UTET, 1890. p. 6. Tradução livre: “*a instituição de qualquer juízo supõe a negação ou a violação de um direito, do qual se demanda o reconhecimento ou a reintegração*”.

*suo diritto che egli crede lesa, ed intimi al violatore di comparire al cospetto di quel giudice che sia competente a decidere sulla domanda*¹²¹.

Por sua vez, Mattiolo entendia que a *ação judiciária* consistiria no poder “*di impetrare dal giudice la ricognizione di un nostro diritto, che ci è contrastato*”¹²², representando, pois, “*un diritto alla seconda potenza, ossia il diritto di far valere un diritto in giudizio*”¹²³. A ação, ademais, competiria a todo direito, representando a tutela do direito assumida pelo Estado por meio do Poder Judiciário, salvo àqueles em que a lei expressamente negue ação, como o débito de jogo¹²⁴.

Segundo Vincenzo Simoncelli o juízo pressupõe um direito subjetivo, porém, além disso, seria necessário que surgisse o interesse da defesa jurídica em relação aquele direito. Tal interesse teria seu nascedouro na necessidade de remover os obstáculos colocados à atuação do direito (violação) ou ainda na necessidade de prevenir a violação¹²⁵. Nessa senda, “*ogni diritto in potenza contiene l’azione, la contiene ipoteticamente, cioè nel caso che sorga l’interesse di agire; dove quando si dice azione si dice qualche cosa che è più del puro diritto: si dice diritto più l’interesse già sorto di farlo valere*”¹²⁶. O jurista italiano acrescenta, ainda, que a ação tem sua causa no direito, mas com ele não se confunde e dá o seguinte exemplo: “*chi è titolare di un diritto di credito*

¹²¹ MANCINI, P S; PISANELLI, G Condatti; SCIALOJA, Antonio. Commentario del codice di procedura civile: per stati sardi. Volume IV. Torino: UTET, 1890. p. 6. Tradução livre: “*que o autor comece por manifestar qual seja este seu direito que ele crê lesado, e intime o violador para comparecer à presença daquele juiz que seja competente a decidir a demanda*”.

¹²² MATTIROLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888. p. 5. Tradução livre: “*poder de impetrar frente ao juiz o reconhecimento de um direito nosso, que é contestado*”.

¹²³ MATTIROLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888. p. 5. Tradução livre: “*um direito à segunda potência, ou seja, o direito de fazer valer um direito em juízo*”.

¹²⁴ Mattiolo fazia referência, ao art. 192 do Código civil da época, em que estabelecido que “*la legge no acoorda azione veruna pel pagamento di un debito di giuoco (d’azzardo) o di scommessa*” (MATTIROLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888. p. 5, nota 1).

¹²⁵ SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903. p. 227.

¹²⁶ SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903 p. 228. Tradução livre: “*todo direito em potência contém a ação, a contém hipoteticamente, isto é no caso que surja o interesse de agir; onde quando se diz ação se diz qualquer coisa que é mais de fora direito: se diz direito mais o interesse jurídico já dito de fazê-lo valer*”. Pode-se considerar que Simoncelli foi um dos primeiros autores a teorizar o interesse de agir como condição da ação, embora sem a clareza conceitual depois realizada por Chiovenda. Simoncelli, com base no brocardo francês “*pas d’interets pas di actionem*”, utiliza a expressão interesse de agir, o qual poderia ser relativo ao bem material ou ao bem imaterial (SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903. p. 237).

*sottoposto a condizione ad a termine, hai il diritto, ma non há ancora la potestà dia gire. L'azione nasce col verificarsi della condizione o del termine*¹²⁷.

Interessante notar que, de acordo com Simoncelli, “*nata l'azione, è nato il potere di invocare la difesa dello Stato*”¹²⁸, o que não significa, todavia, que o autor pactue de um entendimento em que a ação tenha caráter processual. Com efeito, uma coisa seria a *demanda judicial*, ou seja, a demanda de defesa jurídica; outra coisa, o direito de ação, considerado pressuposto daquela¹²⁹.

O que se verifica nas diferentes vertentes doutrinárias referidas é uma ênfase no conceito de ação como consequência da violação do direito, embora Simoncelli acrescente, ainda, a necessidade de prevenir a violação, o que, de certo modo é um avanço em relação aos demais autores. Não se pode desconsiderar que Pescatore também não trata a ação como uma consequência da lesão, mas como direito à garantia judiciária de outro direito. Tem-se como ponto comum, ainda que não todos digam do mesmo modo, que direito de ir a juízo pressupõe a ação, ou seja, com o nascimento da ação, nasceria a possibilidade de perseguir judicialmente o direito. Esse direito de demandar teria, pois, como pressuposto à ação, sendo, porém, dela diferente, ou seria a própria ação, como garantia do direito preexistente.

3.1.4 A doutrina brasileira clássica sobre a ação na perspectiva civilista

No direito brasileiro, algumas obras escritas ainda no século XIX e no início do século XX servem de parâmetro para o estudo do tema da ação, sua evolução e conformação da doutrina brasileira clássica com a teoria civilista. Nesse intento, será analisada a obra de três autores: José Homem Corrêa Telles, João Monteiro e Paula Baptista.

¹²⁷ SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903. p. 228. Tradução livre: “*quem é titular de um direito de crédito submetido à condição ou a termo, tem o direito, mas não tem ainda poder de agir. A ação nasce quando verificada a condição ou o termo*”.

¹²⁸ SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903. p. 230. Tradução livre: “*nascida a ação é nascido o poder de invocar a defesa do Estado*”.

¹²⁹ SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903. pp. 236-237. Em outra passagem, leciona o professor italiano que “*no ha contro lo Stato una pretesa publicistica alla tutela giuridica, mas essa è un accessorio della pretesa di diritto civile*” (SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903. p. 237). Tradução livre: “*não há contra o Estado uma pretensão publicística à tutela jurídica, mas essa é um acessório da pretensão de direito civil*”.

O livro “*doutrina das acções*” de José Homem Corrêa Telles foi publicado em 1880 e é, sem dúvida, um clássico do direito brasileiro, em um tempo em que o estudo do direito processual era sem dúvida incipiente. Já na abertura da obra o conceito de ação vem posto como “*o remedio de Dirêito para pedir ao Juiz, que obrigue outrem à dar, ou fazer, aquillo, de que tem obrigação perfeita*”¹³⁰. As ações são, nessa linha, analisadas a partir de variadas classificações, como as ações que tem origem em estado de pessoa, ou em obrigação pessoal, as ações que visam a defender ou vindicar o estado de liberdade, de cidade ou de família, as ações reais, cabíveis contra que não quer reconhecer, possuindo a coisa sobre que recai o direito real, as ações pessoais nascidas das obrigações de dar, fazer ou não fazer, ou ainda resultantes do contrato, quase-contrato, delito e quase delito, as ações classificadas em razão da forma de processo, que podem ser ordinárias, sumárias e executivas¹³¹.

No que diz respeito ao “*modo de propôr as acções*”, José Homem Corrêa Telles afirma que “*as acções, que tem forma de processo ordinário, intentão-se por um Libello, que deve sêr oferecido na primeira Audiencia, depois da em que o Réo fôr havido por citado*”, o que teria assento nas Ordenações, na época de plena aplicação no Brasil. O *Libello*, ao seu turno, era considerado “*a exposição dos factos, que dão direito ao Autôr em seu pedido*”, estando nele lançadas as premissas de um silogismo cuja conclusão seria o pedido do autor¹³². No caso da *acção sumária*, esta seria intentada por simples Petição, do mesmo modo que as *acções executivas*, nas quais seria citado o réu para em 24 horas pagar, ou nomear bens à penhora¹³³.

Obra extremamente rica sobre o tema da ação é o “*Direito das acções*”, de João Monteiro, publicado em 1905. O professor brasileiro inicia a obra falando da gênese da ideia de ação, seu princípio lógico e derivação histórica. Já nas primeiras linhas afirma que “entre direito (*ius*) e ação (*actio*) há relações tão íntimas, quanto as que reciprocamente vinculam, no mundo

¹³⁰ CORRÊA TELLES, José Homem. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro Editor, 1880. p. 1.

¹³¹ CORRÊA TELLES, José Homem. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro Editor, 1880. pp. 2-13.

¹³² CORRÊA TELLES, José Homem. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro Editor, 1880. p. 15.

¹³³ CORRÊA TELLES, José Homem. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro Editor, 1880. p. 16-17.

biológico, as ideias de *organismo* e de *vida*, ou, no mundo sociológico, as de *poder* e de *função*¹³⁴. Por conseguinte, “*negado ou embaraçado o direito, desde logo elle se põe em actividade re-equilibradora: esta acção do direito é a sua própria vida orgânica em movimento*”. Tratar-se-ia de “*um fenómeno vital do direito imposto pela unidade jurídica do seu próprio conceito*”¹³⁵.

João Monteiro considera que “*a actio pressupõe a existência de um direito em cujo exercício fomos molestados por acto de terceiro*”¹³⁶, ou seja, “*não póde esta ser direito autónomo*”¹³⁷. O autor considera que a ação não seria um acréscimo ao direito, mas ele próprio em movimento: “*assim como a força não aumenta a materia, mas só lhe imprime movimento, é a mesma matéria viva, assim também a acção nada acrescenta ao direito, sinão lhe dá energia e impulso, é elle mesmo vivendo*”¹³⁸. Apesar de concordar com o conceito de Savigny, visualizando a ação como uma metamorfose do direito, o professor brasileiro vai além. Afirma, primeiramente, que “*molestado o direito, logo se nos aparece elle em estado novo qual é o de reação contra a moléstia*”. Depois, continua seu raciocínio com a seguinte metáfora: “*o homem doente é modificação do homem são. Mas o enfermo (...) está sempre latente a força natural da própria conservação, e esta só por si afirma o phenomeno da vida*”¹³⁹. Daí a noção de que a ação seria “*o direito no esforço da própria conservação integral*”¹⁴⁰.

¹³⁴ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905 p. 7.

¹³⁵ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905. p. 9.

¹³⁶ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905. p. 10.

¹³⁷ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.p. 11.

¹³⁸ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.p. 11.

¹³⁹ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905 p. 11.

¹⁴⁰ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.p. 17. Conforme ensina João Monteiro: “*Delimitada assim a these, para nós não é outro o fundamento jurídico da acção, sinão o mesmo direito violado ou ameaçado. Poder ou faculdade de agir, não poderia o direito deixar de ter em si mesmo a virtude ou força de repelir os embaraços ou impedimentos que actos de terceiro lhe pudessem oppôr: aliás não seria um poder. Expressão da personalidade moral do homem, o direito está para com a sua existência social, assim como a saúde está para com a sua vida physica. As violações das relações de direito não são mais do que entidades mórbidas da panthologia social: bem como a natureza traz sempre em si mesmo latente a força em virtude da qual oppõe, a acção deletéria do parasitismo penetrante do organismo vegetal ou animal, a acção reactiva da própria vida – fenómeno physiologico representado no esforço da conservação por volta ao*

Segundo a doutrina de João Monteiro, a ação não poderia ser vista como um acessório ou anexo do direito, nem concebida apenas na sua concepção formal. No entanto, considera que em face da violação do direito e, pois, do nascimento da ação, seria importante transpor a questão para o *direito judiciário*. Nessa linha, leciona que se “a cada qual fosse lícito defender o seu direito como entendesse, não haveria propriamente defesa, porque a cada qual também corresponderia a faculdade de discricionariamente se defender contra a defesa que lhe fosse oposta”¹⁴¹. Nisso residiria, pois, a necessidade do Poder Judiciário. E, nessa vereda, o autor dá um grande passo doutrinário, pois concebe duas ações: “a acção direito se deve exercer segundo o teor da acção preestabelecida na lei. É a forma da defesa judiciaria. Daqui vem outra acepção da palavra actio ou sua acepção formal”¹⁴². Os dois termos vão sendo ainda melhor refinados quando João Monteiro fala em ação-direito e ação-processo¹⁴³.

Por fim, cabe falar da obra de Paula Baptista. Para este autor, “as ações são direitos em garantia de outros direitos preexistentes; e, portanto, que a cada direito deve corresponder uma acção”¹⁴⁴. No entanto, acção e exercício da acção teriam conotações distintas, aspecto no qual o professor brasileiro avança no sentido de reconhecer que “a acção pertence ao direito civil ou comercial, conforme fôr a matéria, de que se trate com relação à lei: o exercício d’acção é demanda propriamente dita, a qual já então pertence ao regime judiciário”¹⁴⁵.

estado anterior ao da invasão da moléstia – assim também o direito subjectivo tem, no próprio organismo, sempre latente, a força que o há de repor na integridade funcional da própria existência logo que actos contrários de terceiro o vierem molestar. Nesta analogia entre fenômenos biológicos dos organismos naturaes e fenômenos sociais do organismo jurídico transparece o principio genético do Direito das Acções. Essa força reequilibradora das relações de direito é o que se chama acção, e neste sentido esta não é sinão o mesmo direito no esforço da própria conservação integral (MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.p. 16-17).

¹⁴¹ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.p. 23.

¹⁴² MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.p. 24.

¹⁴³ MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.p. 29.

¹⁴⁴ BAPTISTA, Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do Brasil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935.p. 10.

¹⁴⁵ BAPTISTA, Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do Brasil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935. p. 11. No mesmo sentido, leciona que “acção (do

Como se verifica, com exceção de José Homem Corrêa Telles, que de forma ainda pouco aguerrida distinguia a ação a agir em juízo, cuidando apenas da forma de propor a ação, é possível notar, tanto em João Monteiro, como em Paula Baptista, uma polissemia relativamente ao termo ação, como consequência da lesão do direito, e como o ato de perseguir esse direito na via judicial, a partir das expressões ação-direito e ação processo, bem como da diferença entre a ação e o seu exercício.

3.1.5 Análise crítica da teoria civilista

Uma vez analisada com a devida atenção, pode-se notar que Savigny já diferenciava a ação decorrente da lesão do direito e, portanto, situada no plano do direito material, e a ação correspondente ao próprio exercício do direito, que designaria o ato escrito pelo qual começa o debate judicial. Essa distinção, ou melhor, essa dupla acepção para a palavra ação mostra-se presente com intensidade variada nos diversos autores estudados neste capítulo. A respeito, a interessante observação de Jordi Nieva-Fenoll, no sentido de que Savigny já *“distinguía entre la acción en sentido material (el objeto del juicio) y en sentido formal (la demanda)”* e que, se não fosse ele, *“Windscheid y Muther tampoco lo hubieran hecho”*¹⁴⁶.

Ademais, se por um lado pode-se dizer que a doutrina civilista teve a grande importância de colocar em relevo, como fez o próprio Savigny, a existência de duas categorias, uma relativa ao direito material e outra relativa ao processo – mesmo que de forma ainda superficial –, abrindo o caminho, portanto, para a polêmica de Windscheid e Muther, é inegável a sua contribuição no plano – certamente muito mais desenvolvido – da ação de direito material, vertente que certamente não pode ser olvidada. No entanto, a utilização do termo ação, ora para designar a consequência da violação do direito subjetivo, ora para nominar o direito de perseguir a realização do direito violado em juízo, demonstrava a mistura de duas realidades, deixando carente

verbo agere, obrar) é o direito de invocar a autoridade pública (juiz) e de obrar regularmente perante ela para obter justiça” (BAPTISTA, Paula. *Compendio de teoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do Brasil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935. p. 9)

¹⁴⁶ NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciência jurisdiccional. *Revista de processo*. v. 220. Jun/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 118-119. Tradução livre: *“distinguía entre a ação em sentido material (o objeto do juízo) e em sentido formal (A demanda)”* e que, se não fosse ele *“Windscheid e Muther tampouco o teriam feito”*.

de explicação o caso da sentença de improcedência¹⁴⁷, muito embora, possa se argumentar, que os autores civilistas estavam muito mais preocupados com uma análise das questões relativas ao direito material.

A continuação e evolução dessa história, pois, seguirá com a célebre polêmica entre Windscheid e Muther, objeto do próximo capítulo.

3.2 A Polêmica de Windscheid e Muther

O primeiro passo para a autonomia científica do direito processual e, portanto, da sua compreensão como uma disciplina independente do direito material – o que, nos dias atuais, não pode ser confundido com indiferente –, foi a famosa polêmica entre Windscheid e Muther. Tão grande é a sua importância para o direito processual, que será abordada com vagar nos próximos itens, de modo a oferecer uma análise o mais fiel possível do pensamento desses autores.

3.2.1 Considerações gerais sobre a polêmica entre Windscheid e Muther

Voltando-se ao estudo da ação, verifica-se que até metade do século XIX, em razão da inexistência da separação científica entre o plano do direito material e o plano do direito processual, a ação era encoberta pelo manto do direito material, sendo nitidamente impossível, em virtude da ausência da ruptura entre dois planos, pensar-se de modo diverso¹⁴⁸.

Havia uma dissonância conceitual por parte da doutrina ao que diz respeito sobre o conceito de ação, resultando no fato de que todas as proposições possuíam na sua essência um conceito de ação que poderia considerar-se misto ou impuro. Diante destes inúmeros conceitos, havia aqueles que conceituavam a ação como um poder imanente do direito de reagir (reaccionar) contra a violação, bem como os que a definiam como sendo o próprio direito em sua tendência. Alguns, ainda, conceituavam a ação como novo direito por si mesmo, cujo nascimento ocorreria com a violação do direito,

¹⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 80.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 157.

e tendo como conteúdo a obrigação do adversário de fazer cessar a violação¹⁴⁹.

Dentre as definições romanistas acerca da ação, Celso destacou-se ao dizer que “*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*” (a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido), passando a doutrina a debruçar-se a estudá-la. Destaca-se que a definição romanista de Celso foi tida como perfeita tanto na Itália como na França, fator que acarretou a adoção por estes países, os quais se limitaram apenas a acrescentar a expressão “*vel quod suum est*” (ou o que é seu)¹⁵⁰ ao conceito formulado por Celso.

Com esse pequeno e, ao mesmo tempo, significativo acréscimo, visaram os doutrinadores italianos e os franceses chamar a atenção para o fato de que a ação além de alcançar os direitos obrigacionais ou os direitos a prestações, abrangia também os direitos reais. Nesse contexto histórico, a ação era conceituada por alguns doutrinadores como sendo uma face do direito material ou como sendo o próprio direito material violado (direito material em estado de reação); ao passo que outros a viam como um direito novo, oriundo da violação do direito material, carregando em seu conteúdo uma obrigação do adversário consistente no dever de fazer cessar a violação: “esse ‘direito novo’ era concebido como um direito que, nascendo da violação do direito material,

¹⁴⁹ Sobre os conceitos serem mistos ou impuros, Giuseppe Chiovenda afirma que “*estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae facilmente en una duplicación inútil del concepto mismo del derecho*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 6). Tradução livre: “*estes conceitos, já que se à ação se dá por conteúdo uma obrigação qualquer do sujeito passivo do direito, se cai facilmente em uma duplicação inútil do conceito mesmo do direito*”.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 157/158. Sobre a aceitação da definição de Celso pelos doutrinadores italianos e franceses, Giuseppe Chiovenda, observa que “*o se aceptaba a ojos cerrados como clarísima la definición de Celso y Justiniano, o se perpetuaban las cuestiones de DONELLO, de HOTOMANO, de UBERO, de EINECCIO, sobre la corrección sistemática de aquella definición, y sobre la oportunidad de completar el quod sibi debeatur con la mención de los derechos reales*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, p. 6). Tradução livre: “*ou se aceitava de olhos fechados como claríssima a definição de Celso e Justiniano, ou se perpetuavam as questões de DONELLO, de HOTOMANO, de UBERCO, de EINECCIO, sobre a correção sistemática daquela definição, e sobre a oportunidade de completar o quod sibi debeatur com a menção dos direitos reais*”.

deveria ser exercido contra o violado”, estando, portanto, distante de constituir-se em um direito autônomo em relação ao direito material¹⁵¹.

Contudo, diferentemente do que ocorria na Itália e na França, a doutrina alemã concebia uma dupla terminologia para a ação, ao passo que destacavam uma sutil diferença entre a *actio*, esta “desde que el descubrimiento de las instituciones de GAIO había puesto en claro el ordenamiento del processo romano clásico”¹⁵², e a *Klage*, também conhecida como *Klagerecht* ou direito de querella, sendo que esta corresponde ao “término que había sobrevivido al proceso medioeval alemán”¹⁵³, salientando-se, portanto, que “en cuanto la actio se refiere propiamente a una actividade dirigida contra el obligado”¹⁵⁴ a “Klage ou querella no se entiende sino dirigida al Estado”¹⁵⁵.

3.2.2 O nascedouro da polêmica: Windscheid e a obra “I’actio del diritto civile romano dal punto de vista del diritto odierno”

O marco inicial de uma das maiores polêmicas existentes no direito processual civil ocorrera no século XIX, em que questionadas restaram as “ideias de Savigny”¹⁵⁶ acerca da natureza da ação. Foi com Bernhard Windscheid, então Professor Ordinário de Direito na Universidade de Greifswald que, em 1856, ao publicar a sua monografia intitulada *A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno (Die Actio des*

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 158.

¹⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 6-7. Tradução livre: “desde que o descobrimento das instituições de GAIO havia posto em claro o ordenamento do processo romano clássico”.

¹⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 7. Tradução livre: “termo que havia sobrevivido ao processo medieval alemão”.

¹⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 7. Tradução livre: “em quanto a actio se refere propiamente a uma atividade dirigida contra o obrigado”.

¹⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. pp. 6/7. Tradução livre: “klage ou querella não se entende se não dirigida ao Estado”. No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 159.

¹⁵⁶ Sobre a compreensão de Savigny acerca do direito de ação, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “Savigny, ainda que sem desvincular o direito material do direito de ação, via esse último (*Klagerecht*) como direito à tutela judicial nascido da lesão de um direito material, compreendendo-o como o direito no qual o direito material se transforma ao ser lesado. Para Savigny o direito de ação era um direito resultante da ‘transformação’ pela qual o direito material passaria, após ter sido lesado. Daí o motivo pelo qual propôs o conceito de ‘metamorfose’ para ilustrar tal situação” (*Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 159).

Römischen Civirechts vom Standpunkte des Heutigen Rechts), abordando diferenciações entre a *actio* romana e a *Klage* (*Klagerecht* germânica)¹⁵⁷, iniciaram-se as contestações sobre o paralelismo existente entre elas, fazendo com que “*mosse le acque stagnanti*”¹⁵⁸.

Windscheid, então, abre a famosa “*polêmica sobre a ação*” com o livro “*a actio do direito civil romano do ponto de vista moderno*”, cujo objetivo, conforme o próprio autor, não é fazer uma exposição completa da doutrina da *actio*, mas exprimir na língua da concepção jurídica moderna aquilo que o direito romano exprimia na língua da *actio*¹⁵⁹. Na essência, seu propósito é oferecer uma contribuição à grande tarefa posta à ciência moderna de transformar o direito romano em um direito que não fosse mais estranho para o seu tempo, mas “*il nostro diritto*”, superando o direito romano no seu próprio campo¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Nesse sentido ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 23; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 159; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005. p. 23.

¹⁵⁸ Nas palavras de Giovanni Pugliese: “*La monografia del Windscheid mosse le acque stagnanti. Col contestare vivacemente sai il parallelismo tra l’actio romana e l’azione moderna (Klagerecht), sai il coordinarsi dell’actio a un diritto soggettivo sostanziale, di cui assicurasse la tutela, essa aprí um dibattito, di cui molte furono le fasi, ma che nemmeno oggi non si può dire concluso*” (PUGLIESE, Giovanni. *Polemica intorno all’ “actio” di Windscheid e Muther*. Sansoni: Firenze, 1954. p. XV.). Tradução livre: “*A monografia de Windscheid movimentou as águas estagnadas. Ao contestar de forma eloquente o paralelismo entre a actio romana e a ação moderna (Klagerecht), desde os liames da actio a um direito subjetivo substancial, do qual assegura-se a tutela, abriu um debate, do qual muitas foram as fases, mas que até hoje não se pode dizer concluso*”.

¹⁵⁹ Nas palavras do próprio autor: “*Il pensiero conduttore del presente scritto è di sottoporre a revisione il diritto dell’actio dal punto di vista sopra indicato, e di accertare quale significato abbiano ancora le singole nome di tale diritto per la nostra mutata concezione giuridica, e quale espressione sai da dare loro per adeguarle a questa*” (WINDSCHEID, Bernhard. *L’ “actio” del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. In: *Polemica intorno all’ “actio” di Windscheid e Muther*. Sansoni: Firenze, 1954. p. 13). Tradução livre: “*O pensamento condutor do presente escrito é de submeter à revisão o direito da actio do ponto de vista supra indicado, e de acertar qual significado tem ainda o singular nome de tal direito para a nossa mudada concepção jurídica, e qual expressão damos a esta*”.

¹⁶⁰ WINDSCHEID, Bernhard. *A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 4. O próprio Windscheid deixa entrever os conflitos teóricos da época envolvendo a recepção do direito romano e o modo de encará-lo como algo incontestável. Nesse sentido, aduz que “*non si insegnava veramente che il diritto romano fosse il diritto in senso assoluto; ma nella sua esposizione scientifica si dimenticava troppo facilmente che non lo è. Si era continuamente propensi a costruire, per così dire, apripisticamente il diritto romano e a ritrovare espresso in esso tuto ciò che si considerava fondato di per sé. Ci si domandava da prima: che cosa risulta dalla natural della cosa? E si era poi convinti che ciò si riscontrasse anche nel diritto romano (...). Adesso si è delineata – e guadagna sempre più terreno – una tendenza, il cui trato caratteristico sta próprio nel particolare zelo col quale essa cerca di evitare che uma norma di diritto romano sai presentata come espressione comunemente valida del pensiero giuridico, senza esserlo veramente. Se, da una oarte, questa tendenza è molto più propensa, di quanto si sai stati*”.

Seu ponto de partida é a ideia que *“l’actio del diritto civile romano non è ciò che oggi si concepisce per azione o diritto dia gire, ossia um mezzo di difesa del diritto violato, mas um’autonoma espressione del diritto o meglio della pretesa giuridica”*¹⁶¹. Seu texto enfrenta diretamente a concepção romana, fundada em Celso - *“est actio quam ius quod sibi debetur iudicio persequendi”* – e a capitaneada por Savigny, de que a ação é o direito à tutela judicial derivado da violação de um direito, aquele direito no qual se transforma noutra direito após a sua violação¹⁶².

Para Windscheid, não haveria dúvida que uma *actio* fosse atribuída, de acordo com o direito romano, a quem teve lesado seu direito; porém, não somente a estes. Afinal, quando afirmado que o comprador tem *actio empti* e, por tal razão, pode pretender isso e aquilo, sem dúvida estaria pressuposta a ideia que ele não se servira desta *actio* senão quando lhe fosse refutado aquilo que ele pudesse pretender: *“ma che l’actio non gli spettasse anche prima del*

prima e di quanto ancora taluno sia, a riconoscere come giustificate e vitali figure giuridiche che non sono romane, d’altra parte, essa offre anche maggior sicurezza contro il pericolo di introdurre nel diritto romano qualche cosa che non vi è realmente contenuta. Da questo punto di vista la teoria del diritto romano odierno subirà ancora qualche depurazione, il presente tentativo è appunto destinato a darvi un contributo” (WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 6). Tradução livre: *“não se ensinava que o direito romano fosse o direito em sentido absoluto; mas na sua exposição científica se esquecia muito facilmente que não o é. Era continuamente pressuposto a constituir, por assim dizer, aprioristicamente o direito romano e a recuperar expresso nele tudo aquilo que se considera fundado por si. Perguntamo-nos primeiramente: que coisa resulta da natureza da coisa? E se era, pois, convencido que isso se reencontrava no direito romano (...) Agora é delineada – e vem ganhando cada vez mais terreno – uma tendência, cujo trato característico está propriamente no particular zelo com o qual esse cuidado de evitar que uma norma de direito romano seja apresentada como expressão comumente válida do pensamento jurídico, sem sê-lo verdadeiramente. Se, de uma parte, esta tendência é muito propensa enquanto tem estado antes e de quando ainda alguma seja, a reconhecer como justificativa e viva figura jurídica que não são romanas, de outra parte, essa oferece ainda maior segurança contra o perigo de introduzir no direito romano qualquer coisa que dele não é realmente contida. Deste ponto de vista a teoria do direito romano hodierno sofrerá ainda qualquer depuração, e a presente tentativa é exatamente destinada a dar a isso um contributo”*. A esse respeito, ver o que foi dito sobre a codificação do direito alemão no capítulo precedente.

¹⁶¹ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 3. Tradução livre: *“a actio do direito civil romano não é isso que hoje se concebe por ação ou direito de agir, ou seja, um meio de defesa do direito violado, mas uma autônoma expressão do direito, ou melhor, da pretensão jurídica”*.

¹⁶² WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 5.

*rifiuto, questo um romano non lo avrebbe capito affatto*¹⁶³. Daí o problema da então atual distinção entre *ação* (*Klagrecht*) eventual e *ação* realmente já nascida. De certo modo, Windscheid reconhecia, no seu texto, uma multiplicidade de significados para a *actio*, tendo dito, como reconhece, que *actio* não seria somente este último direito (*ação* já nascida), mas também o primeiro (*ação* eventual). Neste sentido, *actio* seria a faculdade, inerente a todo direito, de invocar, caso lesado, a tutela da autoridade judiciária. Existiria antes da violação, mas tornar-se-ia realizável somente após aquela. Porém, sua relação com o próprio direito estaria tomada de posições ainda divergentes, sendo qualificada como “*annesso*” do direito, uma “*aggiunta al suo contenuto*”, seu “*accessorio*”, seu “*elemento*”¹⁶⁴. Isso para não falar de concepções com uma “*intonazione più spiritualistica*”, tributadas à Boecking e Kierulff, de que a *actio* não seria outra coisa que o próprio direito na sua atuação ou no ato em que se faz valer¹⁶⁵.

Após acusar tais concepções de manter, ainda, inexatidões, bem como não escaparem do perigo de introduzir-se no direito da moderna consciência jurídica, Windscheid afirma que a *actio*, “*come non è il diritto ala tutela di un altro diritto, derivato dalla violazione di questo, così non è neppure la facoltà di invocare tutela per il diritto nel caso di violazione*”¹⁶⁶. Para ele, a *actio* seria, então, “*la facoltà di imporre la própria volontà in via giudiziaria*”¹⁶⁷.

¹⁶³ WINDSCHEID, Bernhard. A “*actio*” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 7. Tradução livre: “*mas que a ação não lhe coubesse antes da contestação, isso um romano não teria de fato compreendido*”.

¹⁶⁴ No ponto, Windscheid refere-se à posição, respectivamente, de Puchta, Arndts e Waechter.

¹⁶⁵ WINDSCHEID, Bernhard. A “*actio*” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 7. Em outra passagem do texto, Windscheid deixa claro uma plurissignificação para a palavra *actio*, que abrange também o fenômeno processual: “*che i Romani usiono spesso la parola actio, non tanto per indicare un diritto processuale, quanto un diritto sostanziale, è già stato notato da altri scrittori*” (Idem. Ibidem, p. 13). Tradução livre: “*que os romanos usavam também a palavra actio, não somente para indicar um direito processual, mas também um direito substancial, é algo já notado por outros escritores*”.

¹⁶⁶ WINDSCHEID, Bernhard. A “*actio*” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 8. Tradução livre: “*como não é o direito à tutela de outro direito, derivado da violação deste, assim não é nem mesmo a faculdade de invocar a tutela para o direito no caso de violação*”.

¹⁶⁷ WINDSCHEID, Bernhard. A “*actio*” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni

O coração da tese de Windscheid estaria na contraposição entre o ordenamento jurídico atual e do ordenamento jurídico romano. O primeiro, o ordenamento dos direitos; o segundo, o ordenamento das ações, ou, como prefere Windscheid, o ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis. Nessa senda, o autor alemão afirma que *“per l’attuale coscienza giuridica il diritto è il prius, l’azione il posterius, il diritto è ciò che produce, l’azione ciò che è prodotto”*¹⁶⁸. Com efeito, o direito atribuiria para cada indivíduo a sua esfera de domínio, na qual a sua vontade é lei perante os outros indivíduos, de modo que, se não for reconhecido na sua esfera de poder, poderá queixar-se e reclamar ao Estado, guardião do direito, que lhe ajudará a obter aquilo que é seu¹⁶⁹. Enquanto isso, para os romanos, a *actio* assumiria o lugar do direito. O ordenamento jurídico não diria, pois, ao indivíduo *“tu hai questo e questo diritto; ma: tu hai questa e questa actio”*, do mesmo modo não diria *“in questo punto la tua volontà è legge per gli altri individui; bensì: in questo punto tu puoi far valere giudizialmente la tua volontà di fronte agli altri individui”*¹⁷⁰. Daí a afirmação que o ordenamento jurídico romano não era um ordenamento de direitos.

Para corroborar sua tese, Windscheid cuida de mostrar o caráter original e autônomo da *actio* romana, afastando-se da noção que se trataria de algo derivado do próprio direito. Afirma que para os romanos *“la cosa decisiva non era ciò che diceva il diritto, ma ciò che diceva il magistrato”*¹⁷¹. Com efeito, aquele que tinha uma pretensão contestada não perguntava se essa era garantida pelo direito, mas se o magistrado judicante estaria propenso a admitir

Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 8. Tradução livre: *“a faculdade de impor a própria vontade na via judiciária”*.

¹⁶⁸ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 8. Tradução livre: *“para a atual consciência jurídica, o direito é o prius, a ação é o posterius, o direito é isso que produz, a ação aquilo que é produzido”*.

¹⁶⁹ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 8.

¹⁷⁰ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 8. Tradução livre: *“tu tens este e aquela direito; mas: tu tens esta e aquela actio. Não diz: neste ponto a tua vontade é lei para os outros indivíduos; mas, sim, neste ponto tu pode fazer valer judicialmente a tua vontade frente aos outros indivíduos”*.

¹⁷¹ Tradução livre: *“a coisa decisiva não era aquilo que dizia o direito, mas aquilo que dizia o magistrado”*.

a tutela judiciária, conferindo-lhe uma *actio* para fazê-la valer¹⁷². Isso, no entanto, não significaria que o magistrado, ao conceder ou negar a *actio* o fizesse de forma arbitrária: *“se egli in ciò non segue esattamente l enorme del diritto, agisce però sempre riconoscendo un ordenamento delle cose che non è certo un ordenamento giuridico, ma che proprio con la sua attività egli riduce ad ordenamento giuridico”*¹⁷³.

Ao longo do texto, Windscheid se coloca a enfrentar questões de suma importância para reforçar seus argumentos. Aduz, nesse sentido, que a *actio* não se limita aos direitos obrigacionais, mas abrange, também, os chamados direitos reais. Ao longo do texto, o autor vai dando sinais da elaboração do seu conceito de *actio*, dizendo que esta é a expressão para indicar aquilo que se pode pretender de outro, o que, nada mais seria que a expressão para indicar a *pretensão*. Nesse sentido, vai deixando sua tese mais clara ao dizer: *“che uno abbia un’actio significa, nel linguaggio della mostra conczione giuridica, per la qual ela perseguibilità è soltanto la conseguenza del diritto, che uno há una pretesa riconosciuta dal diritto ou, più semplicemente, che uno há una pretesa”*¹⁷⁴. Em outras palavras, pretensão mostraria o mesmo fenômeno que os romanos davam à palavra *actio*, ou seja, o ato ao invés do direito¹⁷⁵.

¹⁷² WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 9.

¹⁷³ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 10. Tradução livre: *“se ele nisso não segue exatamente as normas do direito, age porém sempre reconhecendo um ordenamento das coisas que não é certamente um ordenamento jurídico, mas que exatamente com sua atividade ele reduz ao ordenamento jurídico”*.

¹⁷⁴ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 12. Tradução livre: *“que alguém tem uma actio significa, na linguagem da nossa concepção jurídica, pela qual a perseguibilidade é somente a consequência do direito, que alguém tem uma pretensão reconhecida pelo direito ou, mais simplesmente, que tem uma pretensão”*. Sobre o tema, Giuseppe Chiovenda leciona que *“WINDSCHEID afirma que lo que nace de la lesión, por ejemplo, del derecho de propiedad no es un derecho de acionar, sino un derecho, por ejemplo, a la restitución de la cosa contra el poseedor; y esta obligación, como toda outra obligación, solo en tanto se configura em derecho de acionar en cuanto no sea satisfecha. En la violación el derecho real da lugar a un derecho frente a una determinada persona, frente a un obligado”*. Afirma, ainda, que *“WINDSCHEID negó (primeiramente) la existencia de otro elemento: no se podría, a su modo de ver, persuadir a un profano de que en las litis se trata la cuestión de si existe un derecho de acionar más bien que la cuestión de si existe un derecho”* (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, pp. 7-9). Tradução livre: *“WINDSCHEID afirma que o que nasce da lesão, por exemplo, do direito de propriedade não é um direito de acionar, mas, sim, um direito, por exemplo, à restituição da coisa contra o possuidor; e esta obrigação, como toda outra obrigação, somente em tanto se configura no*

Acrescenta Windscheid que os modernos são habituados a imaginar, sob o nome de ação, um determinado ato particular processual com o qual se faz valer uma pretensão, quando, no entanto, a expressão romana *actio* se refere não somente ao primeiro ato de propor a pretensão, mas, sim, a toda a atividade do autor. Portanto, a *actio* que o pretor lhe tinha prometido se realiza no processo e não cessa até a prolação da sentença¹⁷⁶.

Ainda versando sobre as contraposições no campo da *actio*, Windscheid critica a concepção da *actio* como ação nascida da violação do direito, acusando o erro de conceber o direito violado como causa da ação¹⁷⁷. Nessa senda, afirma que o conteúdo da pretensão obrigacional pode ser expresso de diversas maneiras pela norma jurídica sobre a qual repousa¹⁷⁸. O ponto ganha

direito de acionar enquanto não seja satisfeita. Na violação do direito real dá lugar a um direito frente a uma determinada pessoa, frente a um obrigado". Afirma, ainda, que "WINDSCHEID negou (primeiramente) a existência de outro elemento: não se poderia, a seu modo de ver, persuadir a um profano de que nas lides se trata a questão de existir um direito de acionar, mas, sim, que a questão é se existe um direito".

¹⁷⁵ WINDSCHEID, Bernhard. A "actio" do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 12.

¹⁷⁶ WINDSCHEID, Bernhard. A "actio" do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 14. Não cabe aqui mencionar detidamente todos os pontos da obra de Windscheid. Apenas, para situar-se a respeito da sua profundidade, cumpre referir que o autor alemão dedica um extensa passagem da sua obra às contraposições envolvendo a *actio in rem* e a *actio in personam* (§2. pp. 16-35). Desse ponto, cabe enfatizar algumas questões. Habitualmente, a partição *actio in rem* e *actio in personam* quer designar a existência de umas ações dirigidas a uma coisa e outras dirigidas a uma pessoa. Entre as primeiras se compreendem precisamente aqueles que, como a reivindicação, pretendem um poder jurídico sobre um objeto, enquanto, entre as segundas cuidam de pretender aquilo que é obrigado. As primeiras podem ser dirigidas contra qualquer um que se oponha ao pretendo domínio, enquanto as segundas, em regra, são ligadas somente a uma determinada pessoa (WINDSCHEID, Bernhard. A "actio" do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954, p. 23). O exemplo é importante para Windscheid, pois ele questiona a concepção moderna da ação como "direito de agir" (já nascido da violação ou só eventual) (WINDSCHEID, Bernhard. A "actio" do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954, p. 24). Arremata a questão nas suas conclusões, ao afirmar que todos os direitos reais (direitos sobre coisas) após a sua violação adquirem uma direção pessoal, que até aquele momento não tinha, transformando-se em um direito de crédito contra o violador (WINDSCHEID, Bernhard. A "actio" do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. pp. 176-177).

¹⁷⁷ WINDSCHEID, Bernhard. A "actio" do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 38.

¹⁷⁸ WINDSCHEID, Bernhard. A "actio" do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. pp. 38-39.

relevo quando é tratado o tema da prescrição, seara na qual Windscheid procura rechaçar a ideia de que a ação (*rectius*, pretensão) nasce da violação do direito. Para tanto usa o exemplo da obrigação contratual que não seja a termo, espécie em que o credor não obtém o adimplemento imediato, mas somente depois de uma intimação dirigida ao devedor, como, por exemplo, a obrigação ordenada por um empréstimo dado sem determinação do termo de restituição. Nesse caso, a prescrição da ação deveria começar no momento imediato em que o devedor tenha sido intimado para adimplir a obrigação ou somente quando tivesse sido intimado e refutado a obrigação. Isso porque, a vingar a tese da violação do direito, a prescrição somente começaria a correr quando houver uma rejeição do devedor, quando, pois, houver a violação, pois antes a *actio* não é *nata*¹⁷⁹. Para solucionar a questão, Windscheid vai afirmar que *“actio non significa l’azione quale mezzo di difesa di um diritto, ma il mezzo di perseguire ciò che si vuole, e quindi la pretesa in quanto giuridicamente fondata”*. Assim, *“l’actio è nata certamente insieme com l’obbligazione, essa non há altro presupposto se non che sai lecito pretendere quel che si pretende”*¹⁸⁰.

¹⁷⁹ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 64. Conforme Windscheid, *“se si tiene ferma l’opinione che l’esistenza dell’actio presupponga una violazione di diritto, per la decorrenza della prescrizione delle azioni si deve esigere un’intimazione del creditore e un rifiuto del debitore, non solo allorché la volontà del creditore non abbia avuto di mira una prestazione immediata al momento della costituzione del rapporto obbligatorio, ma in ogni obbligazione non soggetta a un termine. Giaché, secondo la concezione del rapporto obbligatorio, ma in ogni obbligazione non soggetta a un termine. Giaché, secondo la concezione romana, il contenuto di una tale obbligazione non è che il debitore debba subito eseguire la prestazione, bensì che il creditore possa subito pretenderla”* (idem. Ibidem, pp. 67-68). Tradução livre: *“se se tem firme a opinião que a existência da actio pressupõe uma violação do direito, pela decorrência da prescrição da ação se deve exigir uma intimação do credor e uma rejeição do devedor (resistência), não somente quando aquela vontade do credor não tenha tido de mirar uma prestação imediata ao momento da constituição da relação obrigatória, mas em toda obrigação não sujeita a um termo. Já que, segundo a concepção romana, o conteúdo de uma tal obrigação não é que o devedor deva imediatamente exigir a prestação, mas que o credor possa imediatamente pretendê-la”*.

¹⁸⁰ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 67. Tradução livre: *“actio não significa ação como meio de defesa de um direito, mas o meio de perseguir aquilo que se quer e, portanto, a pretensão enquanto juridicamente fundada”*. Assim, *“a actio é nascida certamente junto com a obrigação, e essa não tem outro presuposto se não que seja lícito pretender aquilo que se pretende”*. Interessante observar-se que Windscheid faz uma ampla análise da relação entre *actio* e *litiscontestatio*, bem como *actio* e *iudicium* (pp. 68-106). Não ficam de fora questões como a sentença, a *actio iudicati* e a coisa julgada, vertida, sob o *nomen juris exceptio rei iudicate*, no seu aspecto positivo e negativo (pp. 107-174). Todavia, tais questões fogem do objeto do presente trabalho.

Na sua conclusão, Windscheid afirma que a ciência jurídica deve traduzir na língua dos direitos aquilo que é expresso na língua das ações; que a doutrina deve tomar uma posição e se liberar uma vez por todas da doutrina das ações¹⁸¹. Na verdade, Windscheid sugere um abandono da doutrina das ações em favor da doutrina dos direitos e das pretensões. E, nesse sentido, finaliza o seu texto sugerindo eliminar as ações dos tratados do direito moderno, colocando-as no seu lugar, na história do direito: *“magari faremo seguire alle nostre acciones um necrológio símile a quello che uma volta Schiller dedicò agli Dei della Grecia: ma pur nella tomba è il loro posto!”*¹⁸².

3.2.3 O ataque de Theodor Muther à obra de Windscheid

A obra de Windscheid foi, como já mencionado, refutada em 1857 por Theodor Muther, professor Extraordinário da Universidade de Königsberg, em 1857, com o livro intitulado *“Sobre a doutrina da ‘actio’ romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno”*. O escopo principal de Muther, como ele mesmo indica, é *refutar a doutrina de Windscheid: “lo scopo principale del mio lavoro è quello di respingere la nuova dottrina de Windscheid”*¹⁸³. Sua áspera crítica ao outro professor é precedida por uma breve advertência na qual adverte não conhecer pessoalmente o professor Windscheid, nem ter alguma relação pessoal com ele, e que, ao contrário, nutre toda uma estima pelo vigoroso esforço e diligente estudo daquele autor, reconhecendo inteiramente os seus méritos, de não pouco relevo para a ciência. Afirma estar, talvez, *“personalmente irritado”*, por Windscheid não atestar a devida estima a homens, como Savigny e Mühlenbruch, que seriam o relógio da nação e da ciência ainda em tempos

¹⁸¹ WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 186.

¹⁸² WINDSCHEID, Bernhard. A “actio” do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 188. Tradução livre: *“talvez, em seguida, faremos às nossas acciones um necrólogo similar a quele que uma vez Schiller dedicou aos Deuses da Grécia: mas é realmente a sepultura o lugar do qual elas pertencem!”*.

¹⁸³ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 191.

remotos, por Muther venerados, de modo que, se deixou alguma observação ofensiva, lhe serve de desculpa tê-lo feito rebatendo aquilo que Windscheid disse no confronto com aqueles eminentes juristas¹⁸⁴.

Muther inicia sua obra fazendo um resumo das ideias de Windscheid. Nessa senda, desenvolve uma minuciosa indicação dos pontos mais relevantes acerca da concepção moderna e da concepção romana de direito traçada na obra *“a ‘actio’ do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno”*, sempre com foco no problema do conceito de *actio*. Faz, de início, um ataque direto a diversas proposições de Windscheid. Diz ser surpreendente que Windscheid quase nunca alegue a prova da máxima que estaria na base de suas afirmações, segundo a qual a ação da moderna concepção do direito seria somente o ato de agir em juízo¹⁸⁵. Acusa tratar-se de uma subjetiva concepção de Windscheid, depondo, ainda contra a sua exposição, a falta de precisão na definição conceitual da *actio* romana, a frequente mudança de significado nas expressões e frases muito recorrentes, talvez involuntariamente muito repetidas, que resultam na sua *“ingenua disinvoltura”*, diante da qual, se não interpretadas as palavras do autor, *“vengono affermate le cose più contraddittorie”*¹⁸⁶.

Após empregar palavras não muito polidas acerca do pensamento de Windscheid, Muther passa a enfrentar o ponto central da tese refutada, qual seja, a proposição *“l’ordinamento giuridico romano non è l’ordinamento dei diritti, ma l’ordinamento dele pretese giudizialmente perseguibili”*¹⁸⁷. Para Muther, afirmações como *“l’ordinamento giuridico romano non dice: Tu hai questo e questo diritto, ma tu hai questa e questa actio”* e *“l’ordinamento giuridico romano non è l’ordinamento dei diritti, ma l’ordinamento dele pretese*

¹⁸⁴ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, *L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 192.

¹⁸⁵ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, *L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 203.

¹⁸⁶ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, *L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 204.

¹⁸⁷ Tradução livre: *“o ordenamento jurídico não é um ordenamento de direitos, mas o ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis”*.

*giudizialmente perseguibili*¹⁸⁸ são meras afirmações e, sendo assim afirmadas, de modo incondicionado, são “*affermazioni errate*”. Não seria necessário voltar, segundo o autor alemão, nenhuma página do *Corpus iuris* para constatar que é falha a afirmação, segundo a qual o ordenamento jurídico não diria “*tu hai questo e questo diritto, ma tu hai questa e questa actio*”¹⁸⁹, bastando, para tanto, recordar a título de exemplo a palavra *Lex Falcidia* e duas passagens do plebiscito Aquiliano, em que presentes palavras nas quais há conteúdo de norma de direito, indicando, pois, um ordenamento de direitos¹⁹⁰. Com base em tais exemplos, Muther, retoricamente, questiona: “*indicano queste um ordenamento di diritti o di pretese giudizialmente perseguibili?*”¹⁹¹.

Conforme Muther, Windscheid, em sua exposição, pensa somente no *edito pretoriano*¹⁹², como se este fosse a única fonte do direito romano,

¹⁸⁸ Tradução livre: “o ordenamento romano não diz: tu tens este e aquele direito, mas tu tens esta e aquela pretensão” e “o ordenamento jurídico romano não é o ordenamento dos direitos, mas o ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis”.

¹⁸⁹ Tradução livre: “tu tens este e aquele direito, mas tu tens esta e aquela actio”.

¹⁹⁰ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. pp. 211-212.

¹⁹¹ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 212. Tradução livre: “*indican estas um ordenamento de direitos ou de pretensões judicialmente perseguíveis?*”.

¹⁹² Sobre os *editos pretorianos*, Biondo Bindi explica que, à época, “cada magistrado tem o *ius edicendi*, semelhante ao que modernamente se chama de direito de ordenar, pelo qual é autorizado a emanar ordens gerais ou relativas a casos concretos (...). A atividade normativa do magistrado era intrínseca ao *edictum*, que continha quase um programa que o magistrado entendia seguir durante o ano de cargo. Como o *edictum* se funda no *imperium* do magistrado que o propõe, a sua eficácia cessa automaticamente com o final do ano (...). Nem o mesmo magistrado que tinha proposto o *editto* era legalmente vinculado ao mesmo; qualquer circunstância especial podia autorizar para o caso concreto a edição de um edito especial (*edictum repentinum*) (BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 18). Conforme José Rogério Cruz e Tucci, “O *Edictum perpetuum* constitui obra-prima da jurisprudência de época republicana. A partir da criação do pretor urbano (367 a.C.), e mais tarde do pretor peregrino (242 a.C.), outorgou-se a tais magistrados, detentores da *iurisdictio*, o poder de conceder fórmulas não previstas no vetusto *ius civile*. Ao assumir o cargo, o pretor fazia publicar o seu edito anual, em que elencado o programa atinente às ações e remédios que seriam por ele concedidos durante a respectiva pretura. Toda essa atividade, que ganhou relevo após a *lex Aebutia* e que constituiu o denominado *ius honorarium* (direito pretoriano), culminou sendo consolidada (*edictum perpetuum*), por ordem do imperador Adriano (117-138 d.C), no ano 117 de nossa era, pelo jurista clássico Sálvio Juliano, expoente da escola dos Sabinianos” (CRUZ E TUCCI, José Rogerio. AZEVEDO, Luis Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p.3).

hipótese na qual, talvez, fosse possível admitir o que ele diz¹⁹³. No entanto, baseando-se na lição de Savigny sobre o papel do *pretor*, o qual, segundo ele, não criava direito, mas manifestava no seu *edito* aquilo que consideraria e aplicaria como direito, Muther procura rechaçar as colocações de Windscheid. É claro, segundo ele, que o pretor faz uma promessa somente sob certos e óbvios pressupostos: “*presupposto per il rilascio della formula o dell’actio è quindi che colui, contro cui si rivolge la pretesa, non dia soddisfazione senza processo alla pretesa del postulante*”. E prossegue: “*una pretesa quindi deve sussistere già prima dell’actio. Il pretore, per conseguenza, non dà una pretesa attraverso l’actio, ma la pretesa c’è prima dell’actio*”¹⁹⁴. Desse modo, se o obrigado¹⁹⁵ espontaneamente, e sem que tenha sido proposta a ação, paga, seguramente não pode com uma *condictio indebiti* repetir aquilo que pagou. Assim, portanto, o Pretor, ao conceder a *actio*, não cria pretensão, mas dá *actiones* para proteger a pretensão, que antecipadamente tinha declarado reconhecer como legítima¹⁹⁶.

Nessa linha, Muther, fazendo um jogo de palavras com as lições de Windscheid, afirma que “*la pretesa è il prius, l’actio il posterius; la pretesa cioè que produce, l’actio cioè che è prodotto*”¹⁹⁷. Com isso, o “*il diritto è il presupposto dell’actio*”¹⁹⁸, e o pretor não fala somente na língua das *actiones*, mas também

¹⁹³ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 214.

¹⁹⁴ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. pp. 214-215. Tradução livre: “*pressuposto para a concessão da fórmula ou da actio é, portanto, que aquele contra o qual se endereça a pretensão, não satisfaça a pretensão do postulante sem o processo*” (...) “*uma pretensão, portanto, deve subsistir já antes da actio. O pretor, por conseguinte, não dá uma pretensão através da actio, mas a pretensão existe antes da actio*”.

¹⁹⁵ Na tradução italiana, é utilizada a palavra “*chiamato*”, aqui substituída por obrigado para evitar dúvidas e equívocos na compreensão do texto.

¹⁹⁶ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. pp. 214-215.

¹⁹⁷ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 215.

¹⁹⁸ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio

dos direitos, e cria assim normas jurídicas, com base nas quais podem subsistir direitos.

Para Muther, o pretor romano não poderia criar normas pertencentes ao direito civil (*ius civile*), mas, somente, normas pertencentes ao *ius praetorium*, cuja eficácia seria equivalente ao *ius civile*¹⁹⁹. Os direitos propriamente subjetivos, os quais se fundavam sobre preceitos do Pretor, eram chamados *iura*, de modo que, não havia dúvida que as pretensões baseadas em normas criadas pelo pretor “*erano diritti, altrettanto quanto quelli che si fondano su di una norma di diritto civile*”²⁰⁰. Tudo isso evidenciaria que “*nell’ordinamento pretorio il diritto non esiste attraverso l’azione, ma l’azione attraverso il diritto*”²⁰¹. E arremata afirmando que toda a construção de Windscheid “*riposa su di uno scambio del ius civile col ius e del diritto in senso oggettivo col diritto in senso soggettivo*”²⁰².

Ao explicar a *denegatio actionis*, Muther deixa entrever a possibilidade de existir ação sem direito: “*essa há luogo solo quando l’attore non há alcun diritto o quando al diritto di questi si contrappone um uguale o superiore diritto del convenuto*”²⁰³. E, posteriormente, ao tratar das *naturalis obligatio*, inverte a máxima: “*ci sono dunque, senza dubbio, diritti senza azioni. Ma da ciò deriva anche com ogni evidenza, come venne mostrato sopra, che l’ordinamento*

do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954, p. 215.

¹⁹⁹ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 216.

²⁰⁰ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 217. Tradução livre: “*eram direitos, tanto quanto aqueles que se fundavam em normas do direito civil*”.

²⁰¹ Tradução livre: “*no ordenamento pretoriano, o direito não existia através da ação, mas a ação através do direito*”.

²⁰² MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 218. Tradução livre: “*repousa sobre uma confusão entre ius civile com ius e do direito em sentido objetivo com o direito em sentido objetivo*”.

²⁰³ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 225. Tradução livre: “*essa tem lugar somente quando o autor não tem nenhum direito ou quando ao direito se contrapõe um igual ou superior direito do réu*”.

*giuridico romano non è l'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili (ossia delle azioni)*²⁰⁴.

No §11 do seu texto, Muther procura encontrar “*il vero significato dell'actio romana*”. Afirma, nessa senda, que *agere* significa, originariamente e propriamente, proceder, falar, agir e, dado que este *agere*, na mais antiga forma de processo, ou seja, na *legis actio sacramento*, não poderia ocorrer unilateralmente, mas somente em união com o adversário, se dizia “*agere cum aliquo*”. Assim, apoiando em Keller, *actio* significava o ato bilateral, com o qual processo vinha introduzido. Adverte, porém, que *actio* viria a indicar não somente este ato em si, “*ma il suo rituale e specificamente la formula del rituale messa in iscritto*”²⁰⁵. Assim, “*actio significa poi la formula che si deve osservare e a cui ci si deve attenere per agire (actio ad formam redacta)*”²⁰⁶. Quando, mais tarde, a *legis actio* desaparece – e, com ela, o agir e proceder solene das partes frente ao pretor –, *agere* e *actio* permaneceram todavia as expressões para indicar o ato do autor com o qual se inicia o processo e de fato todo o procedimento que se desenvolve frente ao Pretor, para a introdução do processo. O ponto conclusivo deste procedimento era constituído da concessão da fórmula ao autor. Portanto, *actio* é também a fórmula da ação, devendo assim ser entendido o termo “*quando si dice del Pretore che actionem dat, ribuit, indulget, accomodat, denegat, etc*”²⁰⁷. Nesse sentido, o autor alemão

²⁰⁴ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 226. Tradução livre: “*existe, portanto, sem dúvida, direitos sem ação. Mas disso deriva também com toda evidência como mostramos antes, que o ordenamento jurídico romano não é o ordenamento das pretensões juridicamente perseguíveis (ou seja, das ações)*”.

²⁰⁵ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 228. Tradução livre: “*mas o seu ritual e especificamente a fórmula do ritual a ser escrita*”.

²⁰⁶ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 229. Tradução livre: “*actio significa a fórmula que se deve observar e a qual devemos seguir para agir (actio ad formam redacta)*”.

²⁰⁷ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 229.

acrescenta que, no agir do autor, o momento mais importante era manifestamente aquele do *editio* da ação, quando o autor requeria a fórmula ao Pretor²⁰⁸.

Importante referir que, conforme Muther, quando o Pretor tinha prometido no *edito* uma fórmula para determinados casos, era possível dizer que o autor, antes da concessão da fórmula, já tinha exatamente uma pretensão a sua concessão, posto que as condições gerais, sob as quais a *actio* fosse prometida, tivessem se verificado. Dentre essas condições, ressaltam-se as seguintes “(Ti darò l’actio), se il tuo avversario non ti ha spontaneamente e completamente soddisfatto”, “(Ti darò la formula), a meno che al tuo diritto non si contrapponga un diritto del convenuto così evidente che non ci sai più bisogno di alcuna trattazione in giudizio, per render chiaro che l’azione deve essere respinta, ecc..”²⁰⁹. Desse modo, reafirma-se que “l’attore há già prima della richiesta della formula un diritto al suo rilascio”²¹⁰, podendo o Pretor negá-la somente quando não verificadas as condições às quais a sua promessa era subordinada²¹¹.

No §12 do seu texto Muther, afirma ter “*trovato per actio un nuovo significato*”²¹². Nesse sentido, *actio* significaria “*pretesa al rilascio di una formula*”²¹³. Reforça a sua ideia anterior de que o ordenamento jurídico romano, ao contrário do afirmado por Windscheid, não era o ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis, mas o ordenamento dos direitos, e que

Tradução livre: “quando o Pretor diz que *actionem dat, tribuit, indulget, accomodat, denegat, etc*”.

²⁰⁸ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 229.

²⁰⁹ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 230. Tradução livre: “(te darei a actio), se o teu adversário não tiver espontaneamente e completamente te satisfeito”, “(te darei a fórmula), a menos que o teu direito não se contraponha a um direito do réu, assim evidente que não seja mais necessária alguma audiência em juízo”, “para tornar claro que a ação deve ser rejeitada”.

²¹⁰ Tradução livre: “o autor já antes de requerer a fórmula tinha um direito à sua concessão”.

²¹¹ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 230.

²¹² Tradução livre: “ter encontrado para a actio um novo significado”.

²¹³ Tradução livre: “pretensão à concessão da fórmula”.

somente direitos (em sentido subjetivo) poderiam ser perseguidos. Desse modo aquele a quem é conferido um direito à concessão da fórmula deveria ter também um direito em sentido objetivo, que formava o pressuposto e o fundamento do primeiro. E, com base nessa afirmação, se propõe a responder a seguinte pergunta: *“ora in quale relazione stata quel diritto alla formula col diritto originário?”*²¹⁴. Nitidamente, Muther estava abrindo o caminho para se reconhecer a existência de dois planos: um, relativo ao direito à fórmula; outro, relativo ao direito subjetivo. Para responder a pergunta, Muther afirma ser necessário responder antes quem é o obrigado relativamente ao direito à fórmula: *“non è difficile rispondervi: è il Pretore, como rappresentante della giustizia sovrana dello Stato”*²¹⁵. Por outro lado, *“l’obligato o gli obbligati rispetto al diritto originario dell’attore, sono invece privati (rispett. Lo Stato, como persona, como fisco)”*²¹⁶. Temos então, segundo Muther, dois direitos completamente diversos, dos quais um é o pressuposto do outro, mas pertencem, todavia, a duas esferas diversas porque aquele é um direito privado, este tem natureza pública²¹⁷. Este direito público, o direito de agir ou a *actio* neste sentido, se pode considerar conexo por princípio, como direito condicionado, ao direito originário, também quando o segundo não foi ainda violado, de modo que esse não é verdadeiramente nem um *“annexum”* daquele, nem um acréscimo ao seu conteúdo, mas, sim, um particular direito condicionado, que existe próximo à proteção daquele outro; pode ser, porém, concebido também como direito incondicionado, de modo que tenha origem, somente, em seguida à violação daquele direito originário. A estas duas

²¹⁴ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954, p. 233. Tradução livre: *“ora, em qual relação estava aquele direito à fórmula com o direito originário?”*.

²¹⁵ Tradução livre: *“não é difícil responder: é o Pretor como representante da justiça soberana do Estado”*.

²¹⁶ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 233. Tradução livre: *“o obrigado ou os obrigados relativamente ao direito originário do autor, são ao contrário privados (com exceção do Estado, como pessoa, como fisco)”*.

²¹⁷ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 233.

possíveis concepções encontrar-se-iam presos os Romanos e isso aparece na contraposição – formulada pelos juristas mais recentes – entre *actio* simplesmente e *actio nata*²¹⁸.

Assentando as ideias de Savigny, de que a ação decorre da lesão ao direito, Muther posiciona-se no sentido de negar a existência de um direito decorrente da lesão: “*nonostante la violazione, continui ad esistere il diritto originario*”²¹⁹. Com efeito, “*la lesione del diritto non è niente altro che una collisione dello stato di fato com quello di diritto*”²²⁰ e, apesar de admitir o nascimento de novos direitos decorrentes da lesão (como as consequências da mora e a ação *ex delicto*), o autor alemão reforça, em visível crítica à Windscheid, que o lesado não obtém após a lesão nenhuma pretensão particular de eliminação da lesão contra o violador²²¹. É certo que se pode considerar que seja dada ao particular um poder e uma sujeição sobre a outra pessoa, de modo que ele possa requerer que essa reconheça e respeite, de fato, o seu direito. Porém, onde esse poder não baste não lhe é dado outro poder para que cesse a inobservância do seu direito, pois isso significaria colocar uma impotência no lugar de outra. Em síntese, para Muther, o reconhecimento de um poder após a lesão não teria grande relevância, pois incapaz de premer o cumprimento do dever jurídico pelo obrigado. Daí falar em um poder mais forte para restabelecer o estado de direito violado, ou seja, o poder do Estado, que tem a tarefa e o encargo de manter o ordenamento jurídico. O Estado teria o poder de reclamar a cessão da violação, sendo, pois,

²¹⁸ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 234.

²¹⁹ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 235. Tradução livre: “*apesar da violação, continua a existir o direito originário*”.

²²⁰ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 235. Tradução livre: “*a lesão do direito não é nada mais que uma colisão do estado de fato com aquele de direito*”.

²²¹ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 235.

um direito seu contra o cidadão fazer cessar a violação do direito. Muther reconhece, então, dois direitos de natureza pública: *“il diritto del leso verso lo Stato ala concessione della tutela statale (la azione), e il diritto dello Stato contro l’autore della lesione all’eliminazione della lesione stessa”*²²². O direito originário, de natureza privada, continuaria, por sua vez, a existir com sua força e eficácia originária, quer se tratasse de um direito relativo, quer se tratasse de um direito absoluto²²³.

Outra contribuição importante de Muther diz respeito à confusão empregada pelos autores relativamente à diferenciação dos direitos obrigacionais e absolutos. Assim, reconhece que nos direitos reais somente com a lesão do direito se determina o seu autor, ao contrário dos direitos obrigacionais. Mas isso, ao contrário da doutrina de Windscheid, influenciada pela transformação Kantiana das pretensões reais apontada agudamente por Ovídio Baptista, não quer dizer que o direito absoluto se transforme em relativo com a lesão, pois ele permanece direito absoluto. Nessa linha, Muther enxerga, contra o autor da lesão, dois direitos, um do particular e outro do Estado; um de restituir a coisa, outro de respeito material ao direito²²⁴.

Ao finalizar a ideia sobre a concepção romana, Muther afirma: *“actio è dunque la pretesa del titolare del diritto verso il Pretore al rilascio di una formula nel caso che il suo diritto venga leso”*²²⁵. E, com a fórmula, viria constituído *iudicium*. O titular do direito, com o *iudicium*, não quer, segundo Muther, *“ottenere se non l’effettivo riconoscimento del suo diritto originario, e questo*

²²² MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 236. Tradução livre: “o direito do lesionado direcionado ao Estado, para a concessão da tutela estatal (a ação), e o direito do Estado contra o autor da lesão à eliminação da própria lesão”.

²²³ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 236.

²²⁴ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 237.

²²⁵ Tradução livre: “actio é, portanto, a pretensão do titular do direito, frente ao Pretor, à concessão de uma fórmula no caso em que o seu direito seja lesado”.

*avviene quando ognuno attesti a lui, ossia al suo diritto, il rispetto che gli è dovuto. Così si deve comprendere la definizione di Celso*²²⁶.

Após esmiuçar as questões envolvendo o conceito romano de ação, Muther passa a analisar a ação moderna, advertindo, de início, que ainda no direito moderno o conceito de ação no sentido romano é uma realidade, conclusão, diga-se de passagem, totalmente diversa daquelas oferecidas por Windscheid, que pretendia sepultar o direito romano. Nessa linha, diz ser claro hoje que direito substancial e ação não são idênticos, considerando-se que a pessoa do obrigado é diversa em ambos os casos; afora o fato de ser possível o exercício de pretensões sem ação, caso não se negue as *naturales obligationes*²²⁷.

No intento, Muther procura demonstrar a diferença entre o direito, pretensão e o direito à tutela estatal. Para ele, quem tem, por exemplo, uma propriedade tem uma pretensão sobre todos os outros a que esses reconheçam de fato o seu absoluto domínio pela coisa. Porém, se aquela pretensão não vem respeitada, o lesado pode requerer a proteção do Estado, mas esta proteção é diversa, segundo a forma com que o direito seja violado²²⁸. Para Muther, poderá o lesado ter um *reivindicativo* ou uma *actio negatória*, porém a pretensão derivante do direito, em um ou noutro caso, será a mesma: *“ma ad una stessa pretesa corrispondono diverse azioni”*²²⁹. Dito de outro modo, *“a pretesa del titolare, derivante dalla sua proprietà, nell’uno come nell’altro caso è completamente la stesse e non è nata solo in seguito ala lesione del diritto”*²³⁰.

²²⁶ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 239. Tradução livre: “*obter senão o efetivo reconhecimento do seu direito originário, e isto ocorre quando todos atestam ele, ou seja, ao seu o direito o respeito que lhe é devido. Assim se deve compreender a definição de Celso*”.

²²⁷ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 242.

²²⁸ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 242.

²²⁹ Tradução livre: “*mas a uma mesma pretensão correspondem diversas ações*”.

²³⁰ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio

3.2.4 A réplica de Windscheid à obra de Muther

Ainda em 1857, Windscheid escreve sua réplica à obra de Theodor Muther. Ele inicia a réplica tecendo algumas palavras que não dizem respeito, propriamente, aos aspectos técnicos e jurídicos do texto de Muther, mas, sim, à forma com que esse autor avançou contra a sua obra. Enfatiza que não se tratava de um ataque comum, pois Muther, confessadamente, queria acima de tudo destruir o seu livro. O que teria lhe motivado a fazer a réplica não teria sido, principalmente, o modo com que Muther conduzira a sua crítica²³¹. Na mesma esteira, não deixa de levar a questão para o lado pessoal, quando afirma que o autor *“appare un giovane in buona fede, ma accecato dal suo zelo”*²³².

A fim de retomar o conceito de ação, no §1º da sua réplica, Windscheid afirma que *“l’actio non há per presupposto essenziale una violazione”*²³³. Não é qualquer coisa que esteja atrás do direito, mas está no lugar do direito, não é qualquer coisa derivada, mas, sim, autônoma, não é emanção do direito, mas, sim, sua expressão. Por fim, *“quando i Romani dicono che alcuno ha un’actio, che ad alcuno spetta un’actio, con ciò essi intendono dire precisamente quello che noi intendiamo dire quando attribuiamo ad alcuno um diritto, una pretesa (Anspruch) giuridica”*²³⁴. A pretensão seria, por sua vez, *“la direzione personale del diritto, in virtù della quale qualcosa viene richiesta a una determinata persona”*²³⁵.

do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 243. Tradução livre: *“a pretensão do titular, derivada da sua propriedade, num caso ou no outro, é completamente a mesma e não é nascida somente depois da lesão do direito”*.

²³¹ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p.287.

²³² WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 288. Tradução livre: *“parece um jovem de boa-fé, porém cego pelo seu zelo”*.

²³³ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 291. Tradução livre: *“a actio não tem por presuposto essencial uma violação”*.

²³⁴ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 291. Tradução livre: *“quando os Romanos dizem que alguém tem uma actio, que para alguém é conferida uma actio, com isso significa dizer precisamente aquilo que nós entendemos dizer quando atribuímos a algum direito uma pretensão (Anspruch) jurídica”*.

²³⁵ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 291,

Windscheid enfrenta diretamente o ponto envolvendo o papel do pretor romano, um dos pilares da crítica de Muther. Afirma não saber na realidade que coisa deveria replicar quando Muther fala do *ius honorarium* ou *praetorim* ou que se atribuiu um *ius* a quem é assistido por uma norma do *edito* pretório, uma vez que teria expressamente revelado que “o pretor, também quando trabalha fora do direito, não realiza menos por este ordenamento jurídico, e que, portanto, também o complexo de regras, segundo as quais ele o realiza, pode ser chamado de direito”²³⁶, tal qual vinha efetivamente chamado pelos juristas romanos. Mas o cerne da questão residiria na afirmação, levada a efeito por Muther, no sentido que “la pretesa è il prius, l’actio il posterius, la pretesa ciò che produce, l’actio ciò che è prodotto”²³⁷. Para Windscheid, se isso fosse verdade, “il pretore sarebbe stato legislatore”²³⁸. No ponto, ressalta-se a diferença no pensamento dos dois autores, consubstanciada, segundo a leitura de Windscheid, no termo *pretensão*. Ele concorda com Muther, quando este afirma que “una pretesa deve esistere prima del rilascio della actio”²³⁹, porém destaca que no sentido adotado pelo colega alemão, *pretensão* significaria o ato de pretender, e não de uma *pretensão* tutelada pelo direito, de uma *pretensão* jurídica, desse modo arrematando: “noi usiamo il nostro termine ‘pretesa’, ache per indicar ela pretesa giuridica, nominando il fatto invece del diritto, come anche i romani usavano in egual modo il loro termine actio”²⁴⁰. Para Windscheid, Muther teria confundido, sem tomar cuidado, os dois significados²⁴¹.

nota 1. Tradução livre: “a direção pessoal do direito, em virtude da qual qualquer coisa vem reclamada a uma determinada pessoa”.

²³⁶ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. pp. 298-299.

²³⁷ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 299. Tradução livre: “a pretensão é o prius, a actio o posterius, a pretensão é aquilo que produz, a actio aquilo que é produzido”.

²³⁸ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 300.

²³⁹ Tradução livre: “uma pretensão deve existir antes da actio”.

²⁴⁰ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 301. Tradução livre: “nós usamos o nosso termo ‘pretensão’, também para indicar a pretensão jurídica, nominando o fato ao invés do direito, como também os romanos usavam de igual modo o seu termo actio”.

²⁴¹ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 301.

Sem adentrar em todas as questões minuciosamente rechaçadas por Windscheid – algumas, inclusive, sem muita profundidade como a questão envolvendo as *obligatio naturalis*²⁴² – cabe destacar a discussão específica sobre o conceito de ação, notadamente aquilo que Windscheid considerou como uma tese positiva de Muther, o qual, por outro caminho, teria explicado o fato de os juristas romanos raramente perguntarem se a alguém era conferido um direito, mas, acima de tudo, se alguém tinha uma *actio*²⁴³. Após uma ampla digressão, Windscheid chega ao §11 da sua réplica, no qual reconhece “*valore reale*” ao conceito de ação como “*diritto ala tutela dello Stato*”, enfatizando que tal conceito “*non appartiene al diritto sostanziale, bensì al diritto processuale*”²⁴⁴. Não nega a importância em saber qual a espécie de tutela judiciária é conferida ao lesado, porém afirma que se trata de pergunta processual, não de direito substancial: “*per il diritto sostanziale si tratta di sapere come debbano essere indicate le pretese inter privatos, se col dire che esse sono riconosciute dal magistrato, oppure che sono riconosciute dal diritto*”²⁴⁵. O que, conforme o próprio Windscheid, não quer dizer que, para a primeira alternativa, deva-se abandonar a linguagem romana das *actiones*²⁴⁶.

A delimitação do direito material vem mais clara em Windscheid, que em Muther, quando aquele nega a existência de uma pretensão genérica ao proprietário após a lesão do seu direito. Para Windscheid, “*la pretesa generica che spetta al proprietario contro tutti gli altri, si transforma, in seguito ala violazione della proprietà, in una pretesa specifica contro una persona determinata; ma questa pretesa è una pretesa giuridica come la prima*”²⁴⁷. Dito

²⁴² WINDSCHEID, Bernhard. L’*actio*. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 308-309.

²⁴³ WINDSCHEID, Bernhard. L’*actio*. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 310.

²⁴⁴ Tradução livre: “*não pertence ao direito substancial, mas, sim, ao direito processual*”.

²⁴⁵ WINDSCHEID, Bernhard. L’*actio*. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 314. Tradução livre: “*para o direito substancial se trata de saber como devem ser designadas as pretensões inter privatos, se diria que são reconhecidas pelo magistrado, ou se são reconhecidas pelo direito*”.

²⁴⁶ WINDSCHEID, Bernhard. L’*actio*. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 314.

²⁴⁷ WINDSCHEID, Bernhard. L’*actio*. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 316. Tradução livre: “*a pretensão genérica que cabe ao proprietário contra todos os outros, se transforma, após a violação da propriedade, em uma pretensão específica contra uma pessoa determinada; mas esta pretensão é uma pretensão jurídica com a primeira*”.

de outro modo, *“il contenuto concreto di questa pretesa è diverso secondo la natura della violazione”*²⁴⁸. Pode-se ver que, enquanto Windscheid entende que de um mesmo direito podem ser emanadas diferentes pretensões de acordo com a violação, para Muther o termo certo seria ação, pois a pretensão seria a mesma, por exemplo, no caso dos direitos reais o dever geral de abstenção.

Talvez o ponto mais importante da réplica seja aquele no qual Windscheid diz que não nega a ação no sentido atribuído por Muther (*“io non nego affatto l’azione nel senso dell’Autore*), e justifica dela não ter falado em seu livro por dois motivos: *“1) perchè questo diritto fa parte del processo e non del diritto civile; 2) perchè nel combattere l’errata determinazione dell’essenza dell’actio venni in contatto solo con la concezione, che nell’azione ravvisa um diritto privato”*²⁴⁹.

Dirigindo-se diretamente à Muther, Windscheid afirma que *“azione designa in primo luogo un fatto, e non un diritto, che la parola può essere usata per designare um diritto soltanto in senso improprio”*²⁵⁰. Porém, mantém sua posição no sentido de que *“l’actio romana è qualcosa di diverso dall’atto di agire in giudizio”*²⁵¹.

Como se vê, Windscheid cuidou de estudar o tema da ação e da pretensão no plano do direito material, Muther, apesar da crítica, desenvolveu o estudo no plano do direito processual. A superação da doutrina civilista se avizinhou.

3.2.5 Conclusões sobre a polêmica

A polêmica entre Windscheid e Muther, ao confrontar a *actio* romana com a *Klage* germânica, criou o conceito de ação como direito subjetivo

²⁴⁸ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 315. Tradução livre: *“o conteúdo concreto da pretensão é diverso segundo a natureza da violação”*.

²⁴⁹ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 317. Tradução livre: *“1) porque este direito faz parte do processo e não do direito civil, 2) porque no combate à errônea determinação da essência da actio, entrei em contato apenas com a concepção, que reconhece na ação um direito privado”*.

²⁵⁰ Tradução livre: *“a ação significa em primeiro lugar um fato, e não um direito, que a palavra pode ser usada para designar um direito somente em sentido impróprio”*.

²⁵¹ WINDSCHEID, Bernhard. L’actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 319. Tradução livre: *“a actio romana é qualquer coisa diversa do ato de agir em juízo”*

diferenciando-a do direito material. Nas sábias palavras de Couture “*la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que represento para la física la división del átomo*”, pois foi desse momento em diante “*que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil*”²⁵².

Tão grandiosa foi a polêmica que a doutrina moderna, instigada pelo valor histórico que norteia o tema, passou a discutir questões relativas à ação, à relação processual e à estrutura do direito no plano processual. Dessa polêmica, foram fruto as teorias unitárias que, baseadas no questionamento acerca da participação do processo na formação do direito deixam o direito subjetivo de lado, e as teorias dualistas, as quais tem no processo apenas um meio instrumental, estabelecendo um liame entre o plano do direito material e a esfera do plano material²⁵³.

De um lado Windscheid, defendendo que, enquanto a *actio* era a *faculdade de realizar a própria vontade através de uma “perseguição em juízo”*; a *Klagerecht*, por seu turno, constituiria-se num conceito criado pelos juristas sem qualquer consistência no direito romano e no direito moderno. Windscheid afirmou que a *actio* não nasceria da ofensa, e sim do direito não satisfeito fruto desta ofensa. Assim, defendendo ser a *actio* o vocábulo para designar a *pretensão*, acabou por “*delineando-a como uma situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo, do qual é uma emanção que funda a possibilidade de o autor exigir a realização judicial do direito*”²⁵⁴. Do outro, Muther, que muito embora tenha se declarado combatente da teoria de Windscheid, veio, na verdade, ainda que sem tal intento, “*completarla dedicándose a la investigación del elemento negado por WINDSCHEID*”²⁵⁵. Assim, direcionou-se Muther ao estudo do direito

²⁵² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Segunda edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 13. Tradução livre: “*a separação do direito e da ação constituiu um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo*”, pois foi desse momento em diante “*que o direito processual adquiriu personalidade e se desprende do velho tronco do direito civil*”.

²⁵³ ABREU, Leonardo Santana. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 85.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. pp. 160-161.

²⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, p.10. Tradução livre: “*complementá-la dedicando-se à investigação do elemento negado por Windscheid*”.

subjetivo²⁵⁶, concebendo o direito de acionar como um direito frente ao Estado na pessoa de seus órgãos jurisdicionais, *“como un derecho frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, como un derecho a la fórmula o para nosotros, a la tutela jurídica”*²⁵⁷, abrindo, pois, caminho à teoria concreta.

Muito embora todos os méritos da polêmica travada entre Windscheid e Muther, deve-se atentar para o fato de que Windscheid abriu as portas para *“una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras todavía no concluída, teniendo por objeto la determinación precisa del concepto de Anspruch”*²⁵⁸. Estas inúmeras direções pessoais são admitidas

²⁵⁶ MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954. p. 233.

²⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, p.10. Tradução livre: *“como um direito frente ao Estado na pessoa de seus órgãos jurisdicionais, como um direito à fórmula ou para nós, à tutela jurídica”*. E segue o nobre processualista afirmando que *“a este derecho subjetivo público, que tiene por presupuesto un derecho privado y su violación, corresponde en el Estado no solo el deber respecto al titular del derecho de impartirle la tutela sino también un derecho subjetivo suyo, público se entiende, de realizar contra el particular obligado la coacción necesaria para obtener de él el cumplimiento de sus obligaciones”* (Idem. Ibidem). Tradução livre: *“a este direito subjetivo público, que têm por pressuposto um direito privado e sua violação, corresponde no Estado não somente o dever em relação ao titular do direito de conferir a tutela, mas, também um direito subjetivo seu, público se entende, de realizar contra o particular obrigado a coação necessária para obter dele o cumprimento de suas obrigações”*.

²⁵⁸ Estas são as sábias observações de Giuseppe Chiovenda, *“No se puede decir que este trabajo del celebrado pandectista alemán haya favorecido directamente ala claridad de las ideas em nuestro tema: inició, más bien, una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras todavía no concluída, teniendo porobjeto la determinación precisa del concepto de Anspruch. Ya que cada uno lo entiende a su modo: algunos, más fieles a WINDSCHEID, entienden el mismo derecho real como un complejo de Ansprüche, admiten Ansprüche condicionados, a término, y así sucesivamente; otros, más logicamente, siguiendo la necesidad de encontrar un substitutivo al concepto privado de la actio, reserva el Anspruch a la designación del derecho violado o lesionado o, más genericamente, al estado de no satisfacción. La cosa llega al extremo de que cada autor que menciona el Anspruch debe apresurarse a significar en qué sentido quiere hablar de él. Y la confusión se reproduce en las mismas leyes germánicas: ya que mientras en el Código Civil del imperio (§194) Anspruch es el derecho de pretender de otros un hacer o un no hacer, en la Ordenanza procesal es el derecho no satisfecho, o el derecho a una sentencia favorable, y algunos encuentran en él vários significados quien três, quien cuatro [...]”*. Tradução livre: *“não se pode dizer que este trabalho do celebrado pandectista alemão haja favorecido diretamente a clareza das ideias em nosso tema: iniciou, melhor, uma série de questões intermináveis, uma verdadeira persecução de sombras todavía não concluída, tendo por objeto a determinação do conceito de Anspruch. Já que cada um o entende do seu modo: alguns, mais fiéis a Windscheid, entendem o mesmo direito real como um complexo de Ansprüche, admitem Ansprüche condicionados, a termo, e assim sucessivamente; outros, mais logicamente, seguem a necessidade de encontrar um substitutivo ao conceito privado da actio, reservando à Anspruch a designação de direito violado ou lesado ou, mais genericamente, ao estado de não satisfação. A coisa chega ao extremo de que cada autor que menciona o Anspruch deve apressar-se em significar em que sentido quer falar dela. E a confusão se reproduz nas mesmas leis germánicas: já que enquanto o Código Civil do império (§194) Anspruch é o direito de pretender de outros um fazer ou um não fazer, na*

pelo jurista alemão, pois são elas que o levam a um termo novo, é a finalidade de apartar na *actio* romana “o conceito de direito da perseguibilidade judicial: ele tende a contemplar a *Anspruch* também ali onde não poderia falar-se de ação. Porém o *Anspruch* assim entendido não é mais que outro nome para o direito real”²⁵⁹.

Embora muito sedutora a tese de Windscheid, arraigada em estudos históricos que buscam a essência desveladora de um dos maiores males do direito moderno, impossível passar despercebido que se trata de uma tese primitiva, entendendo a ação como exercício da pretensão de direito material perante o órgão jurisdicional, uma vez que, “*ainda que possa separar a pretensão do direito subjetivo material, mantém a ação totalmente presa ao plano do direito material, identificando-a como uma ação de direito material, e não como uma ação processual*”²⁶⁰.

Outro fato importante é que Windscheid, apesar de aceitar alguns argumentos de Muther, admitindo uma ação processual ao lado da pretensão de direito material, reconhecendo, assim, a existência de um direito à tutela do Estado, acrescenta à tese de Muther que o direito à tutela do Estado não pertence ao plano do direito material. Talvez esse tenha sido o maior trunfo da polêmica: inserir na esfera do direito processual uma faculdade de pedir tutela jurisdicional²⁶¹.

Desse modo, como bem observou Muther, partindo de uma perspectiva do Direito Romano, era inconcebível identificar a *actio* com a pretensão e a partir desta constituir todo o ordenamento jurídico. Ademais, “*tampouco seria lícito, em termos de Direito moderno, romper arbitrariamente em dois o conceito de ação, colocando uma das suas raízes, a que se atribuiu o nome de pretensão, no direito material*”²⁶². Diante das circunstâncias, deve considerar-se

Ordenanza procesal é o direito não satisfeito, ou o direito a uma sentença favorável, alguns três, outros quatro [...]” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 8-9).

²⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 91-92.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 175.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 175. No mesmo sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 30.

²⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31.

que a doutrina baseada na definição romana de Celso, que não enxergou traços distintivos entre *“ação e o direito material ao menos permitiu o esclarecimento de que a ação privada não mais existia, e então ‘nada mais era’ do que o direito de perseguir o direito por intermédio do juiz”*²⁶³.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p.158.

4 A autonomia do processo e a ênfase no seu caráter público nas teorias surgidas com a ruptura do Estado Liberal

A ruptura com o modelo liberal de Estado constitui-se num lento e gradual movimento histórico. Na história do processo, isso também se faz presente, na medida em que a sua autonomia e, principalmente, a sua visualização a partir do Estado, e não mais com ênfase na vontade privada, foi sendo superada muito lentamente. Porém, muito antes de ocorrer uma ruptura marcante com o Estado Liberal, ou seja, muito antes do surgimento do modelo social de Estado, Oskar Bülow apresentava-se como o grande expoente de uma mudança de pensamento acerca da teoria do processo.

4.1 Oskar Bülow e a distinção entre relação jurídica processual e relação jurídica de direito privado: o grande passo para a autonomia do processo

Conforme mencionado no item anterior, Oskar Bülow é o grande nome na ruptura com o processo liberal. Isso, no entanto, não significa que sua teoria tenha sido assim compreendida, mormente porque muitas vezes lida de forma superficial exclusivamente a partir da sua obra sobre a teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais. Nesse ponto, caberá analisar de que modo o pensamento de Bülow sobre o processo civil contribuiu diretamente para a sua autonomia, bem como a sua fortuna teórica alicerçou o aumento do papel do Estado no processo civil, questão que estava por de trás da sua própria forma de pensar e refletir sobre o direito.

4.1.1 Aspectos gerais

Oskar Bülow é considerado, para muitos, o pai da ciência processual²⁶⁴. Como afirma Jordi Nieva-Fennol, Bülow teria exposto, efetivamente, uma série de conceitos de direito processual, fundamentalmente a relação jurídica e os pressupostos processuais: *“y al haber creado esos conceptos teóricamente autónomos de Derecho procesal y no hacerse referencia a ningún otro intento*

²⁶⁴Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. XVIII. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.

anterior en este sentido, se tiene por válida la conclusión de que todo empezó con ese libro publicado en Gießen en 1868²⁶⁵, chamado *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.

Se no estrito campo do direito processual civil, Bülow costuma ser lembrado como um dos principais responsáveis pela atribuição de caráter científico ao processo, não é demais lembrar que o jurista alemão ficou bastante conhecido por ter sido um dos criadores do chamado movimento do direito livre, notadamente com a obra *Gesetz und Richteramt (Lei e Magistratura)*²⁶⁶, em 1885, em que passou a conferir amplos poderes criativos para o juiz, fazendo do processo um instrumento incapaz de servir de controle ao poder jurisdicional²⁶⁷.

Somente a obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* chegou a ser traduzida do alemão. É importante destacar que o tema da ação é tratado de forma muito superficial no referido livro, sendo possível, no entanto, tomar conhecimento do pensamento de Bülow sobre o tema a partir das palavras de Chiovenda, no apêndice da publicação *La acción en el sistema de los derechos*²⁶⁸, no qual o processualista italiano dialoga com o texto *Klage und Urteil (Ação e Julgamento)*, publicado na *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess (vol. Xxxi, fasc. 2-3, maio de 1903)*.

No presente trabalho, serão analisados os dois textos referidos, ou seja, a *teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*, na versão traduzida para o castelhano, e *Klage und Urteil*, acerca do qual será feita uma análise, principalmente, a partir do texto de Chiovenda, o que se justifica em face da impossibilidade de acesso da versão original em alemão.

²⁶⁵ NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciência jurisdiccional. *Revista de processo*. v. 220. Jun/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 115. Tradução livre: “e ao ter criado esses conceitos teoricamente autônomos de Direito processual e não fazer referência a nenhum outro intento anterior neste sentido, se tem por válida a conclusão de que tudo começou com esse livro publicado em Gießen em 1868”.

²⁶⁶ A versão digital da obra pode ser obtida na internet, no original em alemão com letras góticas: Disponível em: <<http://www.archive.org/stream/gesetzundrichte00blgoog#page/n8/mode/2up>>. Acessado em 7/06/2013.

²⁶⁷ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 65. Fazem a mesma crítica também MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010 e STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986.

4.1.2 Bülow, a teoria dos pressupostos processuais e a teoria da ação

Em sua obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*²⁶⁹, Bülow teve o grande mérito de separar o direito material do direito processual, o que fez a partir do conceito de relação jurídica processual. Já no início do livro o jurista alemão adverte que, até então, tinha se falado somente de relações jurídicas de direito privado. Seu foco inicial é mostrar que “*el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica*”, abarcando, desse modo faculdades e deveres que se colocariam em mútua vinculação as partes e o Tribunal²⁷⁰.

Nessa esteira, o processo teria ínsito na sua estrutura a existência de direitos e obrigações pessoais, que se dariam entre os funcionários do Estado e os cidadãos, e, desse modo, com sujeitos distintos daqueles que participam das relações de direito substancial. Nisso, Bülow contribuiu diretamente para conferir uma explicação de direito público à natureza do processo²⁷¹.

Na obra referida, Bülow não estava preocupado em desenvolver o conceito de ação, conceito cujo desenvolvimento somente é tributado a ele em escritos posteriores. Trata-se, na verdade, de estudo voltado ao tema da teoria das exceções processuais, com amplo resgate histórico a partir do direito romano a partir de um método de contraposição e recepção teorizado no qual, ao final perquire os resultados em face do direito alemão moderno. Desse modo, com exceção do primeiro capítulo, nominado “*a relação jurídica processual, os pressupostos processuais e a teoria das exceções processuais*”, que conta cerca de 20 páginas, e do último capítulo (*conclusiones generales*), em que discutidos, ao longo de aproximadamente 15 páginas, os “*resultados no direito processual civil alemão*”, Bülow dedica o restante da sua obra ao estudo do direito romano, sendo muito pouco, em quantidade, o que dela se pode extrair sobre o direito processual moderno. Por questões didáticas, as

²⁶⁹ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

²⁷⁰ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 1. Tradução livre: “o proceso é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, vale dizer, uma relação jurídica”.

²⁷¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México: 2000. p. 112.

passagens em que Bülow exclusivamente trata do direito romano não serão abordadas neste trabalho.

Pois bem. Em sua *“teoría das exceções processuais e dos pressupostos processuais”*, Bülow tem o objetivo de reconhecer a existência de uma *“relação jurídica processual”*. O próprio jurista alemão reconhece que o tema já havia sido alvo de estudo por Bethmann-Hollweg, porém *“sin ninguna fundamentación o examen más preciso”*²⁷². Todavia, enfatiza que em regra fala-se somente de relações de direito privado, das quais não se poderia falar no processo, uma vez que este cuidaria de uma relação jurídica de direito público: *“desde que os derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se tratan en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta unicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación com la actividad judicial, esa relación pertenece, com toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”*²⁷³.

Para Bülow, *“és una relación jurídica que avanza gradualmente”*, de caráter dinâmico, estando, pois, em constante movimento e transformação. É diferente, portanto, das relações jurídicas de direito privado que constituem a matéria do debate judicial e encontram-se totalmente concluídas²⁷⁴. A esse caráter evolutivo a ciência processual teria dado *“demasiada transcendência”*,

²⁷² Conforme Bülow, na nota de rodapé de abertura do seu livro, *“sólo a la profunda mirada de Bethmann-Hoellweg (Civilproces des gem. Rechts [Proceso civil de derecho común], t. 1, págs. 22 y 103) no se ha escapado. Pero la pasa por encima, en pocas líneas, sin ninguna fundamentación o examen más preciso y, sobre todo, no extrae de ellas las consecuencias por él expuestas supra. Por esto, su idea tan sencilla en apariencia, pero en realidad importantísima, ha quedado sin considerar y por eso el mismo autor sólo secundariamente fija su atención en la más fausta confirmación de lo que expuso precedentemente”* (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964. p. 1). Tradução livre: *“somente à profunda mirada de Bethmann-Hoellweg (Civilproces des gem. Rechts [Proceso civil de derecho común], t. 1, págs. 22 y 103) no se tem escapado. Porém ela passa por cima, em poucas linhas, sem nenhuma fundamentação ou exame mais preciso e, sobretudo, não extrai delas as consequências por ele expostas antes. Por isso, sua ideia tão sensível em aparência, porém na realidade importantíssima, tem ficado sem considerar e por isso o mesmo autor somente secundariamente fixa sua atenção na mais fausta confirmação do que expôs anteriormente”*.

²⁷³ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964. p. 1. Tradução livre: Tradução livre: *“desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que tratam no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, às partes se leva em conta unicamente o aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertenece, com toda evidência, ao direito público eo processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública”*.

²⁷⁴ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964. p. 2.

teorizando apenas o procedimento, deixando de considerar o processo como uma “*relación de derecho publico, que se desenvuelve de modo progressivo, entre el tribunal y las partes*”²⁷⁵. Com efeito, tais requisitos diriam respeito à admissibilidade e às condições prévias para a tramitação de toda relação processual, sendo estabelecidos por prescrições que determinam entre quais pessoas, sobre qual matéria, por meio de que atos e em que momento poderá ocorrer o processo. A falta ou o defeito de algum desses requisitos impediria o surgimento da relação jurídica processual, na medida em que poderiam ser considerados como *elementos constitutivos da relação jurídica processual*²⁷⁶. Bülow dá a tais requisitos o nome de “*presupostos processuais*”²⁷⁷.

Com os referidos pressupostos processuais, acrescenta-se uma matéria de debate mais ampla e particular à reação litigiosa substancial existente no processo (*merita causae*), de modo que o Tribunal não somente teria que decidir sobre a existência da pretensão jurídica pleiteada, mas, para poder fazê-lo, também deveria verificar se concorrem as condições de existência do próprio processo. Portanto, além do *suposto de fato da relação jurídica privada litigiosa (res in iudicium deducta)*, seria imprescindível a comprovação do *suposto de fato da relação jurídica processual (iudicium)*²⁷⁸.

O professor alemão acusa a doutrina da sua época de visualizar os pressupostos processuais somente do ponto de vista negativo, ou seja, na perspectiva das *exceções processuais*²⁷⁹. Tal fato contribuiria para deixar na

²⁷⁵ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 4. Tradução livre: “*uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o Tribunal e as partes*”.

²⁷⁶ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 5.

²⁷⁷ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 6.

²⁷⁸ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 6-7.

²⁷⁹ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 13. Nesse intento, Bülow refere os seguintes pressupostos processuais expressados negativamente na forma de exceção: “1) *referentes a las personas del proceso: las exceptio fori incompetentis, praeventionis, iudicis inhabilis vel suspecti; deficientis personae standi in iudicio; procuratoria vel deficientis le gitimationis ad processum, deficientis tutoris vel syndicatus [excepción del foro incompetente, de la prevención, del juez inhábil o sospechoso; excepción de falta de personalidad para estar en juicio; excepción procuratoria o de falta de legitimación para el proceso, de falta de tutor o síndico]; 2) correspondientes a la materia del proceso en sí: la exceptio non rite formati processus [excepción de processo no ritualmente formado]; 3) concernientes a la proposición de la demanda, a su comunicación y a la prestación de caución: las exceptio libelli obscuri vel inepti, termini nimis angusti, loct non tuti, praestandae cautionis pro expensis vel pro*”

penumbra o problema do ônus da argumentação e da prova quanto às referidas exceções²⁸⁰. A fim de aclarar a questão, Bülow mergulha no direito romano para mostrar que neste inexistiam exceções processuais, mas, somente, exceções pertinentes à relação litigiosa²⁸¹.

Após uma longa análise acerca do direito romano, o processualista alemão passa a tecer suas conclusões, o que faz, inicialmente, a partir da constatação de que, cada vez mais, a teoria das exceções processuais vem sendo refutada pelo mesmo modo que a *actio*, na medida em que ambas tem seu conteúdo pertencente, exclusivamente, ao direito material²⁸². A propósito cabe transcrever a seguinte passagem da obra de Bülow:

Todas las *exceptiones* son facultades jurídicas privadas por medio de las que otras facultades jurídicas privadas judicialmente reclamables han encontrado un medio de defensa. Todas se refieren al *derecho deducido*, a la *relación litigiosa material* (la *res in iudicium deducta*); ninguna se dirige contra la forma de la demanda, del proceso (*iudicium*). Tan poco com una *exceptio* se da una *actio* de contenido u objeto jurídico procesal. Lo único procesal en aquéllas – al igual,

reconventionem [excepción de libelo oscuro o inepto, de plazo demasiado estrecho, de lugar inseguro, de la caución que debe prestarse por las costas o por la reconvencción]. 4) relativas al orden consecutivo de los procesos: las *exceptio praejudicialis, connexitatis causarum, praeposteritatis* [excepción prejudicial, de conexión de causas, de intempestividad] etc” (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 12-13). Tradução livre: “1) referentes às pessoas do processo: as *exceptio fori incompetentis, praeventionis, iudicis inhabilis vel suspecti, deficientis personae standi in iudicio; procuratoria vel deficientis legitimationis ad processum, deficientis tutoris vel syndicatus* [excepción del foro incompetente, de la prevención, del juez inhábil o sospechoso; excepción de falta de personalidad para estar en juicio; excepción procuratoria o de falta de legitimación para el proceso, de falta de tutor o síndico]; 2) correspondentes à materia do processo em si: a *exceptio non rite formati processus* [excepción de processo no ritualmente formado]; 3) concernentes à proposição da demanda, a sua comunicação e à prestação de caução: as *exceptio libelli obscuri vel inepti, termini nimis angusti, loci non tuti, praestandae cautionis pro expensis vel pro reconventionem* [excepción de libelo oscuro o inepto, de plazo demasiado estrecho, de lugar inseguro, de la caución que debe prestarse por las costas o por la reconvencción]. 4) relativas à orden consecutiva dos procesos: as *exceptio praejudicialis, connexitatis causarum, praeposteritatis* [excepción prejudicial, de conexión de causas, de intempestividad] etc”.

²⁸⁰ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 15.

²⁸¹ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 16-17.

²⁸² Conforme Bülow, os romanos “decían que el derecho de *exceptio* se opone al derecho deducido, para exterminarlo. Esto ha llegado a su más afinada expresión en la conocida definición de *exceptio*, em L.2 *pro de exc.*, 44, 1 (ULP., libr. 74 *ad Ed.*): *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad (ex)cludendum id quod in intentionem condemnationemve deductur, est* [se dice excepción a cierta exclusión que suele oponerse a la acción de un reo a fin de excluir ‘lo que se ha deducido en orden a la intención o la condena’]” (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 253-254).

precisamente, que em éstas – es la forma en que son hechas valer en juicio. Sólo los *actos de exceptio* (el excepcionar, el *modus excipiendi*) pertenecen al derecho procesal. Los *derechos a la exceptio* (el *jus excipiendi*) corresponden total y completamente al derecho privado. Este resultado se encuentra en absoluta consonancia con lo que sabemos del concepto de *exceptio* a través de las fuentes²⁸³.

Nessa senda, Bülow destaca a correspondência, haurida dos textos romanos, entre *actio* e *exceptio*, como fenômenos do mesmo *campo jurídico*, ou seja, do direito material. Ao se expressar assim, os juristas romanos não teriam pensando nem remotamente em utilizar a palavra *actio* como *acto* de demandar, de *forma* da demanda, como *direito de demandar (Klagrecht)*.

Após fazer considerações no âmbito do direito romano, Bülow passa a questionar a pertinência da teoria das exceções processuais para o direito moderno. Nesse propósito, considera o conceito de exceções processuais, também para o direito de sua época, “*um esquema vacío, carente de fundamento*”²⁸⁴. Corrobora esse entendimento, destacando que os Tribunais, já não tomam, a respeito dos pressupostos processuais, a atitude passiva do velho procedimento alemão, de espectador e guardião da luta privada²⁸⁵. O autor defende, por conseguinte, que de modo algum, todo o processo e, especialmente, o cuidado dos pressupostos processuais possam ficar a mercê da absoluta vontade das partes²⁸⁶. Isso fica bem claro ao afirmar que nem no direito romano, nem de acordo com o Reich, nem conforme qualquer dos Estados alemães é necessária a iniciativa do autor ou a interpelação do

²⁸³ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 252. Tradução livre: “todas as excepciones são faculdades jurídicas privadas por meio delas que outras faculdades jurídicas privadas judicialmente reclamáveis têm encontrado um meio de defesa. Todas se refrem ao direito deduzido, à relação litigiosa material (a res in iudicium deducta); nenhum se dirija contra a forma da demanda, do processo (iudicium). Tampouco como uma *exceptio* se dá uma *actio* de conteúdo ou objeto jurídico processual. O único processual nelas – igualmente, precisamente, que nelas – é a forma em que são feitas valer em juízo. São os atos de *exceptio* (o excepcionar, o *modus excipiendi*) pertencem ao direito processual. Os direitos à *exceptio* (o *jus excipiendi*) correspondem total e completamente ao direito privado. Este resultado se encontra em absoluta consonância com o que sabemos do conceito de *exceptio* através das fontes”.

²⁸⁴ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 290. Tradução livre: “um esquema vazio, carente de fundamento”.

²⁸⁵ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 291

²⁸⁶ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 292.

demandado para que se possa considerar a falta dos pressupostos processuais: a validade da relação processual é uma questão que não pode ser deixada sob total disposição das partes, pois *não se trata de um ajuste privado entre os litigantes, estando em jogo somente interesses individuais, mas um ato realizado com a ativa participação do tribunal e sob a autoridade do Estado, cujos requisitos são coativos e em grande parte absolutos*²⁸⁷.

As chamadas exceções processuais, portanto, ligar-se-iam a uma noção de *processo contratual puro*, em que prevalece a autonomia privada²⁸⁸. Bülow rechaça esse viés e, inclusive, destaca que as “objeções processuais” não precisariam necessariamente ser aduzidas pelo demandado e, dizendo respeito à nulidade do processo, impossível também seria exigir que sua prova e consideração dependessem do demandado²⁸⁹. Daí que o professor alemão sugere, para os projetos de legislação processual em tramitação na época, a substituição do termo “exceções processuais impeditivas” por “pressupostos processuais”²⁹⁰.

Conforme Chiovenda, Bülow²⁹¹ teria construído uma doutrina processual autônoma, relegando o problema da *actio* para o direito civil²⁹². E, de fato, é o que se pode verificar, conforme já se mencionou, quando da análise do livro sobre a teoria dos pressupostos processuais e das exceções processuais. No entanto, é com o próprio Chiovenda, que se pode fazer uma síntese do pensamento ulterior de Bülow sobre o tema da ação.

Em *Klage und Urteil*, Bülow nega, de forma categórica, a existência de um direito de acionar e de qualquer direito processual anterior à “lide”. O jurista alemão visualizava, antes da *lide*, somente a possibilidade jurídica correspondente a todos de construir, mediante a proposição da demanda

²⁸⁷ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 292-293.

²⁸⁸ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 294-295.

²⁸⁹ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. pp. 296-297.

²⁹⁰ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 302.

²⁹¹ Conforme refere Alfredo Rocco, as relações entre a obra de Bülow e a de Degenkolb e Plósz são manifestadas por estes próprios autores (ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 130).

²⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, nota 36. p. 100.

judicial, o direito ao desenvolvimento de uma decisão²⁹³. E nisso, para ele, consistiria o direito à tutela jurídica. Para Bülow, o direito a que o juiz pronuncie certa sentença nasceria no momento em que o juiz formou uma determinada convicção sobre os resultados da causa, já que o ordenamento jurídico confere ao juiz um dever de julgar segundo a convicção que este formou sobre o material da causa²⁹⁴. Tal direito teria, a exemplo de ação em Chiovenda, a natureza de um direito potestativo. Eis a razão pela qual o jurista italiano se preocupou tanto em fazer referência ao texto de Bülow, e que será melhor compreendida no ponto em que trabalhada a teoria do mestre italiano.

A teoria de Bülow, na medida em que ligada a sua conhecida forma de ver a função do juiz (movimento do direito livre), tinha como pressuposto que o processo não objetiva a tutela do direito nem a aplicar a lei, mas a produzir, de forma complementar, o direito objetivo²⁹⁵. Essa concepção também é tributada ao jurista alemão por Simoncelli, segundo o qual Bülow, depois de ter recordado que o ordenamento jurídico é destinado somente à conservação e ao bem da universalidade acrescenta que o Estado não cura e não deve curar os interesses individuais, afirmando, ao contrário, a necessidade de que o Estado deixe livre o indivíduo a perseguir os seus interesses do melhor modo que crê²⁹⁶.

4.1.3 Análise crítica da teoria de Bülow

Sem querer incorrer em repetições demasiadas, é preciso destacar que Bülow foi extremamente importante ao separar a relação jurídica processual da relação jurídica de direito privado. Além disso, o jurista alemão afirmou de forma peremptória que a relação jurídica processual não somente teria requisitos próprios (pressupostos processuais), como também tinha natureza de direito público. Sem dúvida, o grande passo alcançado com sua obra escrita

²⁹³ BÜLOW, Oskar. *Klage und Urteil*. Apud CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, pp. 41-42. Conforme Pontes de Miranda, “entendeu Bülow que não existe ação como direito subjectivo anterior ao juízo. Com a demanda nasce o direito à sentença *justa*, ao funcionamento eficaz do aparelho justiferante ao Estado” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 16).

²⁹⁴ BÜLOW, Oskar. *Klage und Urteil*. Apud CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 43.

²⁹⁵ BÜLOW, Oskar. *Klage und Urteil*. Apud CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 45.

²⁹⁶ SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903. p. 7.

em 1868 foi reconhecer que o processo civil precisava ser teorizado de forma autônoma em relação ao direito privado. Era, com certeza, um fato decisivo para a solidificação ou até, como preferem alguns, para o nascimento da ciência processual. A importância da sua obra é mais bem destacada quando se verifica que, depois dele, o caminho para teoria abstrata da ação, como categoria de direito processual, estava aberto.

Bülow, no entanto, não se preocupou com o tema da ação. Superficialmente, afirmou ainda na teoria das exceções processuais, que a *actio*, categoria do direito material, nada teria a ver com ato de demandar ou com o direito de demandar (*Klagrecht*). Em seus estudos posteriores, já expressamente ligados ao movimento do direito livre, Bülow veio a negar a existência de uma ação anterior à sentença e ligando o tema do direito à uma sentença justa. Nisso, a obra de Bülow não foi muito expressiva e nem contribui de forma significativa ao tema da ação.

4.2 A teoria abstrata da ação

A teoria abstrata da ação, cronologicamente, antecede às chamadas teorias concretas, em que pese, muitas vezes seja estudada posteriormente, uma vez que é, atualmente, a teoria mais aceita e utilizada, não obstante o seu desgaste apontado por diversos autores, como será visto no presente trabalho. Seus principais expoentes foram Degenkolb, Plósz, Mortara e Alfredo Rocco, cujo pensamento será analisado nas próximas páginas.

4.2.1 A teoria abstrata em Degenkolb e Plósz

A paternidade da chamada teoria abstrata da ação costuma ser atribuída ao alemão Karl Heinrich Degenkolb (1832-1909) e ao húngaro Sandór Plósz (1846-1925). Como bem lembrou Chiovenda, a obra de Plósz – *Beiträge zur Theorie des Klagerecht.* – traduzida para o alemão em 1880, é parte de um trabalho publicado pelo autor húngaro em 1876 e, portanto à conhecida obra de Degenkolb – *Einlassungszwang und Urtheilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen* – publicada em

1877²⁹⁷. No entanto, não são poucos os autores que dão precedência ao livro de Degenkolb em relação ao de Plósz, olvidando desse singelo detalhe.

Degenkolb e Plósz estavam, de certo modo, conscientes de estarem influenciados por Muther e Bekker quando desenvolveram suas teorias. Inclusive, é possível encontrar na biblioteca digital do Instituto Max-Planck, uma edição da Revista Trimestral Crítica de Legislação e Direito²⁹⁸, em que Bekker faz uma resenha da famosa *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*. No entanto, a ideia de um *direito de acionar publicístico e abstrato*, considerado como uma mera faculdade, e não um exercício de um direito e muito menos de um direito a uma sentença de conteúdo determinado, foi rapidamente objetada por autores como Kohler, Loening, Förster-Eccius, Weismann e Adolf Wach²⁹⁹.

A base da teoria do professor alemão Degenkolb, está na necessidade de encontrar, na doutrina processual, uma base autônoma, objetiva e imparcial.

²⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, nota 35. p. 100. Alguns autores, além de considerar a precedência da teoria da Plósz, como sendo quem, em 1876, formulou pela primeira vez a distinção entre poder obter uma sentença favorável e de obter uma sentença qualquer, sequer fazem menção à obra de Degenkolb. É o caso de CASTRO MENDES, João de. *O direito de ação judicial*. Lisboa: 1959. p. 111, e de MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: Imp. Vitoria, 1940-1947. p. 312.

²⁹⁸ BEKKER, E. J.: Degenkolb, Heinr. Dr., Prof. d. R. zu Tübingen, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen. Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1877. XII u. 284 S. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 1.1859 - Bd. 54 = 3.F. Bd. 18.1919; Suppl. zu Bd. 26 = N.F. Bd. 7; Reg. 1/9 (1868); Haupt-Reg, 1878.

²⁹⁹ WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Estudio preliminar por Niceto Alacalá-Zamora y Castillo. v. 1. Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1977. Adolf Wach, falando sobre a teoria abstrata, aduz que nesta *“la demanda formalmente correcta es el hecho-tipo jurídicamente relevante en el cual se funda el nudo derecho procesal a que se dicte sentencia. Y si esa sentencia há de ser favorable o desfavorable al actor se determinará sólo por su verdadera necesidad de tutela jurídica. Sobre esto, y no sobre la existencia del derecho de acionar abstracto, llamado publicístico, versa la resolución de fondo. Para que pueda haber proceso y tutela jurídica, deberá haber legitimación para acionar pero esta legitimación no es más que um médio para lograr el fin; ella misma no es ni el objeto ni el fin del proceso. Por consiguiente, es más correcto, por muchas razones, dejar enteramente de lado ese derecho de acionar publicístico porque induce error y es estéril desde el punto de vista científico, mientras que el concepto de la posibilidad abstracta o legitimación para acionar resulta indispensable”* (WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*, pp. 46-49). Tradução livre: *“a demanda formalmente correta é o fato-tipo relevante no qual se funda o nudo direito processual a que se dite a sentença. E se essa sentença há de ser favorável ou desfavorável ao autor se determinará somente por sua verdadeira necessidade de tutela jurídica. Sobre isso, e não sobre a existência do direito de acionar abstrato, chamado publicístico, versa a solução de fundo. Para que possa haver processo e tutela jurídica, deverá haver legitimação para acionar, porém esta legitimação não é mais que um meio para lograr o fim; ela mesma não é nem o objeto nem o fim do processo. Por conseguinte, é mais correto, por muitas razões, deixar inteiramente de lado esse direito de acionar publicístico porque induz a erro e é estéril desde o ponto de vista científico, enquanto que o conceito da possibilidade abstrata ou legitimação para acionar resulta indispensável”*.

Para ele, Windscheid teria levado ao extremo a concepção civilista da ação, enquanto Bülow, construído uma doutrina processual autônoma, sem, todavia, teorizar o problema da *actio*, deixando-a relegada ao direito civil. O cerne do seu pensamento reside no fato de, entre direito e a sentença, não haver uma relação segura, já que pode vencer quem não tenha direito e perder o que o tenha. O elemento comum seria a obrigação do demandado em participar da lide, de modo que qualquer um poderia levar o outro perante o juiz. Nisso consistiria o direito de acionar, cujo fundamento seria a personalidade³⁰⁰, com a qual se dá a consciência do direito e, por conseguinte, aspiração ao direito, a respeito do qual a existência efetiva do direito privado tem caráter accidental. Daí que o autor não buscaria no processo a atuação de um direito, mas a garantia do valor jurídico de sua consciência jurídica³⁰¹.

É nessa linha que o autor alemão exigia a boa-fé do autor, ponto duramente criticado por muitos autores, na medida em que a consideração sobre a boa ou má-fé do litigante não teria grandes consequências práticas³⁰². A propósito, Pontes de Miranda questionou que direito subjetivo seria esse “*que pertenceria a quem não pertence e cujos resultados no caso da má-fé do titular abusivo, seriam os mesmos que os obtidos pelo titular de boa-fé?*”, respondendo não haver diferença entre o que não tem direito e o que crê tê-lo³⁰³. Antes disso, em 1934, o próprio Pontes de Miranda diferenciava a ação de direito material, do chamado remédio processual, categoria de direito público que caberia ao cidadão contra o Estado, o qual, em razão do monopólio de jurisdição teria o dever de prestar tutela jurisdicional³⁰⁴. Sem muito se alongar no tema, até para não fazer muitos saltos históricos, cabe ressaltar que no ano de 1935, no Brasil, alguns autores já proclamavam a autonomia da

³⁰⁰ Segundo essa teoria, como lembra, Rogério Lauria Tucci, o direito de ação “*pertencente a todos os indivíduos como decorrência da própria personalidade, exige-se, apenas, que o autor faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo Direito Objetivo, incumbindo ao Estado, por isso, exercer sua atividade jurisdicional, com o proferimento de sentença, ainda que desfavorável*” (TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos modernos do conceito de ação. *Revista dos Tribunais*. v.497. São Paulo, 1977. p.14).

³⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, nota 36. p. 100.

³⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, nota 38. p. 101.

³⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. São Paulo: Bookseller Editora e Distribuidora, 1998. p. 51.

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. pp. 21-22.

ação, apresentando-a “como direito independente, sustentando, entre outros argumentos de menor tomo o seguinte: qualquer pessoa póde ir a juízo, reclamar mesmo as coisas mais absurdas”³⁰⁵. Contra essa forma de pensar, Victorino Pinto, segundo o qual mereceria severa repulsa “o procedimento do indivíduo que, sem razão jurídica, conhecendo o mal que pratica, transpõe os humbraes dos pretórios para reclamar o que sabe não lhe pertencer ou exigir o que sabe não lhe ser devido”³⁰⁶. Para o autor brasileiro, seria imprescindível ter legítimo interesse econômico ou moral para propor ou contestar uma ação.

4.2.2 A teoria abstrata de Lodovico Mortara

Ao conceito de Degenkolb, aproximava-se, na Itália, o conceito de Lodovico Mortara, o qual justamente considerava que a opinião do autor sobre o direito, sua violação e o direito de agir em juízo, não precisaria ser de boa-fé, bastando uma mera afirmação³⁰⁷. Este escreveu, em 1890, em seus *principii di procedura civile*, que ação não poderia ser considerada “nell’aspetto di un acessório del diritto o di uma qualità al medesimo inerente, ma bensì nell’aspetto di un diritto per sè stante”³⁰⁸. Ademais, poderia a ação ser promovida “in virtù di una pretensione ingiusta, sai pure in buona fede”³⁰⁹. No entanto, o autor não deixava de reconhecer limitações, ou melhor, situações em que, para certos objetos determinados o exercício da ação fosse interdito pela lei, como o caso da dívida de jogo e do reconhecimento de filhos adulterinos, hipóteses nas quais, todavia, seria possível o pagamento da dívida e o reconhecimento pelo pai, desde que de forma espontânea, sem o processo, pois³¹⁰. Mais tarde em seu *Manuale della procedura civile*, Mortara refinou seus conceitos, falando já da ação como “la facoltà di proporre la domanda

³⁰⁵ Argumentação duramente combatida por Victorino Pinto, em texto do qual se colheu o ponto. PINTO, Victorino. A autonomia da ação. *Justiça*. V. 7. Porto Alegre: Centro da boa imprensa, 1935. p. 37.

³⁰⁶ Argumentação esta duramente combatida por Victorino Pinto, em texto do qual se colheu o ponto. PINTO, Victorino. A autonomia da ação. *Justiça*. V. 7. Porto Alegre: Centro da boa imprensa, 1935. p. 38.

³⁰⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 103.

³⁰⁸ MORTARA, Lodovico. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra Editore, 1890. p. 46. Tradução livre: “no aspecto de um acessório do direito ou uma qualidade dele inerente, mas, sim, o aspecto de um direito auto-subsistente”.

³⁰⁹ MORTARA, Lodovico. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra Editore, 1890. p. 46. Tradução livre: “em virtude de uma pretensão injusta, seja de boa-fé”.

³¹⁰ MORTARA, Lodovico. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra Editore, 1890. p. 47.

*giudiziale, cioè il diritto pubblico subbiiettivo dell'attore verso l'organo di giurisdizione*³¹¹.

4.2.3 A teoria abstrata em Alfredo Rocco

Outro expoente da teoria abstrata foi Alfredo Rocco, cuja obra “*Sentenza civile*”, é considerada uma das que iniciaram na Itália a renovação dos estudos de direito processual³¹². Para ele, cada titular de direitos subjetivos teria um único interesse abstrato e secundário de obter a intervenção do Estado para a realização de seus interesses tutelados pelo direito. No entanto, o interesse abstrato e secundário constituía um verdadeiro e distinto direito subjetivo, cuja tutela seria objetivo das normas de direito processual. Afirma Rocco que o direito de ação é um direito subjetivo existente por si mesmo, distinto dos vários direitos subjetivos principais ou materiais aos quais pode referir-se³¹³. É um direito subjetivo que corresponde a cada cidadão como tal, ou seja, a todos que o Estado reconhece como titular de direitos subjetivos ou pessoa.

Com efeito, o direito de ação consistiria em um direito inerente à própria qualidade de sujeito de direitos, tratando-se, portanto, *de um direito abstrato e geral*, sem nenhuma relação de dependência efetiva com “*un derecho concreto subjetivo material ni tampoco está necesariamente ligado a un elemento subjetivo que se refiera a la existencia de un derecho subjetivo material (opinión, creencia del derecho, buena fede)*”³¹⁴. Com efeito, seria apenas necessário para que o interesse secundário seja tutelado pelo direito, vale dizer, para que exista um direito de ação, que se refira a um interesse primário em abstrato tutelado pelo direito: no caso, o interesse geral e abstrato à

³¹¹ MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. 7ª ed. volume primo. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1913. p.13. Tradução livre: “*faculdade de propor a demanda judicial, isto é o direito público subjetivo do autor sobre o órgão jurisdicional*”.

³¹² OVEJERO, Mariano. Advertencia. In: ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Medico: Editorial Stylo, 1944. p. XIII.

³¹³ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 127.

³¹⁴ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 129. Tradução livre: “*um direito concreto subjetivo material nem tampouco está necesariamente ligado a um elemento subjetivo que se refira à existência de um direito subjetivo material (opinião, crença do direito, boa-fé)*”.

intervenção do Estado para a realização dos interesses que estão tutelados pelo direito³¹⁵.

Alfredo Rocco tem como premissa que a faculdade de obter do Estado a tutela jurisdicional, é autônoma, de modo que a obrigação do Estado de prestar aquela tutela, obrigação positiva e específica, não corresponde a nenhum outro direito dos cidadãos senão o de ação, muito menos ao direito de liberdade ou de personalidade³¹⁶. Nessa senda, o direito de ação seria um direito subjetivo público do cidadão³¹⁷ frente ao Estado, cujo conteúdo substancial é o interesse secundário e abstrato à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos, que a incerteza ou a inobservância da norma válida no caso concreto podem opor à realização dos interesses tutelados³¹⁸.

Outra questão interessante na teoria de Alfredo Rocco é que, para o professor Italiano, o direito de proceder, ou de ação, não corresponderia somente ao autor, ou seja, àquele que primeiramente promove a atividade jurisdicional para a declaração de uma relação jurídica incerta, mas também ao demandado³¹⁹. Este, na sua ótica, teria direito de pretender do juiz a prestação da sua atividade para a declaração da relação jurídica, uma vez que “*de la existencia o no existencia de la relación en cuestión depende la existencia o no existencia de un vínculo a su libertad, y depende, por tanto, la delimitación exacta del alcance concreto de su derecho de libertad*”³²⁰.

A teoria de Alfredo Rocco, como ele próprio reconhece, separa-se dos fundadores da teoria abstrata pelos seguintes motivos: 1) Ele não concebe a

³¹⁵ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 129.

³¹⁶ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 138.

³¹⁷ Conforme Alfredo Rocco, o direito de ação “corresponde a todo sujeito de direitos como tal, independente de todo outro suposto” (ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944, p. 155). No original: “*así queda probado que el derecho de acción (al menos como derecho a la declaración de relaciones procesales) corresponde a todo sujeto de derechos como tal, independientemente de todo otro supuesto*”.

³¹⁸ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 153.

³¹⁹ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. pp. 155-157.

³²⁰ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. pp. 157-158. Tradução livre: “*da existência ou inexistência da relação em questão depende a existência ou não existência de um vínculo a sua liberdade, e depende, portanto, a delimitação exata do alcance concreto de seu direito de liberdade*”.

ação como um direito frente ao juiz e ao demandado³²¹, de modo que do primeiro exigir-se-ia a sentença e, do segundo, a cooperação da consecução da sentença, uma vez que considera a ação como um direito frente ao Estado, e por isso mesmo contra órgãos da sua função. Afirma nesse sentido, a inexistência de relações processuais entre as partes, mas somente entre estas e os órgãos jurisdicionais, sendo suas obrigações para com o Estado, e não com a outra parte. Afinal, se a ação é um direito público subjetivo é impossível que os dois termos da relação sejam particulares³²²; 2) Ele não adere à necessidade de um certo estado de ânimo no titular do direito de ação (boa-fé); porque vê que cada qual pode provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais, sem o concurso de nenhuma condição preliminar, de modo que nenhuma condição especial subjetiva ou objetiva é necessária para obter dos órgãos jurisdicionais a declaração de uma relação processual ou material incerta ou a relação forçada de um interesse, cuja tutela está creditada³²³.

Ademais, o Rocco também se afasta da teoria de Mortara, por discordar da concepção deste a respeito do procedimento e da relação processual como meio pelo quais se constitui um direito subjetivo, o que está assentado na ideia de que, enquanto o juízo está pendente, estão frente a frente duas pretensões e que nenhuma é direito até que se obtenha a vitória final³²⁴. Considera que tal

³²¹ Esse aspecto da teoria de Dengkolb e Plósz não costuma ser lembrado pela grande maioria dos autores, ao menos dentre aqueles pesquisados até aqui, os quais costumam tratar essa possibilidade somente no que tange à obra de Wach. Como para o presente trabalho não se teve acesso aos originais de Plósz e Degenkolb, toma-se esse aspecto de segunda mão pela obra de Alfredo Rocco.

³²² ROCCO, Alfredo. *La sentenza civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. pp. 160-161.

³²³ ROCCO, Alfredo. *La sentenza civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 162.

³²⁴ ROCCO, Alfredo. *La sentenza civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 163. Sob esse aspecto, acredita-se que Mortara tenha aderido ao pensamento criticado em certo momento da sua obra e depois retomado a sua ideia original. Isso porque, nos *principii di procedura civile*, o jurista italiano afirmava que o ofício do juiz “*non essere altro che quello di riconoscere diritti preesistenti, ed anzi doversi escludere come contrario alla sua essenza quello di creare alcun nuovo rapporto giuridico*”. Tradução livre: “*não é outro senão reconhecer direitos preexistentes, devendo-se excluir como contrário à sua essência aquele de criar alguma nova relação jurídica*” (MORTARA, Lodovico. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra Editore, 1890, p. 40). No original: “*il suo ufficio*. Alguns anos depois, Mortara continuava afirmando que “*la sentenza non crea dal nulla un diritto subbietivo; ma conferisce la forza e gli effetti di un diritto subbietivo alla pretesa presentata al magistrato sotto forma di domanda o di eccezione; e fa presumere che questo diritto subbietivo abbia preesistito all’iniziamento del rapporto processuale, per il tempo che conviene alla sua natura e alle circostanze particolari del fatto*” (MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. 7ª ed. volume primo. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1913. p. 16). Tradução livre: “*a sentença não cria nenhum direito subjetivo; mas*

assertiva induziria a afirmar que o conceito de direito subjetivo não é um conceito jurídico, que o direito subjetivo não consiste na tutela concedida pelo direito objetivo para a satisfação de um determinado interesse, senão na satisfação deste interesse, o que equivaleria a dizer que não existe a relação jurídica como tal, mas somente a relação de fato. Para Rocco, *“la acción no es medio para la constitución de una relación jurídica, sino para la declaración de una relación incierta o para la realización de una relación acreditada (o mejor, para la realización de un interés, cuya tutela jurídica esté acreditada)”*³²⁵.

4.2.4 Análise crítica

A teoria abstrata recebeu um número avassalador de adeptos, nos anos seguintes ao seu nascimento³²⁶. Porém, não fica isenta de críticas, ao menos nos termos em que originalmente formulada. Liebman foi um dos grandes críticos da teoria abstrata, por considerar que esta não gozava de condições para estabelecer as relações entre o processo e o suporte fático concreto para qual vem proposto³²⁷, ou seja, para estabelecer adequadamente a ponte entre direito material e processo.

A teoria abstrata certamente, junto com a teoria da relação jurídica processual de Bülow, o corolário máximo da autonomia e independência do processo frente ao direito material. É, por certo, o revés da teoria civilista. Se, por esse aspecto, prestou infindável contribuição ao desenvolvimento do direito processual, deixou aberto o flanco pertinente ao modo como o direito material influiria no processo. Uma vez que a existência ou inexistência do direito material era um pressuposto sem importância para a ação, evidenciada estava

confere a força e os efeitos de um direito subjetivo à pretensão apresentada ao magistrado sob a forma de demanda ou exceção; e faz presumir que este direito subjetivo havia preexistido ao início da relação processual, pelo tempo que convém à sua natureza e às circunstâncias particulares de fato”.

³²⁵ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944. p. 164. Tradução livre: *“a ação não é meio para a constituição de uma relação jurídica, mas para a declaração de uma relação incerta ou para a realização de uma relação que se crê (ou melhor, para a realização de um interesse, cuja tutela jurídica se acreditada)”*.

³²⁶ Conforme indica Liebman, referindo-se aos seguintes juristas: Carnelutti, Zanzucchi, Garbagnati, Furno, Rosenberg, Schönke, Alberto ds Reis, Couture, Alsina, Gabriel de Rezende (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 61, nota 39). João de Castro Mendes indica que a teoria abstrata na França desenvolveu-se sob o *nomen de droit d'eter en justice* (CASTRO MENDES, João de. *O direito de acção judicial*. Lisboa: 1959. p.96).

³²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 63.

a indiferença do processo em relação ao direito material, o que gerou aguçada crítica por autores que formaram a chamada teoria concreta da ação.

A propósito, pode-se entender por *concreta* “toda a teoria que exige, para haver acção, a efectiva preexistência do direito litigioso” e, por *abstrata*, “toda a que afirma que se pode ser titular de certa acção, ainda quando se não seja efetivamente titular do direito que mediante ela se queira fazer valer em juízo”. Portanto, tal como destaca João de Castro Mendes, “referem-se assim os termos ‘concreto’ e ‘abstrato’ às duas soluções opostas que se podem dar ao problema da dependência genética da acção”³²⁸.

Ainda com base na obra do referido jurista português, pode-se constatar três linhas de argumento no sentido de criticar a teoria abstrata da ação: 1) o direito abstrato de ação nada mais seria que a possibilidade genérica de ser titular de direitos concretos, portanto um aspecto final da personalidade judiciária; 2) a ação, entendida da forma abstrata, não teria natureza de direito subjetivo, mas consistiria numa simples manifestação do direito de liberdade; 3) o direito de ação é um mero reflexo da função jurisdicional³²⁹.

Sem a intenção de analisar detidamente as críticas referidas, cabe mencionar que, de fato, a teoria do direito abstrato “peca pelo seu excessivo abstracionismo”³³⁰, conatural à emancipação decorrente da reivindicação de autonomia do direito processual e da ação frente ao direito privado³³¹. O problema todo reside em uma perspectiva de exclusão, no sentido de que as duas ações (uma na perspectiva do direito material e outra na perspectiva do direito processual) não poderiam conviver harmonicamente, cada uma teorizada desde o seu plano, buscando-se, num ir e vir, elos entre ambas. Afinal, com bem destacada Darci Guimarães Ribeiro, “*el problema de las teorías sobre la acción procesal, la abstrata y la concreta, se debe a una falta de claridad sobre los distintos planos jurídicos en las que actúan, más concretamente el material y el procesal: la teoría concreta se refiere a la acción material y la teoría abstrata a la acción procesal*”³³². Indo mais além, poderia se

³²⁸ CASTRO MENDES, João de. *O direito de acção judicial*. Lisboa: 1959. p. 93.

³²⁹ CASTRO MENDES, João de. *O direito de acção judicial*. Lisboa: 1959. pp. 97-98.

³³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos modernos do conceito de ação. *Revista dos Tribunais*. v.497. São Paulo, 1977. p.16.

³³¹ PEKELIS, Alessandro. *Il diritto come volontà costante*. Padova: CEDAM, 1930. p. 160.

³³² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 105. Tradução livre: “o

dizer que há uma incompreensão, também, na diferença entre a teoria civilista e a teoria abstrata, ficando as teorias concretas no meio do caminho: a teoria civilista pensou a ação com maior ênfase no plano do direito material, a teoria abstrata pensou a ação somente no plano processual³³³. Como será visto nos próximos pontos deste trabalho, pode-se acrescentar que as teorias concretas pensaram a ação (processual) ligadas à existência do direito material, enquanto a teoria eclética, do mesmo modo, pensou a ação processual ligada à hipotética existência do direito material (*como afirmação/asserção*) representado este por uma parcela do seu conteúdo (as chamadas condições de ação). Para não avançar demais nos pontos que seguem, cumpre verificar as teorias surgidas com a tentativa de superar a teoria abstrata.

problema das teorias sobre a ação processual, a abstrata e a concreta, se deve a uma falta de clareza sobre os distintos planos jurídicos em que elas atuam, mais concretamente o material e o processual: a teoria concreta se refere à ação material e a teoria abstrata à ação processual”.

³³³ Nesse sentido, Pekelis adere ao entendimento de que subsiste tanto uma ação abstrata quanto uma ação concreta “do nosso ponto de vista, toda disputa sobre este problema é privada do objeto. Existe, de fato, quem tem a possibilidade de obter simplesmente um juízo e uma sentença qualquer: constitui assim uma ação ‘abstrata’. Existe, porém, quem tem a possibilidade de obter uma sentença favorável: e se dirá que lhe cabe uma ação ‘concreta’. Existe quem tem a possibilidade de obter a execução forçada: haverá uma ação ‘executiva’ que é, certamente, ‘concretíssima’. Existe, porém, quem não tem nem a possibilidade de obter uma sentença (pensa-se na situação de quem, recorrendo à cassação não apresenta os motivos no termo estabelecido, e não obtenha assim uma simples ordenança): e se diga, se quiser, que lhe cabe simplesmente uma ação ‘abstratíssima”’. (PEKELIS, Alessandro. *Il diritto come volontà costante*. Padova: CEDAM, 1930. p. 169). No original: “dal nostro punto di vista, ogni disputa su questo problema è priva d’obbietto. Vi è, infatti, chi ha la possibilità di ottenere semplicemente un giudizio ed una sentenza qualunque: costui avrà un’azione ‘astratta’. Vi è, però, chi è nella possibilità di ottenere una sentenza favoevole: e si dirà che gli spetta un’azione ‘concreta’. Vi è chi ha la possibilità di ottenere l’esecuzione forzata: avrà l’azione ‘esecutiva’ che è, certamente, ‘concretissima’. Vi è però chi non ha neanche la possibilità di ottenere una sentenza (si pensi alla situazione di chi, ricorrendo in acassazione non presenti i motivi nel termine stabilito, e non ottenga così che una semplice ordinanza): e si dica, se si vuole, che a costui spetta semplicemente un’azione ‘astrattissima”’.

5 A transição do Estado Liberal para o Estado Social e as teorias concretas da ação

As chamadas teorias concretas da ação podem ser visualizadas, topologicamente, como um passo após a ruptura com o Estado Liberal. Tratava-se de teorias que tentavam conciliar elementos privados – próprios da teoria civilista e do Estado Liberal – com elementos estatais e públicos – afinados, pois, com o modelo social de Estado que estava nascendo. Os principais autores de tal vertente de pensamento são Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda, cujo pensamento será tema das próximas páginas.

5.1 Adolf Wach e a Teoria do Direito Concreto de Ação

A teoria do direito concreto de ação desenvolvida por Adolf Wach teve o grande mérito de repercutir como um passo decisivo para a autonomia do direito processual, na medida em que, com ele, passou-se a enxergar, ainda que de forma não tão enfática como propagada pelas doutrinas contemporâneas, a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional para que fosse reconhecida a inexistência do direito material, o que, na *praxe* forense dos dias contemporâneos, é chamado de ação declaratória negativa. No entanto, o pensamento de Wach é muito mais complexo e seu desenvolvimento teórico merece grande atenção para a compreensão das linhas evolutivas do processo civil.

5.1.1 Considerações introdutórias

Adolf Wach era natural de Kulm, nasceu no dia 11 de setembro de 1843 e morreu em plena Páscoa do dia 04 de abril de 1926, tendo terminado em Leipzig a sua longa existência, dividida entre a cura da ciência, o ensino universitário e o judiciário³³⁴.

Em 1868 iniciou sua carreira como Privatdozent em Königsberg, mesma ocasião em que escreveu a sua monografia intitulada *Der italienische Arrestprocess*, que “*sorprende ancor oggi per la ricchezza dei material e in*

³³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. III – parte I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1930. p. 366.

*particolare per la vasta conoscenza dei nostri statuti medievali*³³⁵. No ano seguinte, como Professor Ordinário em Rostock, em 1870 esteve em Tübingen e em 1872 em Bonn. Em 1875 passou a desempenhar a carreira de docência na Universidade, possuindo ligação com o Tribunal Supremo (*Reichsgericht*) de Leipzig, o que certamente influenciou o processualista alemão a dedicar o seu Handbuch a Eduard Simson, este, Presidente do Tribunal Supremo alemão³³⁶.

Wach ocupou inúmeros cargos que lhe permitiram contemplar e examinar o processo desde duas vertentes: a teórica, germinada sob um manto de investigação, e a prática, fulcrada na própria aplicação. Adolf Wach era notório conhecedor do direito romano e da história do processo civil, conhecimentos adquiridos junto a seu professor Briegleb³³⁷, ao qual se declarou devedor da sua educação científica³³⁸. Possuidor de uma inteligência incrível, utilizava-se de um método expositivo de precisão alemã³³⁹.

É muito provável que a posição universitária e econômica de Wach lhe eximisse de inquietudes e sobresaltos, lhe permitindo, pois, realizar planejamentos com muita calma, facilitando na paciente acumulação de dados e lhe permitindo uma redação sossegada, o que se verifica em seus escritos cuja solidez impressiona qualquer jurista³⁴⁰.

A propagação da escola de Wach³⁴¹ ultrapassou as barreiras da Alemanha, tendo refletido também em processualistas de países vizinhos, como, por exemplo, na Suíça com Heusler, na Finlândia com Wrede e na Itália com Chiovenda. Este, juntamente com Calamandrei e Liebman, seus

³³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. III – parte I. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1930. p. 367. Tradução livre: “surpreende até hoje pela riqueza de materiais e em particular pelo vasto conhecimento de nossos estatutos medievais”.

³³⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XI.

³³⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XI.

³³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. III – parte I. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1930. p. 367.

³³⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XI.

³⁴⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XIX.

³⁴¹ Recorda Chiovenda que em seu escrito sobre *Azione nel sistema dei diritti*, já havia demonstrado como “*le celebri polemiche dei romanisti tedeschi sull’actio romano abbiano contribuito alla formazione della dottrina del Wach sull’azione, e come in sostanza il concetto del Rechtsschutzanspruch si trovi nel Muther*” (CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. III – parte I. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1930. p. 366).

discípulos, a escola de Wach se propagou ao mundo iberoamericano.³⁴² As traduções para o espanhol e português das exposições gerais e dos livros de Chiovenda, assim como as obras de Calamandrei e de Liebman, acarretaram no fato de que uma boa quantidade de ideias de quem havia sido professor em Leipzig transcendeu há muito tempo para as nações de língua castelhana e portuguesa, muito embora, na maioria das vezes houvesse dúvidas em relação “a quien fuese el verdadero padre de la criatura”³⁴³.

A preocupação de Adolf Wach era formar processualistas da mais alta hierarquia científica e, para isto, organizava o estudo do direito processual entre os aspirantes a juristas. Questão peculiar é que as melhores obras de Wach foram produzidas em meio a uma exaltação patriótica inerente a vitória na guerra franco-prusiana, a qual, finalmente alcançou a unificação alemã sob o Signo do Império e o apogeu da política de Otto von Bismarck, este conhecido como o Napoleão da Alemanha em virtude de ter permitido aos países germânicos conhecerem uma unidade, descartando os recursos do liberalismo político³⁴⁴. Indiscutivelmente, a formação da moderna ciência jurídica da Alemanha é devida em grande parcela a Adolf Wach³⁴⁵.

Em 1885, Adolf Wach escreveu o seu “Manual de Direito Processual Civil” (*Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*)³⁴⁶, em que translúcida

³⁴² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XXI.

³⁴³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XXVIII. Tradução livre: “de quem fosse o verdadeiro pai da criatura”.

³⁴⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XXVIII - XXXI

³⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Adolfo Wach*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. III – parte I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1930. p. 366.

³⁴⁶ Sobre este Handbuch, sabe-se que “pertence a una grand enciclopedia jurídica alemana planeada por el célebre penalista Karl Binding (1841-1917), no en forma de diccionario por orden alfabético de voces y de temas, sino de acuerdo con una distribución por disciplinas, comprensiva de once grandes divisiones y titulada *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft (Manual sistemático de la ciencia jurídica alemana)*. Llamo la atención acerca de la denominación *Manual*, porque además de ser la oficial de la serie y la que encabeza cuatro de las cinco exposiciones de la misma aparecidas hasta noviembre de 1885, Binding insiste por dos veces en esa connotación, en las páginas sin numerar que preceden a la portada del libro de Wach y que son en las que explica la finalidad y rasgos de la enciclopedia a realizar bajo su dirección” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. XXXIV). Tradução livre: “pertence a uma grande enciclopédia jurídica alemã planejada pelo célebre penalista Karl Binding (1841-1917), não em forma de dicionário por orden alfabética de vocábulos e de temas, mas de acordó com uma distribuição por disciplinas compreendendo onze grandes divisões e titular da *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft (Manual sistemático da ciência jurídica alemã)*. Achou a

restou o seu posicionamento sobre a ação como um direito autônomo e concreto. Tamanha foi a repercussão dos assentos contidos no seu Manual que em 1977 houve a tradução da referida obra para o espanhol. Em 22.12.1888, com uma abordagem mais minuciosa sobre o tema, o jurista alemão escreveu a monografia intitulada “A pretensão de declaração” (Der Feststellungsanspruch) em uma publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Leipzig em homenagem a B. Windscheid, a qual foi publicada separadamente em 1889, e traduzida para o espanhol em 1962.

5.1.2 A Teoria do direito concreto de ação

Ao adentrar na esfera das teorias que disciplinam a natureza da pretensão de declaração, Adolf Wach, inicia seus estudos analisando a Exposição de motivos da Ordenança Processual Civil alemã, mais precisamente a redação do segundo e do terceiro projeto, em que restou estabelecido uma pretensão de declaração do direito privado que deve ser compreendida como uma pretensão de reconhecimento (*Anerkennungsanspruch*)³⁴⁷.

Na concepção de Wach, o autor da exposição de motivos da Ordenança Processual Civil alemã tem o intuito de justificar a ausência das palavras “*sin que hubiese precedido una violación del derecho*”³⁴⁸, pois, para este a pretensão de declaração e a pretensão de prestação pertenceriam a um mesmo plano, sendo ambas subespécies do conceito geral da pretensão de direito privado³⁴⁹.

atenção acerca da denominação Manual, porque além de ser a officia da série e a que encabeçava quadro das cinco exposições da mesma aparecidas por novembro de 1885, Binding insiste por duas vezes nessa conotação, nas páginas não numeradas que precedem à abertura do libro de Wach e que são nelas que explica a finalidade e riscos da enciclopedia realizada sob sua direção”.

³⁴⁷ Adolf Wach, transcreve a redação do segundo e do terceiro projeto: “Si la ley admite, al lado de la acción de prestación, que corresponda a la relación jurídica respectiva, una acción declarativa, reconoce con ello que de la relación jurídica nace, al lado de la pretensión de prestación, otra pretensión independientemente realizable, que tiene por objeto la declaración del derecho. Tal como la pretensión de prestación, también puede ser infringida la pretensión de declaración, y sólo cuando hubiese sido infringida, existirá motivo para interponer una acción de declaración” (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 19)

³⁴⁸ Tradução livre: “*sem que houvesse precedido uma violação do direito*”.

³⁴⁹ Dando continuidade ao seu pensamento, Wach assenta que “se declara que el § 231 es una disposición legal que propiamente tendría que figurar en el Código Civil. Con ello se habría logrado la armonía del conjunto. No se explica qué contenido correspondería a la acción declarativa. Sin embargo, referencias anteriores de los Motivos obligan a presumir de

Neste contexto histórico, roubava a cena a dominação parcial da prática jurídica pelas concepções de que *“cada acción debe ser la realización de derechos, de pretensiones materiales, y, además, en³⁵⁰ las disposiciones del derecho de los Estados particulares, que admitían las acciones de reconocimiento”*, aumentando, portanto, o número de demandas que invocavam o § 231 da ZPO, pedindo *“la condena de ‘reconocimiento’, y sentencias que obligan a la parte vencida ‘a reconocer’³⁵¹”*.

Considerando a ausência de força normativa da Exposição de motivos da Ordenança Processual Civil alemã, e que nem mesmo quando a construção dogmática estivesse em lei, seria obrigatória a sua aplicabilidade, Wach ressalta o antagonismo existente *“entre los antecedentes, por un lado, que contienen la historia de la ley y por ello son importantes para su interpretación, y, por otro lado, el contendí de los Motivos que reflexionan sobre el texto ya terminado de la ley (del proyecto) y por ello deberán ser valorados sólo por su exactitud intrínseca³⁵²”*.

Adolf Wach afirma que os motivos do § 231 influenciaram o texto já existente do Projeto, o qual fora tomado do projeto da Alemanha do Norte, § 191, alínea 1^a, e na primeira redação da Exposição de motivos da Ordenança Processual Civil alemã foi fundado da seguinte maneira: *“el principio jurídico de que la interposición de la demanda dependa de una violación del derecho, efectivamente producida, há sido quebrado por algunas leyes de derecho positivo, y la práctica de los tribunales alemanes se há aproximado cada vez*

reconocimiento, pues ellos remiten a la obra de de O. BAHR, que hizo época en materia de la teoría del reconocimiento, y hablan de las “acciones de reconocimiento y de declaración de relaciones jurídicas”, en el sentido que hace suponer que se considere a ambas equivalentes en su concepto. Los adoradores de la Exposición de motivos están satisfechos con ello. Para aquellos que ven en los Motivos una expresión auténtica del pensamiento legislativo, les consta ahora que el § 231 da um derecho positivo a obtener el reconocimiento, mediando um interés jurídico, y que este derecho es susceptible de violación y puede ser perseguido mediante la acción de delcaración (*La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 20-21)

³⁵⁰ Tradução livre: *“cada ação deve ser a realização de direitos, de pretensões materiais, e, ademais, nas disposições do direito dos Estados particulares, que admitiam as ações de reconhecimento”*.

³⁵¹ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 21. Tradução livre: *“a condenação de ‘reconhecimento’”, e, conseqüentemente, acarretando no surgimento de sentenças que obrigavam “a parte vencida ‘a reconhecer’”*.

³⁵² WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 22. Tradução livre: *“entre os antecedentes, por um lado, que contém a história da lei e por isso são relevantes para sua interpretação, e, por outro lado, o conteúdo dos motivos que reflexionam sobre o texto já terminado da lei (do projeto) e que por isso deverão ser valorados somente por sua exatidão intrínseca”*.

*más a concepciones más liberales. Innegablemente existe la necesidad de admitir una acción para prevenir una violación inminente del derecho, siempre que las partes tengan un interés jurídico en la declaración de la relación jurídica cuya violación temen*³⁵³.

Desse modo, Adolf Wach observa a incoerência em falar-se de uma relação entre o § 231 da ZPO e o projeto da Alemanha do Norte, § 191, alínea 1ª, bem como com a primeira redação da Exposição de Motivos do Código de Procedimento Civil Alemão, pois o referido § 231 utilizaria a palavra “*reconocimiento*” em sentido judicial da declaração de autenticidade, o que resta claro do paralelismo entre reconhecimento de um documento e a declaração de sua falsidade, distoando do conceito de ação declarativa defendido por Wach, em que a ação não tenderia à condenação a formular uma declaração de vontade, pois se o fosse, poder-se-ia dizer que corresponderia a uma simples ação de prestação compreendida pelo § 230 da ZPO³⁵⁴.

Indagando como esta pôde criar uma obrigação geral de reconhecimento que somente se lastreava em pressupostos vagos do interesse jurídico, sem tomar posições frente à ambiguidade das leis civis vigentes a respeito da essência do reconhecimento, bem como questionando como tal lei poderia querer a realização em forma de sentença judicial declarativa, sem saber ao menos dizer o que era propriamente o que havia que executar, Adolf Wach afirma que esta lei “*así, habría construido castillos en el aire*”³⁵⁵.

Aqui entra um dos pontos chaves para entender a teoria de Wach, bem como o fato dele não aderir à teoria abstrata da ação. Afirma o professor alemão, analisando o fato de o *Reichsgericht*, em reiteradas decisões, expressar a opinião de que “*la acción de pretensión (en el proceso declarativo) tiene por objeto la admisión de la demanda [Zulassung der Klage] y con ello la obligación del demandado de someterse a la litis sobre la existencia*

³⁵³ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 22-23.

³⁵⁴ Sobre dita incoerência, Wach acrescenta que “*hace mucho que se llegado a la conclusión de que la pretensión civil de reconocimiento no sólo no puede ser derivada de la ZPO, § 231, sino que el orden jurídico (Rechtsgang) de la ZPO precisamente obsta a su admisión. El § 231 ZPO no contiene el principio de quien tenga un interés jurídico en el reconocimiento, o sea ‘declaración de reconocimiento’, pueda pedirla*” (*La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 23-24).

³⁵⁵ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 24. Tradução livre: “*assim teria construido castelos no ar*”.

o *inexistencia de una relación jurídica*, daria à pretensão declarativa, influenciada pela doutrina da submissão à *litis contestatio* (*Einslassungszwang*), “*el sello de un derecho de acción, abstracto y público, de la facultad del actor de promover, mediante una afirmación correspondiente al §231 ZPO, un juicio y una decisión judicial sobre ella misma*”³⁵⁶. Nessa linha de pensamento, seria até lógico, segundo Wach, fazer da questão da exatidão da afirmação de um interesse, que fundamenta a ação, “*una mera cuestión previa al juicio, perteneciente al ‘preproceso’ [Vorverfahren], una cuestión referente a la ‘admisibilidad de la demanda’*”³⁵⁷. No entanto, eis o ponto: Wach entende que, com a rejeição ou a admissão da mencionada tese da submissão à *litis contestatio*, esta faculdade de acionar é investida do essencial da demanda declarativa, a todos aqueles que sustentam que o objeto³⁵⁸ da ação é

³⁵⁶ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 32. Tradução livre: “a ação de pretensão (no processo declarativo) teria por objeto a admissão da demanda [Zulassung der Klage] e, com isso, a obrigação do demandado submeter-se à litis sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica” “o selo de um direito de ação, abstrato e público, da faculdade do autor de promover, mediante uma afirmação correspondente ao §231 da ZPO, um juízo e uma decisão judicial sobre a mesma”.

³⁵⁷ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 32. Tradução livre: “uma mera questão prévia ao juízo, pertencente ao ‘pré-processo’ (Vorverfahren), uma questão referente à ‘admissibilidade da demanda’”.

³⁵⁸ Corroborando as críticas que serão feitas posteriormente, no sentido de que a teoria de Wach não conseguiu desprender-se satisfatoriamente do direito material, segue o posicionamento de Wach sobre o objeto do processo civil: “o objeto del proceso civil es aquel que responde a la determinación de su esencia, no aquel que la parte quiere convertir - de hecho y en desacuerdo con esa determinación - en objeto procesal. El objeto de la demanda no es sin más el del proceso. Si la demanda se rechaza por inadmisibilidad de la vía judicial, ello significa que el derecho que se hizo valer no es apto para ser objeto procesal. [...] El objeto del proceso es una relación jurídica privada, es decir una relación entre personas, en virtud de la cual éstas se enfrentan como titular y obligado en el orden privadístico. La imaginable diversidad de esa relación se refleja en la diversidad de objeto procesal. La relación jurídica sólo es objeto del proceso dentro de los límites en los cuales se pretende la tutela jurídica procesal. Esto lo determina la demanda; el objeto procesal sólo llega a ser tal como objeto de la demanda; por ello, los tipos de demanda imaginables determinan el alcance y la dirección con los cuales las relaciones privadísticas pueden ser objeto del proceso. Dos son los tipos de acción que entran en consideración: la acción de declaración y la acción de condena (prestación); la primera dirigida a lograr una declaración positiva o negativa de una relación jurídica, o, en su caso, de un derecho (ZPO § 231); la segunda a lograr la declaración judicial de un derecho que requiere ser satisfecho, a lograr una condena. [...] El objeto procesal es una relación jurídica unilateral o plurilateral. En el primero caso, sólo una de las partes es el titular y la outra el obligado y en segundo las dos se enfrentan reuniendo ambas calidades. Pero también cuando el fundamento de la demanda es una relación jurídica que, en sí, es bilateral, lo normal es que se la convierta en objeto procesal unilateralmente. [...] El objeto procesal puede, aunque no tiene que ser, una pretensión del demandante. [...] El objeto do proceso no es necesariamente una relación jurídica litigiosa. [...] Para que haya proceso y objeto procesal no es necesario que haya litis, ni antes del proceso ni durante el mismo. [...] El objeto de todo proceso es una pretensión del demandante, o, en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal. [...] conforme a lo dicho, es objeto del proceso: la relación jusprivadística respecto de la cual se busca obtener sentencia, o ejecución para realizarla, o sea, la relación jusprivadística como

propriamente nada mais que o direito material, a pretensão, a qual também residiria na ação de prestação, enquanto que, em troca, a chamada pretensão declarativa, como tal, somente seria instituição processual, de caráter formalíssimo, acessível a todos os que ousem formular sua afirmação conforme o § 231 ZPO, falando-se tanto em pretensão (*Anspruch*) ou em direito a acionar (*Klagerecht*), ou ainda rechaçando-se tais termos³⁵⁹.

Tudo isso, segundo Wach, nada mais seria que a velha doutrina do direito comum, trazida com o adorno do direito de acionar, abstrato e público, do direito à *litis contestatio*, ao processo e à sentença³⁶⁰. Segue então sua crítica afirmando que tanto a perspectiva do direito privado, quanto da possibilidade processual de acionar, somente teriam o condão de explicar os aspectos externos da prática jurídica, mas sem compreendê-los intrinsecamente quanto à noção que deles³⁶¹. Desse modo, não poderia haver dúvida, segundo ele, de que, “*si el derecho a pedir la declaración no está ya*

objeto de la pretensión de tutela jurídica que tiene por contenido la sentencia favorable a la parte, o la ejecución querida” (WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. . Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977. pp. 34-49). Tradução livre: “o objeto do processo civil é aquele que responde à determinação de sua essência, não aquele que a parte quer converter – de fato e em desacordo com essa determinação – em objeto processual. O objeto da demanda não é senão o do processo. Se a demandase rechaça por inadmissibilidade da via judicial, isso significa que o direito que se fez valer não é apto para ser objeto processual [...] o objeto do processo é uma relação jurídica privada, vale dizer uma relação entre pessoas, em virtude da qual estas se enfrentam como titular e obrigado na ordem privada. A imaginável diversidade dessa relação se reflete na diversidade do objeto processual. A relação jurídica somente é objeto do processo dentro dos limites nos quais se pretende a tutela jurídica processual. Isso é determinado pela demanda; o objeto processual somente chega a ser tal como objeto da demanda; por isso, os tipos de demandas imagináveis determinam o alcance e a direção com os quais as relações privatísticas podem ser objeto do processo. Dois são os tipos de ação que entram em consideração: a ação de declaração e a ação de condenação (prestação); a primeira dirigida à obter uma declaração positiva ou negativa de uma relação jurídica, o, em su caso, de un derecho (ZPO § 231); a segundar a obter a declaração judicial de um direito que requer satisfação, a obter uma condenação [...] O objeto processual é uma relação jurídica unilateral ou plurilateral. No primeiro caso, somente uma das partes é o titular e a outra o obrigado e em segundo as duas se enfrentam reunindo ambas qualidades. Porém também quando o fundamento da demanda é uma relação jurídica que, em si, é bilateral, o normal é que se converta em objeto processual unilateralmente [...] O objeto processual pode, mesmo não tendo que ser, uma pretensão do demandante [...] O objeto do processo não é necessariamente uma relação jurídica litigiosa [...] Para que haja processo e objeto processual não é necessário que haja lide, nem antes do processo nem durante o mesmo [...] o objeto de todo processual é uma pretensão do demandante, ou, em seu caso do demandado, de que se conceda tutela jurídica processual [...] conforme foi dito, é objeto do processo: a relação jurisprivatística a respeito da qual se busca obter uma sentença, ou execução para realizá-la, ou seja, a relação jusprivatística com objeto da pretensão de tutela jurídica que tem por conteúdo a sentença favorável à parte, ou a execução requerida”.

³⁵⁹ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 31.

³⁶⁰ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 35-36.

³⁶¹ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 36.

*comprendido em la relación jurídica del derecho privado, el mismo no surge tampoco de la forma de persecución del derecho, de la facultad de demandar, o del derecho a sentencia, sino que debe tener otra fuente y otra esencia*³⁶². Conforme Wach, a pretensão declarativa nada mais é que uma das modalidades da pretensão de proteção do direito, sendo esta assertiva *“la llave que nos abre la región fronteriza entre derecho civil y proceso y el sistema de los recursos para la protección de los derechos”*³⁶³.

Ao tratar do conceito de pretensão de proteção do direito (*Rechtsschutzanspruch*), Adolf Wach menciona que a referida pretensão possui natureza de direito público, sendo constituído pelo ato de amparo judicial formador do objetivo do processo, devendo ser dirigida por um lado contra o Estado, e por outro contra a parte contrária. Enquanto o Estado deve outorgar o amparo, a proteção do direito, o ato de administração de justiça; cabe à parte contrária apenas tolerar a pretensão do autor. A pretensão de proteção do direito *“no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión [Anspruch] del derecho civil”*³⁶⁴.

Verifica-se que Adolf Wach distancia a pretensão de proteção do direito do direito privado subjetivo, afastando a referida pretensão também da faculdade de direito público de demandar, a qual compete a qualquer um que em conformidade com as formas estabelecidas e com fundamento jurídico, sustente uma pretensão de direito; menciona Adolf Wach a independência da pretensão de proteção do direito em relação aos seus requisitos prévios, estando sujeita a configurações concretas e extraprocessuais de fatos, autônoma ao que tange as suas relações subjetivas, o seu conteúdo e a sua realização, identificando-se como objeto imediato do processo civil³⁶⁵.

Ao enfatizar o interesse legítimo na proteção do direito como sendo a condição prévia de toda a pretensão de proteção do direito, Adolf Wach

³⁶² WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 36. Tradução livre: *“se o direito de pedir a declaração não está já compreendido na relação jurídica de direito privado, o mesmo não surge tampouco da forma de persecução do direito, da faculdade de demandar, ou do direito à sentença, senão que deve ter outra fonte e outra essência”*.

³⁶³ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 37. Tradução livre: *“a chave que abre a região fronteira entre direito civil e processo e o sistema dos recursos para a proteção dos direitos”*.

³⁶⁴ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 39-40

³⁶⁵ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 39.

também destacou que é devido a dupla finalidade da proteção, reconhecida pelo ordenamento de administração de justiça, que se distingue a pretensão de proteção positiva da prestação de proteção negativa. Em relação a esta, apresenta-se na forma de ação declarativa negativa e não se persegue nenhum direito próprio; já a pretensão de proteção positiva se baseia sempre em um direito próprio, sendo este um dos seus requisitos; já o outro requisito é o interesse jurídico na proteção, o qual, se tratando de um direito necessitado de realização, equivale à própria existência da pretensão³⁶⁶.

O requisito do interesse jurídico na declaração chancela a possibilidade para a ocorrência das mais variadas casuísticas, constituindo-se em território fértil para a prática do arbítrio judicial. Este requisito foi estabelecido pela lei Alemanha nacional, sendo a sua isenção por parte de um Estado particular inadmissível, se se busca, *“en forma de acción judicial, la afirmación, con fuerza de cosa juzgada, del derecho del actor, no necesitado de realización, o la negación, con fuerza de cosa juzgada, del derecho por el demandado”*³⁶⁷. Adolf Wach leciona que o interesse supracitado não pode ser interesse em negócio jurídico, pois o processo declarativo não faz parte da jurisdição voluntária e, por isso, as partes não possuem capacidade para admití-lo mediante acordo³⁶⁸.

Nesse escorço, Adolf Wach pressupõe que a necessidade é requisito primordial para que se possa falar em proteção do direito, ao passo que este, ou surge da violação do direito, ou nascerá da ameaça contra o próprio direito, da configuração de fatos que produzem a insegurança jurídica, uma vez que tal configuração de fatos deve ir de forma objetiva contra a posição jurídica do autor, ou seja, violá-la ou ameaçá-la, de modo que a reação correta se traduza na sentença declarativa³⁶⁹. Sendo que é esta conduta que permite a configuração da legitimação passiva do demandado para estar em juízo³⁷⁰.

³⁶⁶ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 52.

³⁶⁷ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 101. Tradução livre: *“em forma de ação judicial, a afirmação, com força de coisa julgada, do direito do autor, não necessitado de realização, ou a negação, com força de coisa julgada, do direito pelo demandado”*.

³⁶⁸ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 101.

³⁶⁹ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 104-105.

³⁷⁰ Sobre esta legitimação passiva do demandado para estar em juízo, Wach acresce que *“ésta no equivale ao papel del sujeto pasivo en la relación, pues en la contienda por declaración negativa, la situación es precisamente a la inversa, siendo amenazante, o sea el demandado, el sujeto activo de la relación jurídica que está en tela de juicio. [...], tampoco*

Partindo do juízo que o objetivo essencial da pretensão de declaração é a segurança inquebrantável do direito, em que, portanto, a sua causa seria uma conduta por parte do demandado que, nesse sentido, quebrassem a relação jurídica em forma prejudicial para o autor, Adolf Wach adverte que a incerteza subjetiva sobre a situação jurídica existente constitui a verdadeira causa da declaração³⁷¹.

5.1.3 Análise crítica da teoria de Adolf Wach

Adolf Wach, defendendo que a pretensão declarativa é uma das modalidades da pretensão de proteção ao direito, afirma que esta possui natureza de direito público, porém diferenciando-se do direito civil e direito processual, para ser enquadrada na modalidade da *pretensão de proteção do direito*, ou, também nas suas palavras, do *sistema dos recursos para a proteção dos direitos*. Para o jurista alemão, a pretensão de proteção é um direito relativamente secundário e independente em relação aos seus requisitos, distanciando-se da esfera do direito privado subjetivo, podendo apresentar-se tanto na forma positiva, caso em que teria como base um direito próprio, como na forma negativa, surgindo, deste modo, na forma de ação declarativa negativa, não perseguindo nenhum direito próprio, no que, de certo modo, desvincula a ação do direito subjetivo. Por fim, relevante notar que a pretensão de proteção do direito, segundo Wach, deve ser dirigida tanto contra

equivale al papel del sujeto de la relación jurídica a ser declarada en general, pues también un tercero puede amenazar a ésta en forma jurídicamente importante” (La pretensión de declaración. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 104).

³⁷¹ Dita incerteza é bastante explicitada por Adolf Wach em sua obra, destacando este que “*la incertidumbre respecto de cómo se resolverá un futuro juicio, la influencia perjudicial que en el momento respectivo ejerce esta situación dudosa sobre el actor que demanda por declaración judicial, los impedimentos y retardos que produce la misma respecto de su conducta en las relaciones jurídicas y de sus disposiciones económicas o, tratándose de asuntos personales o de derecho de familia sobre su conducta en la vida familiar, etcétera*”, ainda narra o nobre autor que “*de esta incertidumbre debe surgir el perjuicio [...]*” e “*no bastan afirmaciones vagas sobre una amenaza al crédito, o desmedro económico*” (La pretensión de declaración. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 111-115). Tradução livre: “*a incerteza a respeito de como se resolverá um futuro juízo, a influência prejudicial que no momento respectivo exerce essa situação duvidosa sobre o autor que demanda por declaração judicial, os impedimentos e retardos que produz a mesma a respeito de sua conduta nas relações jurídicas e de suas disposições econômicas ou, tratando-se de assuntos pessoais ou de direito de família sobre sua conduta na vida familiar, etc*”, ainda narra o nobre autor que “*desta incerteza deve surgir um prejuízo [...]*” e “*não batam afirmações vagas obre uma ameaça ao crédito, ou gasto*”.

o Estado como contra a parte contrária, cabendo àquele outorgar a proteção do direito e a este simplesmente tolerar.

A teoria de Adolf Wach tem méritos imensuráveis. Ao desenvolver a chamada pretensão declaratória negativa, o autor alemão admite a possibilidade de buscar a proteção estatal mesmo quando inexistente o direito subjetivo cuja sentença deverá declarar inexistente. Nesse aspecto, de toda acertada a lição de Ovídio, no sentido de que o fim atingido por Adolf Wach vai ao encontro das pesquisas outrora realizadas por Oskar Bülow, no sentido de destacar a necessidade de aprimoramento dos estudos não somente ao que tange à relação de direito material, geradora da pretensão para cuja tutela seu titular servia-se do processo como objeto central do direito processual, *mas também ao que toca a relação de direito público que se formava entre o demandante e o Estado*. Daí o autor gaúcho afirmar que “o processo como ciência teve seus alicerces formados por estas duas pesquisas célebres”³⁷².

Desse modo, perfeitamente cabível a assertiva de que, a paritr de Wach, o agir em juízo poderia tão somente traduzir-se no exercício de uma pretensão de tutela jurídica processual para que, o juiz utilizando-se do seu poder estatal, declarasse a inexistência de uma pretensão ao adversário, situação em que avultaria uma sentença de procedência declarando a inexistência de relação jurídica, ou seja, seria declarado que nada seria devido ao réu, ou ainda, que nada era devido pelo autor. Evidenciava-se, pois, a ideia que, mesmo nos

³⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. volume 1. 7ª ed. ver. e atualizada de acordo com o Código Civil de 202. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 82. Para Adolf Wach, “*ni la doctrina ni la práctica son, en su esencia conceptual, fuentes de derecho; la una es su conocimiento y la otra su aplicación. Con esto no se pretende negarles la gran importancia que tienen en su desarrollo. Ambas son factores relevantes en esa creación inorgánica y espontánea del derecho que llamamos formación consuetudinaria. Son el medio y el camino para manifestar y activar en todas las ramas del derecho la convicción jurídica que va adquiriendo forma. La ley sigue la antorcha de la ciencia; es en está y en la práctica donde saltan a la luz las nuevas ideas jurídicas y es en esta última donde alcanzan consolidación, por lo cual la usanza aparece como manifestación de la convicción no solamente de que algo tiene que ser derecho, sino de que lo es*” (WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977. p. 243). Tradução livre: “*nem a doutrina nem a prática são, em sua essência conceitual, fontes do direito; uma é seu conhecimento e a outra sua aplicação. Com isso não se pretende negar-lhes grande importância que têm em seu desenvolvimento. Ambas são fatores relevantes nessa criação inorgânica espontânea do direito que chamamos formação consuetudinária. São o meio e o caminho para manifestar e ativar em todos os ramos do direito a convicção jurídica que vai adquirindo forma. A lei segue a tocha da ciência; é nesta e na prática de onde saltam à luz as novas ideias jurídicas e é nesta última onde alcançam consolidação, pelo qual a utilização aparece como manifestação da convicção não somente de que algo tem que ser direito, mas de que o é*”.

casos em que o demandante não levasse em causa uma relação de direito material, ou ainda, quando o demandante não se servisse do processo para protegê-la, haveria uma relação processual legítima e idônea, capaz de conduzir a uma sentença de mérito para que o juiz, diante do processo perfeitamente formado, simplesmente declarasse a inexistência de uma relação jurídica³⁷³.

No entanto, Wach somente chegou a teorizar uma *autonomia relativa*, como ele mesmo reconhecia ao afirmar a *pretensão de proteção do direito como um direito relativamente independente*, que não corresponderia a uma categoria do direito privado subjetivo, nem à pretensão de direito civil³⁷⁴. Toda pretensão de proteção do direito estaria condicionada ao *interesse legítimo na proteção*, o qual, no entanto, nada teria a ver com a existência ou não do direito subjetivo, até porque admitida a pretensão de declaração negativa. No entanto, verifica-se da obra de Wach que as demais pretensões de proteção teriam como pressuposto a existência de um direito material. Note-se, nessa senda, que Wach inclusive diferenciava a pretensão de proteção da faculdade de direito público de demandar, que, ao que tudo indica, seria mais ampla.

Portanto, é possível dizer que a separação entre a ação e o direito subjetivo material, construída a partir da obra de Adolf Wach, não foi de todo modo difundida sobre sua teoria, uma vez que, excetuando-se as hipóteses da ação declaratória negativa, a ação, ainda que não surgisse junto ao direito subjetivo material, dele necessariamente haveria de brotar³⁷⁵. É justamente por isso que, Guilherme Estellita, ao analisar a doutrina de Wach, considera que para este “o direito de ação só existe quando proceda o pedido do autor, e daí dever sua pretensão ser traduzida em alcançar não uma sentença qualquer, mas uma sentença favorável”, residindo aí o caráter concreto da referida teoria³⁷⁶.

Aduz Chiovenda que também não passou despercebido por Bülow, ao analisar a teoria de Wach, a excessividade de subordinação do processo em

³⁷³ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. volume 1. 7ª ed. ver. e atualizada de acordo com o Código Civil de 202. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 81.

³⁷⁴ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962. pp. 39-40.

³⁷⁵ GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104.

³⁷⁶ ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação. Direito de demandar*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942. p.69.

relação ao direito privado, bem como a unilateralidade e o caráter hipotético contidos no conceito de direito à tutela jurídica³⁷⁷. Sob esse ponto de vista, a doutrina vai mais além e afirma que Wach não explicou o fenômeno da ação improcedente, *“uma vez que, neste caso, o juiz teria prestado jurisdição, outorgando tutela jurídica através da sentença de mérito, sem, todavia, proteger o direito subjetivo de quem exercera a ‘ação’”*³⁷⁸. Com efeito, ao condicionar, salvo no caso de pretensão declaratória negativa, a existência da ação somente a quem de fato possuísse um direito subjetivo, Wach teria feito com que sua teoria caísse nas amarras da sua própria condenação, pois leva à mesma situação criada pelo conceito clássico, quando a lide fosse infundada, mantendo-se, desse modo, *“o direito processual escravizado ao direito privado, como se aquele fosse simples meio prático de realizar-se”*³⁷⁹.

Importante advertir, todavia, que Wach não afirma de forma enfática que o direito de proteção necessariamente levará à sentença de procedência. Como observa Amílcar Mercader, *“en mala hora, aparece en Wach, nítidamente objetivado, el implícito principio de que la acción solo puede existir sub conditione de que exista previamente el derecho protegido que se invoca en la demanda”*. E segue afirmando que *“la exégesis de la acción que después de desarrollarse totalmente en la instancia jurisdiccional origina una sentencia adversa para su titular, ya sea como demandante o demandado, cae en una aporía”*, uma vez que Adolf Wach *“nunca computó esas hipótesis ni reveló ninguna preocupación por imaginarlas, ya fuese porque no las tuvo presente o porque las apartó con el propósito de abreviar y simplificar el estudio especulativo de los demás fenómenos procesales”*³⁸⁰.

Efetivamente, da leitura atenta do *Der Feststellungsanspruch*, pode-se concluir que não constitui preocupação de Wach teorizar sobre o problema apontado. Todavia, no seu Manual, que, de fato, é obra anterior àquela referida, o autor alemão vem a afirmar que o objeto do processo é *“la relación*

³⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. p. 16

³⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. Volume 1. 7ª ed. ver. e atualizada de acordo com o Código Civil de 202. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 83-84. No mesmo sentido MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005. p. 99.

³⁷⁹ ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação. Direito de demandar*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942. p.69.

³⁸⁰ MERCADER, Amílcar. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Buenos Aires: EDIAR, 1944. p. 55.

*jusprivadística respecto de la cual se busca obtener sentencia, o ejecución para realizarla, o sea, la relación jusprivadística como objeto de la pretensión de tutela jurídica que tiene por contenido la sentencia favorable a la parte, o la ejecución querida*³⁸¹. Portanto, não se pode falar que Wach não tenha afirmado que a pretensão à tutela jurídica tenha por conteúdo uma sentença favorável. No entanto, isso é muito mais consequência da relação de direito material pressuposta, da qual Wach não consegue romper totalmente o processo, do que algo que tenha preocupado o jurista alemão, como cerne do seu pensamento. Tal suposição decorre das parcas e minguadas gotas de tinta gastas pelo autor em abordar a questão da sentença favorável.

Por fim, ainda, em consequência da não separação absoluta da esfera do direito material com a esfera processual, equivocou-se Wach ao direcionar a ação processual contra o Estado e contra o obrigado, pois por óbvio a ação processual somente pode ser dirigida ao Estado, sendo dirigida ao obrigado somente a afirmação de direito material³⁸². Na mesma direção, Darci Guimarães Ribeiro, ao comentar a teoria de Wach, alega que a pretensão à tutela jurídica *“no vai dirigida ni contra la parte contraria (solamente contra el Estado), ni tampoco es una pretensión a una sentencia ‘favorable’, sino sólo a obtener una sentencia*³⁸³.

³⁸¹ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. . Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977. pp. 48-49. Tradução livre: *“a relação jusprivatística a respeito da qual se busca obter sentença, ou execução para realiza-la, ou seja, a relação jusprivatística como objeto da pretensão de tutela jurídica que tem por conteúdo a sentença favorável à parte, ou a execução requerida”*.

³⁸² Observação bem pontuada por Mitidiero, o qual prossegue afirmando que “entre os fiéis seguidores de Wach encontramos James Goldschmidt. A visão desse sobre a ação não destoa muito do que pregava aquele, salvo ter conseguido diferenciar (mas não outorgando a mesma feição que nós vislumbramos, gize-se) o prisma material do processual e ter dirigido, acertadamente, a ação processual ao Estado e a material como algo *“que se actúa frente ao individuo obrigado”* (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado:2005, p. 99). Na mesma linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa que a pretensão de direito material pode ser satisfeita pelo demandado, mas nunca este poderá satisfazer a pretensão de tutela jurídica pois somente um ato de tutela jurídica favorável é capaz de satisfazer esta pretensão (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto *Teoria e prática da tutela jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31-32).

³⁸³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. BOSCH EDITOR, 2004. pp. 79-80. Tradução livre: *“não vai dirigida nem contra a parte contrária (somente contra o Estado), nem tampouco é uma pretensão a uma sentença favorável, mas somente a obter uma sentença”*. E, de forma percuciente, segue o nobre processualista segue aduzindo que *“la pretensión a la tutela jurídica no es el objeto del proceso, es solamente el poder que legitima el ejercicio de la acción procesal”* (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. BOSCH

Apesar das críticas, algumas merecidas, outras nem tanto, é incontestável a importância de Wach para a construção da ciência processual. Ao reconhecer, de uma forma bastante lógica, a autonomia – ainda que somente relativa naquele momento – do processo em relação ao direito civil, Wach, consolidou a formação do chamado processualismo científico alemão, que tem, primeiramente em Windscheid e Muther, depois em Bülow e, por fim, em Wach, sua tríade³⁸⁴.

5.2 Chiovenda e a Teoria da Ação como Direito Potestativo

Giuseppe Chiovenda é um dos mais importantes processualistas de toda a história. Sua obra influenciou grandes processualistas italianos e segue sendo referência até hoje. Ademais, embora sua teoria sobre a ação tenha ganhado pouca adesão notadamente nos dias atuais, a riqueza do seu pensamento, cuja magnitude até hoje é válida para reflexões como temas que vão além do direito processual – como é o caso da prescrição e decadência – de modo que uma análise detida sobre seus principais escritos acerca das relações entre direito material mostra-se imprescindível para o desenvolvimento do presente trabalho.

5.2.1 Considerações iniciais

A doutrina da ação de Chiovenda tomou força a partir de 1903. Antes disso, podia-se visualizar um Chiovenda ainda atrelado à tese até então tradicional³⁸⁵, baralhando conceitos ora ligados diretamente ao plano do direito material, ora ao plano do direito processual. Nesse sentido, ao escrever para o *Dizionario pratico del diritto privato*, dirigido por Vittorio Scialoja, o mestre italiano já reconhecia, na doutrina, diversos significados para o termo ação. Entendia que “*la lesione del diritto è l’idea più determinante del concetto*

EDITOR, 2004. p. 81). Tradução livre: “a pretensão a tutela jurídica não é o objeto do processo, é somente o poder que legitima o exercício da ação processual”.

³⁸⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional: ordem científica* (1928-1956). Curitiba: Juruá, 2009. p. 55. No mesmo sentido, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. t. II. México: Unam, n. 12-13, 1992. pp. 293-325.

³⁸⁵ CASTRO MENDES, João de. *O direito de acção judicial*. Lisboa: 1959. p. 73. CIPRIANI, Franco. Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1126. CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (I): a contribuição da prolusione de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.216, p. 57-70, fev. 2013. p. 59.

*fondamentale d'azione*³⁸⁶, afirmando, ainda, que “quando invece consideriamo nel diritto la sua perseguibilità giudiziale non come una mera possibilità astratta, ma come una necessità determinata dalla violazione o dall’inadempimento effettivo, noi incontriamo, sempre nel campo del diritto sostanziale un uso ed un significato d’azione più prossimo all’origine del nome, ed anche il più universale e tecnico”³⁸⁷. Acrescentava que, na verdade, a ação, ou, como também chamava, o direito de fazer valer o direito, não é outra coisa senão “il diritto stesso fatto valere; il diritto in un nuovo aspetto o in una nuova fase, passato dallo stato di riposo allo stato di combattimento”³⁸⁸.

No mesmo texto, Chiovenda fala em uma acepção formal da ação, entendida “come una domanda (proposta o proponibile) che si ha diritto di vedere accolta, come una pretesa fondata”³⁸⁹. Avançando no tema, diz que, se ao contrário, se destaca o lado formal da ação do seu pressuposto, se se considera como uma entidade jurídica por si, permanecendo a proposição de uma pretensão sem dizer respeito ao seu fundamento e ao êxito, encontra-se um significado puramente processual: “il mezzo a cui fa ricorso cinque abbia una domanda da proporre e che serve così alle domande fondate come alle infondate”³⁹⁰. O mais interessante é que Chiovenda, nessa linha de pensamento, expressamente afirmava que “Il fatto che per azione s’intende anche l’esercizio d’un preteso diritto, e che ogni cittadino ha diritto di chiedere

³⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. p. 452. Tradução livre: “a lesão do direito é a ideia mais determinante do conceito fundamental de ação”.

³⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. p. 452. Tradução livre: “quando, ao contrário, consideramos no direito a sua perseguibilidade judicial, não como uma mera possibilidade abstrata, mas como uma necessidade determinada pela violação ou pelo inadimplemento efetivo, nos encontramos, sempre no campo do direito substancial, um uso e um significado de ação mais próximo à origem do nome, e ainda mais universal e técnico”.

³⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. p. 453. Tradução livre: “o próprio direito se fazendo valer; o direito em um novo aspecto, ou em uma nova fase, passado do estado de repouso ao estado de combate”.

³⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. p. 453. Tradução livre: “como uma demanda (proposta ou oponível) que se tem direito de ver acolhida, como uma pretensão fundada”.

³⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. p. 453. Tradução livre: “os meios aos quais recorre qualquer um que tenha uma demanda a propor e que serve assim à demanda fundada como à infundada”.

*l'intervento del magistrato a tutela di ciò ch'egli crede suo diritto, quantunque il diritto o non esista o non sia violato*³⁹¹ teria induzido alguns escritores italianos a definir a ação exatamente como o direito de requerer a reparação de um *pretense* direito violado, pois, para ele, a ação deixaria de ser um direito exatamente quando vem a ser considerada independentemente do êxito³⁹². E, assim, reforça que o direito de recorrer ao magistrado para qualquer pretensão efetivamente têm todo cidadão, mas isso não seria ação, ainda que pudesse ser chamado de ação, o que, segundo ele, somente complicaria ainda mais a terminologia. Em suma, para Chiovenda, valeria a máxima, por ele considerada absoluta, *“non v'ha azione senza diritto”*³⁹³.

A virada no pensamento de Chiovenda veio com a famosa e discutida *prolusioni* ocorrida em 3 de fevereiro de 1903, um dia após ter completado 30 anos de idade. Chiovenda, até o ano anterior professor extraordinário de Parma, tinha sido nomeado para a Cátedra de *“Procedura civile e ordenamento giudiziario”*, na Universidade de Bolonha, para ocupar a vaga deixada em razão

³⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. p. 453. Tradução livre: *“o fato que por ação se entenda também o exercício de um pretense direito, e que todo cidadão tem direito de requerer a intervenção do magistrado a tutela daquilo que ele creê ser seu direito, ainda quando o direito não exista ou não seja violado”*.

³⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. pp. 453-454.

³⁹³ Conforme Chiovenda, *“assoluta è adunque la massima: non v'ha azione senza diritto. Meno assoluta invece è la corrispondente: non v'ha diritto senza azione. Certo la perseguibilità giudiziale è concetto essenziale al diritto: ma da un lato vi son diritti a cui la legge accorda una coazione affatto indiretta (C. civ. art. 131, 133): all'altro vi sono rapporti giuridici ai quali manca effettivamente l'azione, ma che tuttavia non possono dirsi totalmente privi della tutela giuridica, poichè inve e di ciò ch'è normalmente qualità sostanziale del diritto, cioè il diritto di chiedere, hanno almeno una qualità di solito puramente consequenziale, cioè il diritto di non restituire cioè che fu pagato (C. civ.art. 1237, 1804)”* (CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900. p. 456). Tradução livre: *“absoluta é portanto a máxima: não há ação sem direito. Menos absoluta, ao contrário, é a correspondente: não há direito sem ação. Certamente, a perseguibilidade judicial é conceito essencial ao direito: mas de um lado somente quanto aos direitos que a lei confere uma coação de fato indireta (C. civ. art. 131, 133): por outro lado existem relações jurídicas às quais fata efetivamente a ação, mas que, todavia, não podem dizer-se totalmente privadas da tutela jurídica porque ao contrário daquilo que normalmente é a qualidade substancial do direito, ou seja, o direito de reclamar, contém ao menos uma qualidade que costuma ser puramente consequencial, qual seja, o direito de não restituir aquilo que foi pago”*.

da morte de Giuseppe Manfredini³⁹⁴. E, como de costume, teve uma *prolusione*, espécie de aula magna de ingresso na Universidade³⁹⁵.

A ênfase dada à referida *prolusioni* não é por acaso. Para alguns “*il manifesto della nuova sculo*”³⁹⁶, para outras um “mito”. A adjetivação de mito, conferida por Franco Cipriani à *prolusione* suscita, no mínimo, algumas considerações. Para o professor da Universidade de Bari, a *prolusione*, publicada no mesmo ano, com um número considerável de notas de rodapé, não teve, na doutrina italiana e mundial da época o destaque a ela hoje conferido. Exemplifica isso, por um lado, com a rejeição da doutrina de Chiovenda na doutrina italiana e a ênfase dada, em nível mundial, à *prolusione parmense*, “*Romanismo e germanismo no processo civil*”, traduzida por Robert

³⁹⁴ CARPI, Federico. Giuseppe Chiovenda professore a Bologna. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1101.

³⁹⁵ Conforme Franco Cipriani, “Giuseppe Chiovenda ensinou em quatro Universidades: Parma, Bologna, Napoli e Roma. Em Parma ele teve a cátedra por pouco mais de um ano, de 1º de novembro de 1901 ao fim de 1902, quando, falecido Giuseppe Manfredini, titular da cátedra de ‘Procedura civile e ordenamento giudiziario’ di Bolonha, foi chamado a sucedê-lo. Na *Alma Matter* permanece até 9 de março de 1905, dia no qual vence o concurso para a cátedra de Napoli, que teve até o final de 1906, quando foi chamado para fazer fama na Universidade de Roma, onde ensino até a morte. Em todas as quatro Universidades, ele, segundo os costumes da época, teve uma *prolusione*: em Parma sobre *Romanismo e germanismo no processo civil*; em Bolonha sobre a *Ação no sistema de direitos*; em Napoli sobre A coisa julgada; em Roma sobre O sistema nos estudos sobre processo civil” (CIPRIANI, Franco. Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1123).

³⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. Giuseppe Chiovenda. *Rivista di diritto processuale*. Volume XIV – Parte I. Anno 1937 – XV. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937. p. 298. Conforme Carnelutti, Chiovenda, “a Bologna, affronta il tema fondamentale in quel discorso sulla azione, che fu il manifesto della nuova sculoa”. Tradução livre: “em Bolonha, enfrenta o tema fundamental no discurso sobre a ação, que foi o manifesto da nova escola”. Para Proto Pisani, “il momento più fecondo e felice di questa scienza si individua agevolmente in quell’arco di tempo che si può collocare tra il 3 febbraio de 1903 (data della *prolusione bolognese di Chiovenda*) e il 21 aprile 1942 (data di entrata in vigore del nuovo coddice di *procedura civile*)”. Tradução livre: “o momento mais fecundo e feliz desta ciência se individualiza razoavelmente naquele arco de tempo que se pode colocar entre o 3 de fevereiro de 1903 (data da *prolusione bolognese de Chiovenda*) e o 21 de abril de 1942 (data de entrada em vigor do novo código de *procedura civile*)”. Este período, segundo o autor pode ser considerado como “l’età d’oro della nostra scienza”. Tradução livre: “a idade de ouro da nossa ciência” (PISANI, Proto. Il processo civil di cognizione a trent’anni dal codice. *Rivista di diritto processuale*, 1972. p. 37). Também Sentís Melendo considera que “si los procesalistas del mundo hubieran de elegir una fecha símbolo de la ciencia a que dedican sus esfuerzos; si quisieran solemnizar el momento de la aparición del verdadero derecho procesal, difícilmente podrían encontrar otra más exatamente representativa” que o 3 de fevereiro de 1903 (MELENDO, Santiago Sentís. *Teoría e práctica del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1959. p. 231). Tradução livre “se os processualistas do mundo tivessem que eleger uma data símbolo da ciência a que dedicam seus esforços, se quisessem solenizar o momento da aparição do verdadeiro direito processual, difícilmente poderiam encontrar outra mais exatamente representativa” que o 3 de fevereiro de 1903.

Wynnes Millar, no clássico *A history of continental civil procedure*³⁹⁷, de Arthur Engelmann, e, por outro, no fato que o próprio Chiovenda cuidou de disseminar e dar fama a sua *prolusione bolognese*, publicando-a na abertura dos seus *saggi*, e chamando a atenção para o 3 de fevereiro de 1903 na segunda e terceira edição dos seus *principii*, contribuindo, assim, para a formação do mito³⁹⁸.

Na verdade, segundo Cipriani, um dos objetivos de Chiovenda era deixar claro que a obra de Weismann, em que era desenvolvido um conceito idêntico ao de Chiovenda sobre a ação, teria sido publicada no mesmo ano, porém poucos meses depois. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral aduz que, “a *ácida conclusão de Cipriani*” tenta deixar no ar que o livro de Weismann trazia a mesma tese e que “*Chiovenda tentou chamar atenção para a sua palestra de fevereiro de 1903 como uma maneira de reivindicar como sua a ‘paternidade’ da concepção do direito de ação como direito potestativo exercido contra o réu*”³⁹⁹. A crítica de Cipriani não parece prosperar, até porque o próprio Weismann tomou conhecimento da teoria de Chiovenda, sem, contudo, avocar para si a paternidade da referida teoria⁴⁰⁰. É certo que se pode, assim como Cipriani, colocar em xeque o papel da *prolusione bolognese* na fundação da

³⁹⁷ ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. New York: A. M. Kelley, 1969.

³⁹⁸ Interessantes são as críticas e comentários feitos por Paolo Grossi às investidas de Cipriani à obra de Chioveda (GROSSI, Paolo. La “fortuna” di chioveda. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXII, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. pp. 640-641). De notar que o próprio Cipriani reconhece a sua “piccola battaglia per smitizzare Giuseppe Chiovenda e riportare nella giusta dimensione la sua persona e le sue opere, pur avendo ormai poù di dieci anni, è tutt’altro che vinta” (CIPRIANI, Franco. Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1135).

³⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (I): a contribuição da prolusione de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.216, p. 57-70, fev. 2013. p. 64.

⁴⁰⁰ Conforme o autor, “existe uma prova de que o próprio Jacob Weismann tomou conhecimento da obra de Chiovenda e de sua teorização sobre a ação e, ao contrário de indignar-se – caso verificasse ter sido plagiado ou se visse que Chiovenda estaria atribuindo a si as ideias dele – festejou que um grande estudioso da Itália tenha chegado à mesma conclusão dele. Aliás, é notório que Weismann conhecia a literatura italiana. Importante salientar que este fato não é citado por Cipriani, talvez porque este não tenha contato com a literatura de língua alemã, ou quiçá pela dificuldade adicional de estar o *Lehrbuch* de Weismann impresso em gótico. É muito difícil que tivesse havido qualquer plágio, mero *marketing* ou que Chiovenda não tenha sido pioneiro na tese do direito de ação como direito potestativo direcionado ao réu” (CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (I): a contribuição da prolusione de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.216, p. 57-70, fev. 2013. p. 66).

doutrina processual⁴⁰¹, ou, como diz Satta, da passagem da *procedura civile* ao *diritto processuale civile*⁴⁰². No entanto, isso não autoriza obscurecer a importância da doutrina de Chiovenda sobre a ação, inaugurada na referida *prolusione* e depois brevemente complementada nos *principii di diritto processuale civile*⁴⁰³ e nas suas *insituzioni*⁴⁰⁴. Cumpre, desse modo, analisá-la.

5.2.2 A teoria da ação como direito potestativo

Giuseppe Chiovenda na sua *prolusione* lida na Universidade de Bolonha, em 03 de fevereiro de 1903, definiu a ação como o direito de obrar correspondente ao particular para a defesa de um direito não satisfeito. Para ele, a ação, na sua essência, esquivava-se da relação existente entre a vontade do particular e a vontade coletiva manifestada na lei, sendo certo que a vontade do particular não está frente à vontade coletiva tão somente como uma condição de se concretizar, já que a vontade coletiva ainda que se faça fato concreto segue sendo, em relação à sua atuação, na maioria das vezes e no campo do direito privado, uma vontade condicionada. Entretanto, caso o

⁴⁰¹ Mesmo caminho tomado por Antônio do Passo Cabral quando este afirma que “cabe lembrar, porém, que o trecho da *prolusione* de Chiovenda referido por Satta, e que remonta à passagem da *procedura civile* ao *diritto processuale civile*, não foi precisamente lido em 1903 em Bolonha, até porque não consta do corpo do texto da *prolusione*, mas apenas das notas, mais exatamente da nota número 2. Aliás, é mesmo um dado curioso porque as notas da *prolusione* tenham ficado em grande parte esquecidas dos estudiosos, especialmente se foram incluídas depois da palestra. No que se refere à fase científico do direito processual italiano, talvez outras contribuições, como a polêmica entre o próprio Satta e Cristofolini tenham surtido mais impacto do que a *prolusione bolognese* de Chiovenda e, nesse ponto, pode-se questionar a real relevância da palestra de Bolonha neste cenário. O que pode ser questionado, e pode ter razão Cipriani no ponto, é a relevância da palestra de Chiovenda para a fundação da fase científica do processo italiano, principalmente porque outras polêmicas entre outros autores italianos foram mais profícuas para fixar a passagem do praximo para o processualismo científico” (CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (I): a contribuição da *prolusione* de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.216, p. 57-70, fev. 2013. pp. 67-68).

⁴⁰² Conclusão nesse sentido tomada por Satta e criticada por Cipriani. A respeito, ver SATTÀ, Salvatore. *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964, pp. 29-30. Ainda sobre o tema, com ampla referência à obra de Chiovenda, ver SATTÀ, Salvatore. *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*. *Rivista di diritto processuale civile*. Volume XIV – Parte I. Ano 1937, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937. Para uma análise do papel de Chiovenda na publicização do processo, ver RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011.

⁴⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: N. Jovene, 1923.

⁴⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil* (istituzioni di diritto processuale civile). 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948.

obrigado não se conforme com isso, mesmo que disso nasça uma injustiça, a remoção desta injustiça não se provê caso o titular do direito não o solicite, exceto se um interesse geral imediato autorize a obrar de ofício⁴⁰⁵.

Considerando que, no particular, existe um poder jurídico capaz de converter em incondicionada a vontade da lei a respeito de sua atuação, realizando a condição para a atuação da vontade da lei, Chiovenda afirma que este poder corresponde à ação, a qual, por sua natureza não pressupõe obrigatoriamente a existência de um direito subjetivo a defender, existindo sempre que a vontade do particular se encontre relacionada com a vontade coletiva⁴⁰⁶.

Chiovenda, ao analisar a doutrina de Wach, recorda que o direito à sentença favorável e, respectivamente, à execução, ao sequestro e aos demais atos similares de tutela jurídica, é identificado pela moderna doutrina germânica, liderada especialmente por Wach, como sendo “*direito à tutela jurídica*” (*Rechthsschutzsanspruch*), identificada como um dos seus fundamentos, apesar de tratar-se de uma mera reprodução do pensamento de Muther. Destaca que Wach, outrora assaz combatente da ideia de um direito subjetivo de acionar frente ao Estado, passou a defender um direito à tutela jurídica dirigida frente ao Estado para que ele confira a tutela e também frente ao adversário para que este suporte a tutela, sendo, deste modo, o objeto do processo constituído por uma relação jurídica privada, a respeito da sua existência ou não, mas não um direito subjetivo que almeje à atuação, sendo estas as chamadas ações de declaração de certeza positiva ou negativa, “*en las cuales se hace valer puramente el interés a la simple declaración de certeza de la existencia o no existencia de una relación jurídica, y no se pide la satisfacción de un derecho que de ella derive*”⁴⁰⁷. Tais fatores fizeram com que Wach afirmasse a independência do direito à tutela jurídica do direito subjetivo privado, não sendo este obrigatoriamente o pressuposto daquele, podendo falar-se, nesse contexto, da desnecessidade de um direito subjetivo

⁴⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 4-5.

⁴⁰⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 5.

⁴⁰⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 15. Tradução livre: “*nas quais prevalece puramente o interesse a simples declaração de certeza da existência ou não existência de uma relação jurídica, e não se pede a satisfação de um direito que dela deriva*”.

privado bastando tão somente uma declaração de certeza para servir de fundamento à tutela jurídica, a qual também deve corresponder ao demandado como meio de rechaçar demandas infundadas⁴⁰⁸.

Ressalta Chiovenda que, segundo lições de Wach, o que permite o direito de acionar é a ameaça ou a lesão de um direito, e não a simples existência de um direito. Em relação à tutela jurídica, destaca que Wach a concedeu como pertencente ao direito público, ao passo que ao direito processual lhe corresponderia como pressuposto, ou seja, o interesse jurídico em acionar. Como mérito fundamental de Wach, Giuseppe Chiovenda menciona a autonomia do direito de acionar, salvando a natureza do direito em sentido próprio da faculdade de acionar⁴⁰⁹.

Apesar de pertencer à teoria concreta do direito, a doutrina de Chiovenda diverge em alguns pontos com o que fora disseminado por Wach. Em relação à tentativa de buscar a natureza do direito de ação em sua direção frente ao Estado, acredita Chiovenda que Wach falhou⁴¹⁰. Na concepção de

⁴⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 14-15.

⁴⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 16-17.

⁴¹⁰ Para chegar a esta concepção de que Wach havia falhado em direcionar a ação frente ao Estado, Chiovenda observa que esse resultado devia chegar-se em virtude da direção dada a partir dos estudos de Windscheid. Razão pela qual, Chiovenda proclama que *“este resultado nos parece justo en cuanto afirma la necesidad de un concepto del derecho de acionar también en el derecho moderno; en cuanto este derecho se concibe, pues, como un derecho al acto de tutela frente al Estado, nosotros dudamos: 1. Si verdaderamente éste puede concebirse como un derecho subjetivo del individuo; y si puede contraponerlo, como un derecho individual, al derecho, correspondiente a todos los ciudadanos, a la sentencia. Es posible concebir el derecho a una sentencia que no sea favorable a una de las partes? También el derecho a la sentencia favorable a una parte no correspondería, pues solo a Estado contra su órgano? El derecho subjetivo del individuo no consistiría, pues, solo en el poder de proponer la demanda judicial? 2. Dado que pueda concebirse derecho a la tutela jurídica frente al Estado, existe este derecho antes del proceso? Puesto que el Estado no tiene obligación de proceder, y hasta no puede proceder, antes de la demanda, el derecho de acionar no debería por corrección de construcción concebirse exclusivamente como poder de constituirse el derecho a la tutela jurídica? Pero, sobre todo, dudamos que si el deber innegable del Estado de tutelar el derecho, sea aquello que tenemos inmediatamente presente cuando hablamos del derecho de acionar. Y si esta duda fué lícita respecto del Klagerecht alemán, la misma es todavía más natural frente a nuestra acción. Pensamos verdaderamente nosotros en un derecho frente al Estado, cuando hablamos de acción? Pensa o profano, ao levar a cabo uma lição, exercitar um direito frente ao Estado?”* (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 18-19). Tradução livre: *“este resultado nos parece justo en cuanto afirma a necessidade de um conceito de direito de acionar também no direito moderno; enquanto este direito se concebe, pois, como um direito ao ato de tutela frente ao Estado, nós mesmos duvidamos: 1) se verdaderamente este pode conceber-se como um direito subjetivo do indivíduo, e se pode contrapô-lo como um direito individual, ao direito, correspondente a todos os cidadãos, à sentença. É possível conceber o direito a uma sentença que não seja favorável a uma das*

Chiovenda a ação é *“un derecho contra el adversário, consistente en el poder de producir frente a este el efecto jurídico de la actuación de la ley”*⁴¹¹. Para chegar a esta conclusão, Chiovenda fulcra-se no fato de que, quando um cidadão vale-se dos meios que o ordenamento jurídico põe a sua disposição, pode, com um ato de sua vontade produzir determinados efeitos jurídicos frente ao cidadão, oportunidade em que se visualiza uma relação de poder entre *“ciudadano y ciudadano”*, razão pela qual Chiovenda defende que a ação é um *“poder frente ao adversario, más que contra al adversário”*⁴¹², demonstrando que a ação não opõe nenhuma obrigação, nenhum dever processual do adversário, tão somente a sua sujeição aos efeitos jurídicos que a ação tende pois, *“si la acción tutela un derecho subjetivo, la obligación de satisfacer el derecho subjetivo tutelado forma, como antes, el contenido de este”*; podendo também dar-se em certos casos ação sem direito subjetivo⁴¹³. Acrescenta que, à ação não corresponde nenhum dever processual do adversário, *“sino pura y simplemente su sujeción a los efectos jurídicos a los que la acción tende”*, os quais seriam derivados da verificação da condição para a atuação da lei, ou seja, são a atuação da lei⁴¹⁴.

Articula Chiovenda que os seguidores de Wach observam na expressão *“também contra o adversário”*, uma espécie de tolerância que surge em decorrência da necessária sujeição ao Estado e não como um dever frente ao

partes? Também o direito à sentença favorável a uma parte não corresponderia, pois, somente ao Estado contra seu órgão? O direito subjetivo do individuo não consistiria, pois, somente no poder de propor a demanda judicial? 2) Dado que possa conceber-se direito à tutela jurídica frente ao Estado, existe este direito antes do processo? Posto que o Estado não tem obrigação de proceder, e já não pode proceder, antes da demanda, o direito de acionar não deveria por correção de construção conceber-se exclusivamente como poder de constituir-se o direito à tutela jurídica? 3. Porém, sobretudo, duvidamos que se o dever inegável do Estado de tutelar o direito, seja aquele que temos imediatamente presente quando falamos do direito de acionar. E se esta dúvida fosse lícita a respeito o Klagerecht alemão, a mesma é, todavia, mais natural frente à nossa ação. Pensamentos verdadeiramente nós em um direito frente ao Estado, quando falamos de ação? Pensa o profano (leigo) ao levar a cabo uma litis, exercitar um direito frente ao Estado?”.

⁴¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 20. Tradução livre: *“direito contra o adversário, consistente no poder de produzir frente a este o efeito jurídico da atuação da lei”*.

⁴¹² CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 20.

⁴¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 21. Tradução livre: *“se a ação tutela um direito subjetivo, a obrigação de satisfazer o direito subjetivo tutelado forma, como antes, o conteúdo deste”*.

⁴¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 21. Tradução livre: *“senão pura e simplesmente sua sujeição aos efeitos jurídicos aos quais tende a ação”*.

adversário⁴¹⁵. Nesse contexto, Chiovenda assevera que a ação existirá sempre que a lei faça depender de uma vontade privada a própria atuação, não tendo, pois, “*nada que ver con el derecho subjetivo*”, uma vez que este não é uma parte sua, tampouco sua função, potência ou um direito que surge necessariamente da violação de um direito⁴¹⁶. Aduz Chiovenda que “*el derecho puede nacer directamente de la norma: la acción no, si la norma está condicionada en su actuación a una voluntad privada*”⁴¹⁷. Sendo que para que a ação seja satisfeita a vontade do adversário é inútil, impotente e pode até mesmo privá-lo do objeto, não satisfazendo-o. É com o exercício da ação que esta se esgota⁴¹⁸.

Chiovenda também discorda de Wach quando este afirma que o direito à tutela jurídica constitui o objeto do processo, pois “*el juez, al aplicar la ley, no pronuncia que el Estado deba querer en un determinado modo, sino que el Estado quiere*”⁴¹⁹. Para ele, o objeto do processo é a vontade concreta da lei da qual se pede a afirmação e a atuação, assim como o mesmo poder de pedir sua atuação, é dizer, a ação⁴²⁰. Adverte, desse modo, que não é o direito à

⁴¹⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 19.

⁴¹⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 21.

⁴¹⁷CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 21-22. Tradução livre: “o direito pode nascer diretamente da norma: a ação não, se a norma não está condicionada em sua atuação a uma vontade privada”.

⁴¹⁸CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 22.

⁴¹⁹CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 19. Tradução livre: “o juiz, ao aplicar a lei, não pronuncia que o Estado deva querer em um determinado modo, mas que o Estado quer”.

⁴²⁰CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1948. p. 51. Isso fica bastante claro na nota de rodapé da *prolusion*, em que Chiovenda afirma: “Eu não somente considero exata, mas como um dos fundamentos da moderna ciência processual a concepção objetiva da finalidade processual. A mesma permite chegar a um só conceito geral e fundamental de ação, que se adapta a todas as figuras que a nós parecem diversas entre si, por natureza e finalidade, enquanto também as designamos a todos instintivamente com o nome comum de ações. (...) O que mediante a atuação do direito objetivo se possa chegar à defesa de um direito subjetivo, se entende, não sendo este mais que um poder derivado daquele; porém a sentença de rechaço não tutela na realidade nenhum direito subjetivo do demandado, senão se quer recorrer àquela vaga e indeterminada figura que alguns definem como direito à integridade da própria esfera jurídica. Porém também quando a sentença acolhe uma demanda, isto não é mais que a consequência da constatação de uma norma e da comprovada conformidade da demanda a ela: o processo serve, desde logo, a quem pede o justo, enquanto pede o justo; porém o que o processo se propõe é a tutela do justo. (...) A subordinação desta atividade à instância da parte não excluiu nem diminui o interesse próprio do Estado, no processo civil iniciado, a tutela e a melhor possível tutela do direito objetivo: isso pode dizer-se que é, por sua mesma natureza o interesse predominante no processo civil, ainda quando condicionado também em

tutela jurídica frente ao Estado “*pacíficamente satisfecho por éste mediante el ordenamiento judicial y en particular mediante la distribución de la jurisdicción em vários grados, la potencia que nosotros sentimos animar el proceso civil*”⁴²¹.

Após afirmar que a ação pode ou não estar coordenada à satisfação de um direito subjetivo, Chiovenda passa a expor casos em que o poder de pedir a atuação da lei surge ligado a um simples interesse, por conseguinte, como um direito por si mesmo, independente de qualquer outro direito. Merece destaque a ideia que a ação também corresponde ao demandado, desde o momento em que é proposta contra ele uma demanda infundada, hipótese em que ao demandado há apenas o interesse a uma declaração negativa da certeza de uma relação jurídica que fora afirmada pelo autor; ressalta Chiovenda que as ações de declaração de certeza positiva seguem do mesmo modo, distanciando-as tanto dos juízos preventivos como dos abolidos juízos de jactância; ilustrando que quando um cidadão pede que se declare acerca de uma relação jurídica, a certeza da sua existência sem que almeje outros efeitos jurídicos senão os decorrentes da simples declaração de certeza, não alega nenhum direito subjetivo frente ao adversário, mas o mesmo direito de ação coordenado a um interesse de declaração de certeza, sendo certo que todas as tentativas de dar outro conteúdo a este direito são vãs, uma vez que a declaração judicial a que se tende não é uma prestação que se possa pretender do demandado, fator este que é mais aparente nos casos em que a ação é coordenada a um interesse de declaração negativa de certeza⁴²².

Menciona o jurista italiano que a sentença se traduz na vontade da lei declarada certa no caso singular, sendo concebível como *lex specialis*. Adverte que a sentença também é uma vontade condicionada, ao que tange sua atuação, a um ato de vontade do particular, sendo que o direito de emitir este

seu desenvolvimento a determinados impulsos de interesse privado, dos quais às vezes se emancipa e se procede por sua conta. A importância prática destas diversas concepções se manifesta também na formação de duas correntes na consideração dos fenômenos processuais, em particular da relação entre os poderes do juiz e a vontade das partes” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 50-52).

⁴²¹CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 19. Tradução livre: “*pacíficamente satisfecho por este mediante o ordenamento judicial e em particular mediante a distribuição da jurisdição em vários graus, a potência que nós mesmos sentimos animar o processo civil*”.

⁴²²CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 23-24.

ato, também visto como o poder jurídico de tornar incondicionada a vontade declarada certa na sentença a respeito da sua atuação: é um direito novo que nasce com a sentença e não pode existir antes desta, que se pode designar como *actio iudicati*⁴²³.

Sustenta Chiovenda que *“la acción como un poder independiente de cualquier obligación del adversário, se aclara, si no estamos equivocados, también el problema de las relaciones de la actio iudicati y de la acción”*⁴²⁴. Dando continuidade, alega que, na verdade, o que nasce da sentença não é uma obrigação nova dirigida ao condenado, mas *“un nuevo poder del vencedor, que no es ni una novación de la acción, ni una fracción del poder anterior a la sentencia, con esta efectivamente consumada”*⁴²⁵. Se houve a consumação da relação entre a vontade do particular e a vontade da lei, surge uma nova relação entre a vontade do particular e a declaração de vontade contida na sentença⁴²⁶.

Ao adentrar no tema da autonomia do processo civil e seus pressupostos, leciona Chiovenda que o Estado, ainda que de modo abstrato, possui o direito de manter a ordem em todas as situações, de modo que imponha o seu respeito tanto aos particulares como aos seus próprios órgãos, e, caso necessário, estabelecer limitações, por considerações de utilidade social, subordinando o seu direito à vontade do particular. Aduz que a iniciativa do particular, ou seja, o direito de realizar a condição para a atuação da vontade do Estado é o que se chama ação, devendo esta ser exercida através

⁴²³CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 25.

⁴²⁴CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 25. Tradução livre: *“a ação como um poder independente de qualquer obrigação do adversário, se explica, se não estamos equivocados, também o problema das relações da actio iudicati e da ação”*.

⁴²⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 25. Tradução livre: *“um novo poder do vencedor, que não é nem uma novação da ação, nem uma fração do poder anterior à sentença, com esta efetivamente consumada”*.

⁴²⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 25-26. Em suas Instituições de Direito Processual Civil, Chiovenda sustenta que a independência e a autonomia da ação são mais palpáveis nos casos em que a *“la acción o tende hacia un bien que no puede ser prestado por ningún obligado, sino que sólo puede conseguirse en el proceso, o tiende hacia un bien, sin que haya o sin que se sepa si hay derecho subjetivo alguno en aquel que tiene la acción”* (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1948. p. 27). Tradução livre: *“a ação ou tende por um bem que não pode ser prestado por nenhum obrigado, mas que somente pode conseguir-se no processo, ou tende por um bem, sem que haja ou sem que se sabe se tem direito subjetivo algum aquele que tem a ação”*.

de um ato de vontade que se manifesta na demanda judicial⁴²⁷. Concluiu Chiovenda que deverá haver uma comunicação tanto ao Estado como ao adversário para que “este acto de voluntad verifique la condición para la actuación del derecho objetivo” em conformidade com as regras de competência e capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, bem como à representação das partes e às formas de comunicação, podendo restar pendente, em alguns casos, como, por exemplo, nas hipóteses em que seja necessário a prestação de caução⁴²⁸.

Discorrendo sobre os pressupostos da relação jurídica processual, também denominados pressupostos processuais, Chiovenda menciona que “las condiciones formales para que nazca la obligación del juez de pronunciar en cuanto al médio, y quizá la misma demanda judicial, pueden en conjunto designarse como presupuestos de la relación jurídica procesal, o, más simplemente, como presupuestos procesales”⁴²⁹. Nas suas Instituições de Direito Processual Civil, Chiovenda aborda a temática acrescentando o fato de que os pressupostos processuais são as condições para que se consiga um pronunciamento qualquer, “favorable o desfavorable”, sobre a demanda⁴³⁰.

⁴²⁷CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 26.

⁴²⁸CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 26-27. Tradução livre: “este ato de vontade verifique a condição para a atuação do direito objetivo”.

⁴²⁹CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 27-28 Tradução livre: “as condições formais para que nasça a obrigação do juiz de pronunciar quanto ao meio, e quiça à própria demanda judicial, podem em conjunto designar-se como pressupostos da relação jurídica processual, ou mais simplesmente, como pressupostos processuais”.

⁴³⁰ Assinala Chiovenda ainda que “para que se pueda tener una sentencia sobre la demanda, sea en un sentido o en outro, es necesario que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción; es necesario que este órgano sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla; es necesario que las partes tengan la capacidad de ser parte y la capacidad procesal”, bem como ressalta que “negando la existencia de los presupuestos procesales no se niega de la acción, que permanece imprejuizada. Se niega que acción, en las hipótesis de que exista, pueda hacerse valer en este proceso; pero no se niega que pueda hacerse valer a continuación en el mismo o en otro proceso. La sentencia, pues, que pronuncia sólo sobre los presupuestos procesales, es decir, que declara que no se puede resolver sobre la demanda o que absuelve de la prosecución del juicio, no es favorable ni al actor, ni al demandado; no concede ni niega ningún bien; por esto veremos que no debe contener, por regla general, condena en costas y que no produce cosa juzgada material” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. p. 69). Tradução livre: “para que se possa ter uma sentença sobre a demanda, seja em um sentido ou em outro, é necessário que exista um órgão estatal regularmente investido de jurisdição; é necessário que este órgão seja objetivamente competente na causa determinada e subjetivamente capaz de julgá-la; é necessário que as partes tenham a capacidade de ser parte e a capacidade processual”, bem como ressalta que “negando a existência dos pressupostos processuais

Além disso, nas suas instituições, Chiovenda acrescenta, ao lado da categoria dos pressupostos processuais, a das condições da ação. Tratam-se, segundo o professor italiano, das *“condiciones necesarias para que el juez tenga que declarar existente y actuar la voluntad concreta de ley invocada por el actor, es decir, las condiciones necesarias para obtener una resolución favorable”*⁴³¹. Tais condições, a despeito de variarem de acordo com a natureza da resolução, normalmente seriam *“la existencia de una voluntad de ley que garantisse a alguien un bien, obligando el demandado a una prestación”*, a qualidade, ou seja, *“la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona del demandado con la persona obligada”* e, por fim, *“el interés en conseguir el bien por medio de los órganos públicos”*⁴³².

Ilustra que o juiz, quando diante de uma demanda fundada, obrigatoriamente, deve acolhê-la, atuando de acordo com o direito objetivo de cuja atuação da ação era condição; já, quando o juiz estiver diante de uma demanda infundada, sendo esta por si só um ato lesivo ao ordenamento jurídico, resta compelido ao dever de ofício de atuar o direito objetivo rechaçando a dita demanda, mesmo que sem instância do demandado⁴³³.

Partindo do raciocínio de que a ação tida como um direito possui um poder jurídico como seu conteúdo e não um dever alheio, não sendo, pois, uma figura isolada no sistema dos direitos, Chiovenda assegura que a ação deve reconduzir-se sob uma categoria *“que en estos últimos años há sido estudiada*

não se nega a ação, que permanece incondicionada. Se nega que a ação, nas hipóteses de que exista, possa fazer valer neste processo; porém não se nega que possa fazer valer a continuação no mesmo ou em outro processo. A sentença, pois, que pronuncia sobre os pressupostos processuais, vale dizer, que declara que não se pode resolver sobre a demanda ou que absolve da prosequção do juízo, não é favorável nem a autor, nem ao demandado; não concede nem nega nenhum bem; por isso veremos que não deve conter, por regra geral, condenação em custas e que não produz coisa julgada material”.

⁴³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. p. 68. Tradução livre: *“condições necessárias para que o juiz tenha que declarar existente e atuar a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter uma resolução favorável”.*

⁴³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. p. 68. Tradução livre: *“a existencia de uma vontade da lei que garantisse a alguém um bem, obrigando o demandado a uma prestação”, a qualidade, ou seja, “a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do demandado com a pessoa obrigada”, e, por fim, “o interesse em conseguir o bem por meio dos órgãos públicos”.*

⁴³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 28.

bajo el nombre del ‘derechos del poder jurídico’⁴³⁴ e que, preferiria chamar de “derechos facultativos, si este nombre por sí equívoco (dado el sentido que tal adjetivo tiene en nuestro uso común) no indujese también a confundirlos con una categoría de la doctrina italiana y francesa a la que se conecta solo en parte”⁴³⁵, razão pela qual, com o intuito de alcançar maior exatidão, passou a designar “derechos potestativos”⁴³⁶, repousando, pois, no fato de que “se agotan en una facultad o mejor en una ‘potestad’”⁴³⁷.

De acordo com Chiovenda a categoria dos direitos potestativos teria se aclarado melhor quando, de um lado, Bekker, utilizando-se da expressão “direitos negativos” classifica todos os direitos que visam a eliminar os efeitos de outros direitos, e, de outro, Enneccerus, a partir da expressão “faculdade de adquirir” classifica, por sua vez, todos os direitos que objetivam a aquisição da propriedade ou de outros direitos reais ou de um patrimônio. Foi, no entanto, com Zitelmann, em seu Tratado de direito internacional privado, e com Hellwig,

⁴³⁴ Tradução livre: “que nos últimos anos tem sido estudada sobre o nome de ‘direitos do poder jurídico’”.

⁴³⁵ Tradução livre: “direitos facultativos, se este nome por si equívoco (dado o sentido que tal adjetivo têm em nosso uso comum) não induzisse também à confundi-los com uma categoria da doutrina italiana e francesa a que se conecta somente em parte”.

⁴³⁶ Chiovenda, após afirmar que os direitos potestativos gravitam tanto na esfera do direito privado como no campo do direito público, passa a exemplificá-los: direitos de impugnar atos jurídicos diversos, contratos, testamentos, matrimônio, reconhecimento de filhos, acordos de assembleias, concessões de patentes, sentenças, atos executivos; o direito de impugnar a qualidade hereditária de um indigno; o direito à separação pessoal; a separação do dote; a rescisão por lesão; a denuncia de um contrato; a revogação de um mandato; a revogação de uma doação; o direito à divisão; a dissolução de uma sociedade; a fixação dos termos; o direito de aceitar ou renunciar uma herança; o *ius praelationis*; o direito de resgate; o direito à concessão de uma servidão de aqueoduto ou de passagem forçada e, agora, das conduções elétricas; o direito de expropriar por utilidade pública; o direito à retrocessão dos restos de terrenos expropriados, e muitos mais (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 30-31). Conforme Ovídio Baptista da Silva, “os direitos potestativos são poderes que o respectivo titular tem de *formar derechos*, mediante a simples realização de um ato voluntário e sem que se exija do obrigado o cumprimento de uma prestação correspondente. Ao contrário das demais espécies de direitos subjetivos, nos denominados *potestativos*, ou *formativos*, o obrigado, em vez de prestar, satisfazendo a obrigação, apenas submete-se à vontade do titular do direito. estão nessa classe, por exemplo, o direito que o contratante tem de pôr fim ao contrato, exercendo o direito de renunciá-lo; ou a faculdade que o titular do direito de preferência tem de torná-lo efetivo pelo simples exercício da preferência” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 82). Sobre o tema, ainda na doutrina nacional, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. Efetividade da sentença constitutiva. *Tempestividade e Efetividade Processual*: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. Org. Geraldo Cordeiro Jobim, Marco Félix Jobim, Denise Estrela Tellini. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2010. pp. 131-151.

⁴³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 29. Tradução livre: “se esgotam em uma faculdade ou melhor em um ‘poder’”.

em seu Manual de direito processual, que houve a fusão dessas duas classes em um estudo mais completo dos direitos potestativos⁴³⁸.

Os direitos potestativos dizem respeito “*a un poder del titular del derecho, de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso*” frente a uma ou várias pessoas que ficam assujeitadas e “*que no está obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente sujetas, de manera que no pueden sustrarse a él, al efecto jurídico producido*”⁴³⁹. O mais importante de tal figura jurídica seria, pois, “*la sujeción de las personas frente a las que el poder corresponde*” ou seja, “*la sujeción de su voluntad, en cuanto no puede querer que el efecto no se produzca*”⁴⁴⁰. Em relação à prescrição de tais direitos, Chiovenda afirma, por sua vez, que os direitos potestivos poderão ser prescritíveis ou imprescritíveis “*según los principios que gobiernan la prescripción*”⁴⁴¹.

Acerca da natureza dos direitos potestativos, Chiovenda defende que “*no son ni reales ni personales, por tratar-se de derechos que no suponen ni un señorío sobre la cosa, ni un comportamiento ajeno*”⁴⁴². Os direitos

⁴³⁸CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.30.

⁴³⁹CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.31. Tradução livre: “*a um poder do titular do direito, de produzir mediante uma manifestação de vontade, um efeito jurídico no qual tem interesse, ou a cessação de um estado jurídico desvantajoso*” frente a uma ou várias pessoas que ficam assujeitadas e “*que não estão obrigadas a nenhuma prestação a respeito dele, mas que estão somente sujeitas, de maneira que não podem subtrair-se a ele, ao efeito jurídico produzido*”.

⁴⁴⁰CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp.31-32. Tradução livre: “*o lado praticamente importantes destas figuras jurídicas, é a sujeição das pessoas frente às que o poder corresponde*”, ou seja, “*a sujeição de sua vontade, enquanto não poder querer que o efeito não se produza*”.

⁴⁴¹CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.38. Tradução livre: “*segundo os princípios que governam a prescrição*”.

⁴⁴²CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 33-34. Tradução livre: “*não são nem reais, nem pessoais, por tratar-se de direitos que não supõem nem um domínio sobre a coisa, nem um comportamento alheio*”. Nas suas Instituições de direito processual civil, aduz o ilustre professor, em relação aos direitos reais e pessoais, que “*tradicionalmente se suele oponer un grupo importante de derechos absolutos, que se llaman reales, a los derechos que nacen de las obligaciones, que se llaman personales. La distinción que sirve de base a algunas disposiciones de nuestras leyes procesuales (Código Procesal civil, arts. 90 a 93; arts. 198 y 200; art. 70; ley sobre las conciliaciones de 16 de junio de 1892, núm. 261, art. 10) está íntimamente ligada a la distinción romana entre acciones in rem e in personam. (...) Según recientes estudios, los derechos y las acciones in rem, en el derecho clásico, comprendían todos los derechos nacidos de cualquier modo por cualquier obligación (ius aliquod), si bien Gayo, al poner ejemplos, no enumere sino derechos de una determinada categoría; y en el concepto de actio in personam entraban sólo algunas formas de obligación, en las cuales el deudor, por un hecho propio (contrato o delito), venía a ponerse en una condición de sometimiento respecto*”.

potestativos favorecem aos direitos em que se negavam por alguns a qualidade de reais e por outros de a qualidade de pessoais, pois juntamente com essa negativa, negavam-lhes também a própria natureza de direitos, sendo possível compreendê-los nesta classe, como, por exemplo, o tão discutido direito de expropriação⁴⁴³.

Nessa senda, Chiovenda entende que a ação é *“un derecho potestativo, y hasta puede decirse que el derecho potestativo por excelencia”*⁴⁴⁴. Na esfera dos direitos potestativos, encontram-se tanto os direitos que objetivam a produção de um estado jurídico novo, como aqueles que visam corresponder o estado de fato, em sentido mais ou menos amplo, ao estado de direito, ou seja, as ações de declaração de mera certeza, de condenação e a ação executiva⁴⁴⁵.

Verifica-se que Chiovenda distingue os direitos potestativos que se exercitam mediante uma simples declaração de vontade (*“como la revocación de un mandato, la denuncia de un contrato, el desistimiento de un contrato”*⁴⁴⁶), dos direitos que se exercitam obrigatoriamente através da ação (*“como el*

al acreedor (obligaciones). Pero la distinción de derechos reales y personales, tal como ha pasado a la doctrina moderna, tiene outro sentido bien distinto. Se entiende por derechos reales aquellos derechos absolutos que nos garantizam, ya el goce completo de una cosa exterior (propiedad), comprendida la facultad de disponer de la cosa ya el goce limitado de una cosa exterior cuya propiedad es de otro (derechos sobre cosa ajena). Se suele decir que en los derechos reales domina una relación entre persona y cosa, y que las otras personas entran en juego sólo en cuanto pueden perturbar aquella relación [...]. Los derechos personales, por el contrario, nacen en una relación que corre, desde su origen, entre dos o más personas determinadas, una o varias, de las cuales unas están (por contrato, por hecho ilícito, por cuasi contrato, por testamento, por ley) obligadas a una prestación hacia otra u otras. Pero también el goce de una cosa puede formar el contenido de un derecho personal” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1948. pp. 10-12).

⁴⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 33-34.

⁴⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 35. Tradução livre: *“um direito potestativo, e ainda pode dizer-se que o direito potestativo por excelência”*.

⁴⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 35-36. Denota-se que Giuseppe Chiovenda na nota 66 da sua prolusione de Bolonha, afirma que a diferença prática entre a declaração de mera certeza e a condenação é que está *“en que de la simple declaración de certeza jamás puede derivar ejecución forzada, sino acción (actio iudicati) para una ulterior sentencia de condena. Esto no debe expresarse diciendo que sentencia de condena es la sentencia madura para la ejecución”* (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.126). Tradução livre: *“em que da simples declaração de certeza jamais pode derivar execução forçada, mas ação (actio iudicati) para uma ulterior sentença de condenação. Isto não deve expressar-se dizendo que sentença de condenação é a sentença madura para a execução”*.

⁴⁴⁶ Tradução livre: *“como a revogação de um mandato, a denúncia de um contrato, ou a desistência de um contrato”*.

*derecho a la separación personal, a la separación de la dote, a la división, a la declaración de indignidad*⁴⁴⁷). Para o nobre jurista, os direitos potestativos que se exercitam mediante uma simples declaração de vontade “*no pueden dar lugar más que a simples acciones de declaración de certeza, para la declaración de la existencia del derecho, de su correcto ejercicio, y de la ocurrida producción de los efectos jurídicos*”⁴⁴⁸; já em relação aos direitos potestativos que necessariamente devem exercitar-se mediante a ação, tem-se que são tutelados por ações que visam a sua atuação mediante a sentença, sendo certo que nesse caso, os efeitos jurídicos nascem geralmente com a sentença mesmo que uma norma especial possa retroagi-los à demanda: “*aquí suele hablarse de sentencias constitutivas; pero también en este caso el derecho y la acción sono distintos, y la sentencia no hace más que actuar derechos preexistentes, y asume carácter productivo solo de naturaleza del derecho que actúa*”⁴⁴⁹.

Na conclusão de sua *prolusione*, Chiovenda busca destacar que, ao levar a ação, na medida em que se coordena com uma utilidade privada, para o campo do direito privado, não quer negar a importância do processo como instituto de direito público, como o desenvolvimento de uma relação de direito público, ao menos entre o juiz e o Estado. Porém, enfatiza que o processo não é somente uma relação de direito público. Todo ato do processo se apresenta, o primeiro e o último, como exercício ou atuação de um direito privado, pressuposto o cumprimento de um dever do juiz, e condição de sujeição jurídica de uma parte ou das partes. E nisso se veria “*caer las barreras pacientemente edificadas por la doctrina entre el derecho privado y el público*”⁴⁵⁰. Nisso, atribuir ao processo um direito (público e privado) mais que o outro, é diminuí-lo. Um viu o processo vivendo de crédito porque pede

⁴⁴⁷ Tradução livre: “*como o direito à separação pessoal, a separação do dote, a divisão, a declaração de indignidade*”.

⁴⁴⁸ Tradução livre: “*não podem dar lugar mais que a simples ações de declaração de certeza, para a declaração da existência do direito, de seu correto exercício, e da ocorrida produção dos efeitos jurídicos*”.

⁴⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 37. Tradução livre: “*aquí se costuma falar das sentenças constitutivas; porém também neste caso o direito e a ação são distintos, e a sentença não faz mais que atuar direitos preexistentes, e assume caráter produtivo somente da natureza do direito que atua*”.

⁴⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 40. Tradução livre: “*cair as barreiras pacientemente edificadas pela doutrina entre o direito privado e o público*”.

emprestado ao direito privado a ação, ao direito público. A verdade é que vivendo de crédito o processo civil se faz enriquecimento extraordinariamente e tem um patrimônio autônomo. Outro disse que os direitos não são mais que ações. A verdade é que no processo o direito se manifesta na totalidade de seus aspectos e de suas relações.

Uma melhor compreensão da *prolusion* de Chiovenda pode ser extraída de seus textos posteriores. Assim, nas suas Instituições de Direito Processual Civil, procura deixar claro que as duas bases fundamentais do seu sistema seria o conceito de ação, ou seja, o poder jurídico autônomo de realizar, através dos órgãos jurisdicionais, a atuação da lei em favor próprio, e o conceito da relação jurídico-processual, “*o sea de aquella relación jurídica que nace entre las partes y los órganos jurisdiccionales en virtud de la demanda judicial, independientemente de ser ésta fundada o no*”⁴⁵¹.

5.2.3 Conclusões sobre a teoria da ação de Chiovenda

Para Chiovenda, a ação é “*el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley*”⁴⁵². Esse *poder jurídico*, para Chiovenda, nada mais é que um *direito potestativo*, ou seja, *o poder do titular do direito de produzir, mediante uma manifestação de vontade, um efeito jurídico no qual tem interesse, ou fazer cessar uma situação desvantajosa*⁴⁵³, que é direcionado em face do *adversário*⁴⁵⁴, o qual não está, pois, obrigado a nenhuma prestação, mas sujeito aos efeitos jurídicos da ação⁴⁵⁵. A produção destes efeitos jurídicos deriva da verificação da *condição para a atuação da lei*, ou seja, *do direito objetivo* ou, como também refere Chiovenda, *da vontade do Estado*, não estando, pois, subordinada à existência do direito subjetivo⁴⁵⁶, e

⁴⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1948. p. XVII.

⁴⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 5. Tradução livre: “*o poder jurídico de realizar a condição para a atuação da vontade da lei*”.

⁴⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 31.

⁴⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 20. Conforme Chiovenda, “*para la satisfacción de la acción la voluntad del adversario es inútil, y hasta impotente* (Idem. Ibidem, p. 22). Tradução livre: “*para a satisfação da ação a vontade do adversário é inútil e impotente*”.

⁴⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p. 21.

⁴⁵⁶ Afirma Chiovenda que “*la acción, por su naturaleza, no presupone necesariamente un derecho subjetivo a defender, como en el caso antes imaginado, sino que existe siempre que*

*pressupõe que o ato de vontade do particular seja comunicado ao Estado e ao adversário, segundo determinadas regras referentes à competência, e capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, da representação das partes e das formas de comunicação (pressupostos processuais), os quais, estando presentes, determinam a obrigação do juiz frente ao Estado*⁴⁵⁷, de pronunciar-se quanto ao mérito: a demanda fundada engendra ao juiz a obrigação de acolhê-la, pois atuando em conformidade com a petição o direito objetivo de cuja atuação era condição; a demanda infundada é, por si só, ato lesivo ao ordenamento jurídico, de modo que engendra ao juiz o dever de ofício de atuar o direito objetivo rechaçando-a, mesmo sem pedido do demandado, o que, todavia, não exclui o direito de ação deste, nascido com a proposição de uma demanda infundada⁴⁵⁸.

A teoria de Chiovenda tem o mérito de, em certo aspecto, desvincular a ação do próprio direito subjetivo, na medida em que afirma se tratar de outro direito, que dele não é sequer derivado. Nada que, no entanto, já não tivesse sido percebido por Wach⁴⁵⁹, com sua pretensão à proteção jurídica, conforme

la voluntad del particular se encuentre en dicha relación con la voluntad colectiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. Bogotá: Temis, 1986. p. 5). Em outra passagem, diz que “la acción así entendida existe siempre que la ley hace depender de una voluntad privada la propia actuación; y no tiene nada que ver con el derecho subjetivo, no es una parte suya, no es una función suya, no es una potencia suya, ni un derecho que surge necesariamente de la violación de un derecho” (CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. Bogotá: Temis, 1986. p. 21). Tradução livre: “a ação assim entendida existe sempre que a lei faça depender de uma vontade privada a própria atuação; e não tem nada a ver com o direito subjetivo, não é uma parte sua, não é uma função sua, não é uma potencia sua, nem um direito que surge necessariamente da violação de um direito”.

⁴⁵⁷ Nas palavras de Chiovenda, “esta obligación del juez de pronunciar en cuanto al mérito, es el lado prácticamente importante de la construcción del proceso como relación jurídica; y puesto que esta obligación existe ciertamente frente ao Estado, es quizá ocioso discutir si existe también frente a las partes, y si existe, por consiguiente, una relación jurídica entre las partes y el juez” (CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. Bogotá: Temis, 1986. p. 27). Tradução livre: “esta obrigação do juiz de pronunciar-se quanto ao mérito, é o lado praticamente importante da construção do processo como relação jurídica; e posto que a esta obrigação existe certamente frente ao Estado, é quiça ocioso discutir se existe também frente às partes, e se existe, por consiguiente, uma relação jurídica entre as partes e o juiz”.

⁴⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. Bogotá: Temis, 1986. p. 28.

⁴⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83. Em sentido similar, Araken de Assis afirma que a crítica que Chiovenda “submete à obra de Wach, repudiando-lhe as premissas, em princípio, importaria um rompimento radical, o que, entretanto, não se confirma de uma análise rigorosa da sua própria tese” (ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60). Na mesma linha, Fábio Gomes assevera que “a inclusão de Chiovenda dentre os adeptos da Teoria Concreta é, segundo Fábio Gomes, indeclinável,

adverte Ovídio A. Baptista da Silva. O artificialismo da construção de Chiovenda, ao separar o direito objetivo do direito subjetivo e, com isso, tentar desvincular a ação à existência do direito atesta, no entanto, contra a sua própria tese. Afinal, como bem notou Araken de Assis, a existência da vontade concreta da lei equivale à existência do próprio direito subjetivo, de modo que o direito de ação somente existiria para o titular do direito material⁴⁶⁰. Assim, “*como, pois, considerá-lo um direito autônomo e distinto daquele? Para fruir dessa condição precisaria o direito de ação ter outro qualquer fundamento, que não a efetiva existência do interesse protegido pela Lei*”⁴⁶¹. Não é por menos que a teoria de Chiovenda, normalmente é classificada como expressão da teoria concreta⁴⁶².

Para Taruffo, a passagem em que Chiovenda afirma que a ação não pressupõe necessariamente um direito subjetivo, existindo, portanto, “*ogni qual volta la volontà del privato si trovi nel detto rapporto com la volontà coletiva*”⁴⁶³, é um dos pontos mais obscuros do discurso chiovendiano, o qual não deixa claro no que consistiria aquela relação⁴⁶⁴. Acrescenta, nessa linha, que o distanciamento da ação do direito substancial, que para muitos seria considerado o ponto chave da construção de Chiovenda e o seu maior contributo para a teoria do processo, não aparece formulado em termos claríssimos, até porque, mesmo afirmando em alguns lugares do texto que

não obstante sua divergência com Wach relativamente ao sujeito passivo da relação processual, e, por via de consequência, também quanto à natureza do direito de ação; enquanto para este era de natureza pública, Chiovenda sustentava que tanto poderia ser de natureza pública quanto privada, pois dependeria do interesse que a moveria. Mas para ambos o principal elemento da ação, ou seja, a causa, era idêntico” (GOMES, Fábio Luiz. *Carência de ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 33).

⁴⁶⁰ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

⁴⁶¹ ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação – direito de demanda*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943. p. 95.

⁴⁶² Conforme Liebman, em Chiovenda, “*l’azione è condizionata tra l’altro all’esistenza della volontà della legge di cui si domanda l’attuazione, essa spetta cioè soltanto all’attore che há ragione e perciò ha diritto ad ottenere una sentenza favorevole (e in ciò consiste il suo carattere concreto)*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L’azione nella teoria del processo civile. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. pp. 51-52). Tradução livre: “*a ação é condicionada entre outras coisas à existência da vontade de lei da qual se demanda a atuação, que é conferida somente ao autor que tem razão e, por isso, tem direito a obter uma sentença favorável (e nisso consiste o seu caráter concreto)*”.

⁴⁶³ Tradução livre: “*toda vez que a vontade do particular se encontre em relação com a vontade coletiva*”.

⁴⁶⁴ TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1142.

ação é uma figura jurídica autônoma, necessariamente coordenada a um interesse, mas não necessariamente coordenada a outro direito, Chiovenda, ao criticar a teoria abstrata da ação, afirma, peremptoriamente, que não há um direito de agir independente de um efetivo direito privado ou de um interesse a uma sentença favorável, o que, segundo o notável professor de Pavia, “*non pare una definizione soddisfacente dei rapporti che si suppongono intercorrere tra azione, interesse e diritto sostanziale*”⁴⁶⁵.

Disso tudo resulta que Chiovenda não consegue explicar a sentença improcedente, na medida em que, em sendo reconhecida a inexistência do direito subjetivo, automaticamente admitir-se-ia que o autor não tinha “ação”: “*neste caso, o juiz teria prestado jurisdição, outorgando tutela jurídica através de sentença de mérito, sem, todavia, proteger o direito subjetivo de quem exercera a ‘ação’*”⁴⁶⁶. No caso, volta-se, consoante Araken de Assis, à “*solução absurda de contornar o obstáculo respondendo que, na demanda improcedente, o réu exerceu a ação, embora tenha, por definição, tolerado seus efeitos*”, não sendo, a respeito, demais perguntar “*a quais efeitos o autor se submeteu antes da improcedência, competindo a ação, desde o início, ao réu?*”⁴⁶⁷.

Por outro lado, ao endereçar a ação em face do réu, e não contra o Estado, Chiovenda incorre em “*un retroceso en la teoría de la acción, porque se recuerda que a partir de Bülow comenzó a determinar la acción como un derecho público y las relaciones procesales y los lazos con el Estado*”⁴⁶⁸. Isso sem contar na concepção de relação jurídica processual esboçada na *prolusione*, totalmente insatisfatória ao reconhecer um dever do juiz em face do Estado, obscurecendo da dita relação a existência de direitos e deveres às partes. A matéria, no entanto, recebe outro tratamento na *Instituições*, quando

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1143. Tradução livre: “*não parece uma definição satisfatória das relações que se supõem intercorrentes entre ação, interesse e direito substancial*”.

⁴⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 84.

⁴⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

⁴⁶⁸ ARCILA, Carlos Ramírez. *Teoría de la acción*. Bogota: Editorial TEMIS, 1969. p. 91. Tradução livre: “*um retrocesso dentro da teoria da ação, pois recorda-se que a partir de Bülow se começou a determinar a ação como um direito público, e a relação processual como vinculação com o Estado*”.

Chiovenda expressamente admite que *“durante el proceso ambas partes tienen derecho al pronunciamiento y el juez está obligado, con respecto a ambas partes, a darle”*⁴⁶⁹.

Ainda, assim, chega a ser contraditória a noção que a ação não seja direcionada contra o Estado, e somente em face do réu, como quer Chiovenda. Ora, se o que se pede, na visão de Chiovenda, é a atuação da vontade da lei, e se cabe o próprio Estado atuar a vontade da lei, e no seu órgão juiz declarar essa vontade *“como negar que esse poder de agir é um poder contra o Estado?”*⁴⁷⁰

Nessa mesma linha, também em tom de crítica, cabe lembrar que a concepção do objeto do processo, exclusivamente, como atuação da vontade da lei, sem importar, pois, a tutela de direitos subjetivos das partes, não é bem aceita por parcela significativa da doutrina. Por um lado, afirma-se que *“não haveria qualquer interesse autônomo do Estado à reafirmação das normas jurídicas privadas, à atuação das vontades concretas que nelas se achem contidas”*⁴⁷¹, de modo que, sendo o Estado devedor de jurisdição em face da proibição da justiça privada, *“há de necessariamente ter os meios jurídicos necessários para a poder conceder com eficácia”*⁴⁷². De outro, a noção de *atuação da vontade* seria caudatária de um componente ideológico complexo que resumiria a ideia de jurisdição meramente declaratória⁴⁷³.

⁴⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1948. p. 58. Tradução livre: *“durante o processo ambas as partes têm direito ao pronunciamiento, e o juiz está obrigado, com respeito a ambas as partes, a dá-lo”*.

⁴⁷⁰ ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação – direito de demanda*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943. p. 96.

⁴⁷¹ CASTRO MENDES, João de. *O direito de ação judicial*. Lisboa: 1959. p. 77.

⁴⁷² CASTRO MENDES, João de. *O direito de ação judicial*. Lisboa: 1959. p. 78.

⁴⁷³ Nesse sentido, a advertência de Ovídio Baptista da Silva, “Temos observado, em inúmeras oportunidades, que os pressupostos de que a lei tenha ‘uma’ vontade, tem componente ideológico complexo, derivado, pelo menos de duas premissas, ambas constitutivas dos sistemas processuais modernos: a) doutrina da ‘separação de poderes’, oriunda da Revolução Francesa, que imaginava que a lei - concebida por um legislador iluminado – pudesse ter sentido *unívoco*, sendo dispensável interpretá-la. A missão do julgador deveria ficar limitada apenas a revelar-lhe o sentido, *declarando* essa suposta vontade; b) além dessa doutrina, que ainda nos domina, a ideia de que a lei tenha ‘uma’ vontade, prende-se também ao *racionalismo*, a sustentar que o Direito, se quisesse tornar-se uma ‘ciência’, no sentido moderno do conceito, teria de valer-se das epistemologias das ciências lógicas, ou das ciências da natureza. Estas são as condições teóricas que nos deram um processo civil, formal, conceitual e, conseqüentemente, abstrato (a discussão destas questões encontram-se em ensaios reunidos no livro *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Forense, 2002; e nos livros *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, RT 1997 e *Processo e ideologia*, Forense, 2004)” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83).

Pode-se dizer, em linha de conclusão, que Chiovenda, na sua *prolusione* não tinha como objetivo analisar a ação propriamente na sua essência, mas, sim, colocá-la no sistema dos direitos, tal como o título da sua palestra⁴⁷⁴. Nesse intento, como adverte Taruffo, Chiovenda não elabora nenhum sistema geral ou substancial dos direitos, e nem mesmo descreve ou analisa esse sistema: “*egli semplicemente fa riferimento alla classificazione dei diritti sostanziali che veniva ereditata dalla tradizione pandettistica e post-pandettistica, per trovare entro quella classificazione una casella appropriata per il diritto di azione*”⁴⁷⁵. Encontrou no conceito de direito postestativo⁴⁷⁶, um dos pontos centrais da sua teoria e talvez um dos seus principais legados, notadamente, para a construção da doutrina moderna das sentenças constitutivas⁴⁷⁷ e da prescrição e decadência⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ CIPRIANI, Franco. Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1127.

⁴⁷⁵ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1144. Tradução livre: “*ele simplesmente faz referência à classificação dos direitos substanciais que vinha herdada da tradição pandectística e pós-pandectística para encontrar entre aquela classificação um lugar apropriado para o direito de ação*”.

⁴⁷⁶ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1144.

⁴⁷⁷ Nesse sentido: “além da sua doutrina do direito potestativo de ação, o grande mestre da processualística concebeu um novo tipo de ação – a ação constitutiva e, como derivante, a sentença constitutiva, também criticada por muitos, mas admitida por alguns dos atuais mestres do direito processual” (FREITAS, Paulo de. *Direito processual subjetivo*. São Paulo: s/editora, 1953. p. 30).

⁴⁷⁸ A doutrina de Chiovenda, a partir da leitura de Agnelo de Amorim Filho, influenciou diretamente a doutrina brasileira sobre o tema (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista Forense*. v.193. Rio de Janeiro, 1961. p.30-49. AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos. *Revista Forense*. v.216. Rio de Janeiro, 1966. p.23-31). Saliente-se, no entanto, que o próprio Chiovenda não teceu grandes considerações sobre o tema da prescrição, afirmando, de forma nem sempre muito clara, que “*el derecho potestativo no tiene ninguna relación especial con la prescripción; incluso ordinariamente lo que se prescribe es un derecho potestativo, la acción. El derecho potestativo puede ser prescriptible o imprescriptible según los principios que gobiernan la prescripción. De ordinario no hay prescripción donde no hay un estado de derecho en sentido estricto, diverso de aquel que corresponde al derecho a consolidar, o un estado jurídico imperfecto a sanar. El derecho a la división no se prescribe, no porque la acción renazca a cada instante sino porque tanto el estado de comunidade como el de división son perfectamente jurídicos, y el tránsito del uno al outro, aun cuando se pueda querer por un comunero a despecho del outro (lo que constituye un verdadero derecho de cada comunero sobre los otros), no representa un deterioro para ninguno. Así puede decirse del derecho a acercar el fundo. El derecho de impugnar un contrato, por un vicio de voluntad, está en cambio sujeto, aunque sea derecho potestativo, a prescripción o decadencia, como se quiera decir, porque el estado jurídico indeciso debe estar lo más pronto, tanto más que este estado jurídico es con frecuencia defectuoso también porque es contrario a aquella equivalencia económica que la ley*

Se por um lado da doutrina da ação como direito potestativo não fez escola, encontrando, até mesmo na Itália e na América Latina, poucos adeptos⁴⁷⁹, ele abriu caminho para a teorização do direito de ação como algo diverso do direito subjetivo material, sem dúvida um dos principais méritos de Chiovenda. Para Taruffo, sem a sua elaboração seria muito difícil, senão impossível, ter chegado à formulação da garantia fundamental da ação e do acesso à tutela jurisdicional que é contida no parágrafo 1º do art. 24 da constituição Italiana⁴⁸⁰, resultado sequer imaginado pelo próprio Chiovenda. Talvez, por isso, a melhor síntese do papel da teoria de Chiovenda seja aquela feita por Carnelutti, que, dada a sua maestria, é aqui integralmente transcrita: *“la azione è ancora un diritto contro l’avversario, mas non è più il diritto materiale; appartiene ai diritti privati, mas si configura come un diritto potestativo; e il processo, non ancora resolutamente assegnato al diritto pubblico, viene posto in mezzo tra questo e il diritto privato. Tale naturalmente non poteva essere la meta; a una concezione siffatta, transitiva più che transattiva, in Italia come in Germania, anzi più arditamente da noi, un’altra se ne doveva sostituire; il concetto del diritto potestativo non era che il bozzolo, da*

presume en los contratos, como prueba la actuación misma de la voluntad de anular el contrato por parte de quien tiene derecho a ello. Así se comprende también por qué las acciones de declaración de mera certeza son imprescriptibles” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 38-39). Tradução livre: “o direito potestativo não tem nenhuma relação especial com a prescrição; inclusive ordinariamente o que se prescreve é um direito potestativo, a ação. O direito potestativo pode ser prescritível ou imprescritível segundo os princípios que governam a prescrição. De ordinário, não há prescrição onde não há um estado de direito em sentido estrito, diverso daquele que corresponde ao direito a consolidar, ou um estado jurídico imperfeito a sanar. O direito à divisão não se prescreve, não porque a ação renasce a cada instante, mas porque tanto o estado de comunidade como o de divisão são perfeitamente jurídicos, e o trânsito de um ao outro, ainda quando se pode querer por um comunheiro a despeito do outro (o que constitui um verdadeiro direito de cada comunheiro sobre os outros) não representa uma deterioração para nenhum. Assim pode dizer-se do direito a aproximar o fundo. O direito de impungar um contrato, por um vício de vontade, está ao contrário sujeito, ainda que seja um direito potestativo, à prescrição ou decadência, como se quer dizer, porque o estado jurídico incerto deve estar o mais pronto, tanto que este estado jurídico é com frequência defeituoso também porque é contrário àquela equivalência econômica que a lei presume nos contratos, como prova a atuação mesma da vontade de anular o contrato por parte de quem tem direito a ele. Assim se compreende também porque as ações de declaração de mera certeza são imprescritíveis”.

⁴⁷⁹ FREITAS, Paulo de. *Direito processual subjetivo*. São Paulo: s/editora, 1953. p. 30. Também no sentido de que a teoria somente teve a adesão de Piero Calamandrei, ver ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

⁴⁸⁰ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 1147.

*cui doveva uscir quello del diritto pubblico subbiiettivo; ma senza que bozzolo la farfalla non avrebbe spiegato le sue ali e senza quella prudenza difficilmente l'edificio avrebbe raggiunto il fastigio*⁴⁸¹.

⁴⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. Giuseppe Chiovenda. *Rivista di diritto processuale*. Volume XIV – Parte I. Anno 1937 – XV. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937. p. 298. Tradução livre: “a ação é ainda um direito contra o adversário, mas não é mais o direito material; pertence aos direitos privados, mas se configura como um direito potestativo; e o processo, não ainda totalmente ligado ao direito público, vêm posto entre este e o direito privado. Tal, naturalmente, não poderia ser o destino; a uma concepção assim, transitiva mais que translativa, na Itália como na Alemanha, ainda mais ousada de nós, uma outra ele teve que substituir; o conceito de direito potestativo não era senão o casulo do qual deveria sair o direito público subjetivo; mas sem aquele casulo a borboleta não teria aberto suas asas e sem aquela prudência dificilmente o edifício teria atingido o apogeu”.

6 A teoria eclética de Liebman como tentativa de conciliação entre as teorias concretas e abstratas da ação

O pensamento de Liebman sobre as relações entre direito material e processo é, sem dúvida, uma página da história do direito processual que o jurista brasileiro não pode, nunca, ignorar. Em que pese as críticas e controvérsias acerca da teoria de Liebman, ela se faz presente no Código de Processo Civil de 1973 e, até hoje, rende profundas discussões. O seu estudo, pois, demandará todo presente capítulo, dada a sua importância para o direito pátrio.

6.1 Enrico Tullio Liebman e a Teoria Eclética da Ação

Enrico Túllio Liebman era um eminente processualista italiano nascido em Trieste, Estado pertencente ao Império Austro-Húngaro, que só se incorporaria ao Reino da Itália em 1918. Ter nascido neste lugar contribuiu para a sua formação, pois lhe concedeu domínio da língua alemã⁴⁸². Além disso, foi aluno de Giuseppe Chiovenda da Universidade de Roma, tendo herdado do seu mestre o gosto pela pesquisa histórica e comparativa⁴⁸³.

Aos 23 anos, recém-formado, Liebman foi convidado pela comissão promotora dos estudos em homenagem a Chiovenda, composta por Antônio Castellari, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Redenti e Antônio Segni, para participar da coletânea de trabalhos jurídicos. Nesta oportunidade, Liebman, já revelando as suas qualidades excepcionais, elaborou em 1926, a partir de seus estudos, o ensaio intitulado *Sul riconoscimento della domanda*. A pesquisa histórica realizada pelo processualista é digna de destaque: descreve o instituto a partir do *ordo judiciorum privatorum*, segue à extraordinária *cognitio*, adentra no tema das *interrogationes in jure*, prossegue pelo Direito intermediário e ao procedimento *per positiones*, demonstrando a influência do trabalho dos glosadores na evolução dos institutos jurídicos⁴⁸⁴.

Em 19 de janeiro de 1932 investiu-se no cargo de professor ordinário de Modena, realizando a sua “profissão de fé”, proclamando que “o processualista

⁴⁸² VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. Revista de Processo, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. p. 182.

⁴⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a enrico tullio liebman. V. 27. Revista de Processo Sao Paulo, rev. dos tribunais, 1982. p. 34.

⁴⁸⁴ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. Revista de Processo, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. p. 182.

deve ser antes de tudo um jurista, pronto para os confrontos, as comparações, as interligações com todos os institutos jurídicos ainda que estranhos e aparentemente distantes de seu específico campo de atividade”. No ano de 1934, ocasião em que Carnelutti encontrava-se no apogeu de sua autoridade, Liebman publicou o seu *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, iniciando, pois, um aguçado debate com as ideias travadas por Carnelutti, o que contribuiu para que Liebman subisse no conceito dos grandes mestres da processualística italiana⁴⁸⁵.

Liebman veio da Itália proscrito por ter alguns antepassados israelitas, muito embora o Governo brasileiro fosse, na ocasião, por oportunismo, simpatizante do fascismo e, até, discreto perseguidor de judeus, o jurista italiano foi muito bem recebido, sendo natural que Liebman, como exilado político, fosse antifascista, fato este que fez com que o processualista fosse julgado por uns como adepto ao regime socialista⁴⁸⁶.

Antes, Liebman viajou para a Argentina e para o Uruguai, porém, ao estudar os respectivos Códigos de Processo Civil, não sentiu-se motivado à realização de trabalhos doutrinários. Tendo em vista que Liebman desejava vir para o Brasil, onde havia começado a vigorar o Código de Processo Civil de 1939, aceitou, naquele ano de 1940, prontamente o convite de Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, responsável pela conversão do Projeto do Código de processo Civil feito por Pedro Baptista Martins em lei, para ir ao Rio de Janeiro. Em solo carioca, Liebman realizou algumas

⁴⁸⁵ Esta polêmica é bem elucidada por Luís Eulálio de Bueno Vidigal ao explicar que “Liebman entendia, como depois reafirmou no Brasil, que o título executivo é o ato jurídico que teria o efeito tipicamente constitutivo de determinar e tornar concreta e atuável a sanção executiva e dar vida portanto à ação executiva (da parte do devedor). Ao revés, o velho mestre, insistindo no caráter francamente documental e probatório do título, se excedeu em excusas e concessões feitas a seu jovem opositor. Disse, por exemplo, com ironia que não escondia seu apreço e acatamento: ‘Pode ser conforme as nossas posições respectivas que Liebman não compreenda a utilidade de meu método, ao passo que eu, ao contrário, reconheça a utilidade do seu. O trabalho de assentamento, que ele está desenvolvendo com seus delicados instrumentos de jardineiro, dos torrões virados pelo avelho por minha rude aradura, a mim me parece louvável. Que ele, ao contrário, confunda meu esforço de arador com virtuosismo dialético, corresponde à antiga verdade contada por Virgílio: *‘Sic vos non vobis fertis aratra boves’*” (VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. Revista de Processo, São Paulo, v.11, n.43. p. 178-185, jul. 1986. pp. 179-180).

⁴⁸⁶ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. Revista de Processo, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. p.181.

conferências⁴⁸⁷ mas acabou indo para São Paulo lecionar na Faculdade de Direito, convidado por Sebastião Soares de Faria, passando a residir na Alameda Min. Rocha Azevedo. Foi convocado por Di Giovanni, a ocupar uma sala junto ao seu escritório, convite o qual também restou aceito por Liebman⁴⁸⁸. Fato curioso é que Liebman nunca advogou no Brasil, se limitando a dar pareceres, pois entendia que se advogasse estaria competindo com os advogados brasileiros o que, no seu ponto de vista, seria contrário à hospitalidade dos brasileiros⁴⁸⁹.

As aulas do professor italiano no curso de extensão universitária, proferidas primeiro em italiano e logo mais em português, eram concorridas, sendo que, dentre aqueles que o assistiram com rigorosa assiduidade, fazendo constantemente perguntas ao Mestre, alguns tiveram a fortuna de freqüentar a sua casa, onde foram recebidos com a maior cordialidade⁴⁹⁰. Aos sábados, pois, Liebman, juntamente com Antonio Roggero, Benvindo Aires, Alfredo Buzaid, Plínio Cavalcanti de Albuquerque, Brunno Afonso de André e Luís Eulálio de Bueno Vidigal, formavam um grupo de estudos de Direito Processual Civil, e sempre que o assunto chegava na esfera da política, Liebman retornava para o tema do Direito Processual Civil⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Alfredo Buzaid, comentando a passagem de Liebman no Rio de Janeiro, afirma que “na curta permanência nesta cidade, que era a Capital da República, conheceu o Mestre, entre outros, dois notáveis processualistas: Luís Machado Guimarães e Eliézer Rosa. Inteligências privilegiadas, imensa cultura e curiosidade insaciável, ambos se dedicavam empenhadamente ao estudo do direito processual civil. Machado Guimarães escreve uma tese sobre A Instância e a Relação Processual (Rio, 1939), com a qual alcança a docência livre na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, não prosseguindo em sua carreira por motivo de saúde. Eliézer Rosa é um místico do direito processual civil, dividindo a sua evangelização entre o culto da ciência e a devoção de um crente. Machado Guimarães mais reflete do que escreve e viveu sempre torturado pelas mais requintadas meditações. Seus livros saíram a lume graças ao zelo de amigos e discípulos. Eliézer Rosa criou vários cursos no Rio de Janeiro e, sendo expositor disertado e vestindo os seus pensamentos com louçanias de estilo clássico, transmitiu aos seus alunos jóias de alto saber. É um autêntico espadachim. Em defesa dos princípios fundamentais da ciência sai a combate em livros, artigos e conferências, criticando com ardor e veemência” (BUZOID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 7, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 18).

⁴⁸⁸ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. p. 180.

⁴⁸⁹ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. p. 181.

⁴⁹⁰ BUZOID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 7, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 12.

⁴⁹¹ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. p. 181. Conforme Buzaid, “participaram desse grupo Luís Eulálio de Bueno Vidigal, o primeiro dentre os nossos, já livre-docente e depois professor catedrático; Benvindo Aires, que domina latim e grego, além de

Após o término da guerra, Liebman retornou à Europa e a partir da sua aula inaugural proferida na Universidade de Turim no ano de 1949, pouco mais de três anos após seu regresso do longo lapso temporal de permanência no Brasil, construiu a sua teoria da ação, a qual passou a ser desfrutada pela doutrina brasileira⁴⁹². Em 1951, Liebman prestou uma homenagem ao Brasil, publicando nos *Estudos em honra de Enrico Redenti, o Instituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano*. O seu texto é tão importante, que o Direito comum como fonte do direito objetivo passou a ser discutido no Brasil somente após Liebman⁴⁹³.

O professor italiano, sem dúvida, contribuiu para evidenciar, com o exemplo de sua preferência, que o Direito Processual deixara de ser disciplina auxiliar do Direito Material, *uma vez que aperfeiçoou o método de trabalho dos*

várias línguas vivas, inclusive alemão; Bruno Affonso de André, inteligência penetrante, que exercia a função de juiz e já hoje está no ápice de sua carreira como Desembargador do Tribunal de Justiça; José Frederico Marques, também magistrado e mais tarde professor catedrático da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, autor de obras fundamentais; e, finalmente, quem escreve estas memórias, àquele tempo cultor da ciência do processo e preparando o seu concurso à docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sentados junto a uma mesa comprida, em cujo centro ficava o Mestre, enfiavam-se nas prolongadas tertúlias, para as quais vinham já preparados após uma semana de largas meditações (BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 7, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. pp. 12-13). Formava-se, assim, a chamada “Escola Processual de São Paulo”, a qual, segundo Dinamarco “é hoje em dia reconhecida internacionalmente (e esse nome surgiu pela primeira vez num trabalho de Alcalá-Zamora), seja pela unidade metodológica em torno de certas premissas fundamentais, seja pela coerente aceitação de certos princípios e pela maneira comum de ver os institutos que estão à base do grande edifício da processualística”. A síntese das ideias da referida escola, pode ser sintetizada na seguinte passagem de Dinamarco: “criou-se, por exemplo, o hábito de estudar o Direito Processual com base em seus três institutos fundamentais: jurisdição, ação, processo. Aceita-se, de maneira mais ou menos generalizada, que o Direito Processual não toma parte na formação da vontade concreta do Direito, porque o processo serve somente para revelá-la e propiciar a sua atuação. Parte-se da nítida distinção entre relação jurídica processual e relação jurídica substancial. Afirma-se a natureza abstrata da ação. Consideram-se as condições desta, ou seja, a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a legitimação processual. Não há dúvidas quanto à independência do processo de execução em face do cognitivo. Da coisa julgada, não se pensa mais que seja um dos efeitos da sentença. E assim por diante” (BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 7, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 19). Não é objeto deste trabalho discutir a pertinência das chamadas escolas processuais brasileiras, tema para o qual se remete o leitor à obra “*Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*” (JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011).

⁴⁹² Nota 103 de Candido Rangel Dinamarco In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 153

⁴⁹³ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. pp. 184-185.

estudiosos brasileiros⁴⁹⁴. Isso porque, conforme Dinamarco, “faltava-nos atualização metodológica. Aos nossos velhos processualistas não haviam chegado os ventos da nova ciência do processo, nascida na obra de Bülow e desenvolvida nos trabalhos de Wach, Hellwig e Chiovenda”⁴⁹⁵. Se a afirmação do professor paulista pode ser considerada exagerada, pois esquece o gênio de Pontes de Miranda, profundo conhecedor da doutrina procesual estrangeira, não cabe aqui discutir. O fato é que, com Liebman, nascia uma nova teoria da ação, denominada “teoria eclética”, a qual, apesar de ter sido exposta em sua forma definitiva somente quando o processualista italiano já tinha regressado à Itália em 1949⁴⁹⁶, marcou a doutrina brasileira e foi encampada diretamente no Código de Processo Civil de 1973, por obra do seu discípulo, Afredo Buzaid.

6.2 Liebman e a sua teoria eclética da ação

A diferença entre direito material e processo é tomada como um pressuposto do pensamento do professor italiano, o qual, nesse sentido, afirma que no processo confluem e se encontram o *direito substancial* e o *direito processual*, de modo que enquanto o primeiro lhe fornece objeto, o segundo o disciplina. Este objeto é dado – se não propriamente sempre, certamente ao menos na grande maioria dos casos – por uma relação jurídica de natureza substancial, da qual existência, inexistência, conteúdo ou modalidade se contende⁴⁹⁷. Daí conviver no processo duas vontades diversas, uma, na qual se prolonga o espírito do direito privado, que vem a encontrar no processo a proteção para os direitos subjetivos que formam a sua viva substância, e outra, na qual se exprima a exigência de uma função pública, com a qual o Estado

⁴⁹⁴ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. Revista de Processo, São Paulo, v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986. p. 185.

⁴⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Enrico Tullio Liebman. V. 27. Revista de Processo São Paulo, rev. dos tribunais, 1982. p. 32.

⁴⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 85.

⁴⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 48. Liebman ressalta, nesse sentido, que os sujeitos dessa relação são as partes, “ed esse hanno l'attenzione rivoltamolto piú al risultato pratico a cui tendono, che non ai mezzi processual per opera dei quali potranno conseguirlo; e sono quindi facilmente portate a confondere gli istituti del processo com le loro ragioni o pretese sostanziali che per mezzo di quelli esse fanno valere” (Idem. Ibidem, p. 48). Tradução livre: “as quais têm sua atenção voltada muito mais para o resultado prático buscado, que aos meios processuais por obra dos quais poderão consegui-lo; e são, portanto, facilmente levadas a confundir os institutos do processo com aquelas razões ou pretensões substanciais que por meio daquele se fazem valer”.

assume uma das suas tarefas primárias, aquela de assegurar o efetivo vigor da ordem jurídica⁴⁹⁸.

Liebman tem presente que *“il rapporto col diritto soggettivo è il comune denominatore di tutte le dottrine dell’azione”*⁴⁹⁹. Destaca que isso é compreensível, uma vez que se considera como ponto de partida acerca do tema a opinião tradicional que identificava ação e direito subjetivo, sendo o primeiro passo para operar a autonomia da ação a separação entre os dois conceitos, até então estreitamente unidos, estabelecendo as relações entre um e outro e colocando a ação no sistema dos direitos⁵⁰⁰. Porém, obtido esse resultado, a nova tarefa da doutrina, reconhece o autor, seria a de enquadrar a ação no sistema do direito processual civil, segundo a lógica e a exigência próprias deste sistema processual. Somente assim seria possível tornar claro de que modo se deve entender a observação de que *“diritto soggettivo e azione non sono due diversi diritti per la diversità del loro contenuto o della loro direzione, ma ‘sono invece diritto in due sensi diversi’*⁵⁰¹. Entende que, assim, a relação recíproca entre eles, tornar-se-á somente um aspecto da relação entre direito substancial e direito processual, isso é entre dois distintos sistemas de normas, mutuamente complementares na sua função prática, mas logicamente independentes entre eles⁵⁰².

Com isso, Liebman entende necessário afastar qualquer solução unitária: *“non solo quella, in altri tempi comunemente accolta, che assorbiva l’azione nel diritto soggettivo, ma anche quella che, capovolgendo questo rapporto, sostiene il primato dell’azione e pretende di assorbire in essa il diritto soggettivo sostanziale, considerato un semplice riflesso di quella”*⁵⁰³. Mas,

⁴⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 48.

⁴⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 49. Tradução livre: “a relação com o direito subjetivo é o denominador comum de toda a doutrina da ação”.

⁵⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 49.

⁵⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p.50. Tradução livre: “direito subjetivo e ação não são dois direitos diversos pela diversidade do seu conteúdo ou da sua direção, mas ‘são direitos em dois sentidos diversos’”.

⁵⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 50.

⁵⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 50. Tradução livre: “não somente aquela, comumente acolhida em outros tempos, que absorvia a ação no direito

segundo o autor, se é preciso tornar distinto e autônomo o sistema do direito processual civil, é necessário, antes de tudo, para chegar ao escopo referido, determinar com o rigor possível o ponto de vista do qual devem ser examinados os seus institutos, escolha que não poderá ser indiferente e nem mesmo arbitrária. Entre os motivos que influiriam nessa escolha, Liebman ressalta que nem todos são estritamente jurídicos, posto que a ação representa uma determinada solução, no campo do processo, do problema mais geral que cabe ao indivíduo no Estado e da antítese entre liberdade e autoridade. Daí a evolução do conceito à luz de pressupostos filosóficos e políticos. Porém, apesar disso, o problema da ação assim como comporta em sede política uma solução política, comporta no campo da teoria do direito uma solução jurídica: *“in un momento dato il diritto vigente è quello che risulta dall’equilibrio delle forze politiche esistenti in senso alla società, manifestato nelle forme previste dal diritto costituzionale”*⁵⁰⁴. Sob essas bases cabe, pois, ao teórico do direito a tarefa de formular o conceito de ação e de iluminar o significado em todos os seus aspectos, contribuindo, assim, a estabelecer a posição do indivíduo no seio do ordenamento jurídico⁵⁰⁵.

O professor italiano adverte o perigo de escolher, para a análise do tema, entre um ponto de vista que prioriza as partes e, particularmente o autor, ou que tem como foco o juiz: *“è chiaro che tutt’e due sono unilaterali e soggettivi e che ciascuno di essi permette di costruire un’intera sistemática pienamente coerente, ma in reciso contrasto con quella ricavata da chi abbia*

subjetivo, mas também aquela que, invertendo esta relação, sustenta o primado da ação e pretende absorver nesta o direito subjetivo substancial, considerado um simples reflexo daquela”.

⁵⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. pp. 50-51. Tradução livre: *“em um dado momento o direito vigente é aquele que resulta do equilíbrio das forças políticas existentes no âmbito da sociedade, manifestado nas formas previstas pelo direito constitucional”.*

⁵⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 51.

seguito l'altro punto di vista⁵⁰⁶. E arremata dizendo que as principais teorias sobre o tema costumam ser distribuídas entre essas duas diretivas⁵⁰⁷.

Liebman passa, então, a exemplificar a questão. A teoria de Chiovenda, *“considerata nel suo complesso e nei suoi caratteri salienti [...] è chiaramente il risultato di una considerazione del processo dal solo e ristretto punto di vista dell'attore che há ragione”*⁵⁰⁸. Acrescenta que, *“limitando deliberatamente il campo di osservazione alle sole parti, si può riconoscere, acanto al rapporto giuridico obbligatorio corrente tra le parti, l'esistenza in una di esse del potere di ottenere – ove occorra – un provvedimento giudiziale a carico dell'altra, capace di tutelare il suo diritto”*⁵⁰⁹. Do mesmo modo, compreende-se que o autor, *“senza tener conto del fatto che il processo si fa appunto per decidere intorno alla fondatezza delle sue pretese, consideri come un diritto soltanto l'azione fondata, che varrà a fargli ottenere um provvedimento che riconosca e protegga efetivamente le sue ragioni”*⁵¹⁰.

Para Liebman, a essência da ação se encontra propriamente na relação que acontece no ordenamento jurídico entre a iniciativa do particular e o exercício, em concreto, da jurisdição, vale dizer na necessidade e na eficácia da invocação do juiz para que “proceda”. E, desse modo, pertence à essência do processo que o juiz deva determinar, segundo as normas que regulam a sua atividade, o conteúdo positivo ou negativo do seu provimento final. Com base nisso adverte: quem prescindir destes dois aspectos do problema corre o risco

⁵⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 51. Tradução livre: *“é claro que todos os dois são unilaterais e subjetivos e que cada um desses permite construir toda uma sistemática plenamente coerente, mas incompleta em relação com aquela de quem tenha seguido o outro ponto de vista”*.

⁵⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 51.

⁵⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 52. Tradução livre: *“considerada na sua complexidade e nos seus caracteres salientes [...] é claramente o resultado de uma consideração do processo do exclusivo e restrito ponto de vista do autor que tem razão”*.

⁵⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 53. Tradução livre: *“limitando deliberadamente o campo de observação somente às partes, se pode reconhecer, ao lado da relação jurídica entre as partes, a existência em uma dessas o do poder de obter – ou necessitar – um provimento judicial a cargo da outra, capaz de tutelar o seu direito”*.

⁵¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 53. Tradução livre: *“sem ter em conta o fato que o processo é feito exatamente para decidir sobre a procedência da sua pretensão, considere como um direito somente a ação fundada, que o levará a obter um provimento que reconheça e proteja efetivamente as suas razões”*.

de construir um conceito de ação no qual é assente a ação em uma teoria do processo no qual é ignorado o processo⁵¹¹.

Liebman concorda que a ação é um direito ao meio, não ao fim, o que pode ser visto em dois sentidos diversos, ou seja, o seu conteúdo e sua direção, dois aspectos, pois, de uma única relação⁵¹². Nessa linha, assevera, em primeiro lugar, que *“la legge conferisce il diritto al compimento degli atti destinati ad attuare la tutela giuridica, ma non garantisce l’esito vittorioso del suo esperimento”*⁵¹³, de modo que a efetiva concessão daquela tutela e, pois, o conteúdo concreto do provimento dependem das condições objetivas do direito substancial e processual – condições estas que escapam da vontade das partes – e da valoração que o juiz delas fará⁵¹⁴. As partes, portanto, têm direito de fazer conhecer e de fazer examinar suas próprias razões, mas não direito a ter razão⁵¹⁵. Em segundo lugar, afirma que *“l’azione è diritto al mezzo e non al fine, perchè la legge non riconosce al singolo il potere di imporre alla controparte l’effetto giuridico voluto”*, já que somente ao Estado cabe o poder de impor aquele efeito, ou, como preferem outros autores, de aplicar a sanção⁵¹⁶. E, com isso, Liebman declina um dos pontos centrais do seu pensamento: *“l’azione è veramente distinta da diritto o dal rapporto giuridico sostanziale, ed è il diritto strumentale per mezzo del quale si deduce in giudizio*

⁵¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 53.

⁵¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 54.

⁵¹³ Tradução livre: *“a lei confere o direito ao cumprimento dos atos destinados a atuar a tutela jurídica, mas não garante o êxito vittorioso do seu experimento”*.

⁵¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 54.

⁵¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 54. Conforme Liebman, “se isso é verdade par o processo de cognição, o é também, de modo menos aparente, mas também seguro, para o processo de execução, cujo resultado final depende sempre indiretamente da existência do direito do credor. Isso, todavia, não impede que a ação executiva possa, desde que seja válido e eficaz o título executivo, vir exercitada também quando falte o direito, e é por isso que também a ação executiva é abstrata” (Idem. *Ibidem*, p. 54).

⁵¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 54. Tradução livre *“a ação é direito ao meio e não ao fim, porque a lei não reconhece ao particular o poder de impor à contraparte o efeito jurídico desejado”*.

*l'affermazione di um diritto o in genere di uma situazione giuridica che si vuol vedere riconosciuta, tutelata od accertata*⁵¹⁷.

Porém, o fato de Liebman considerar a ação como um direito *instrumental* não reduz o papel do processo, ressaltando o seu tecido interno, como elemento de garantia de índole constitucional, o deixa entrever uma visão bastante avançada para o seu tempo - já que a *prolusione* realizada em Torino ocorreu em 24 de novembro de 1949 -, com a utilização de ideias e expressões “*diritto ad essere ascoltate dal giudice e ad ottenere una decisione conforme a legge*”, “*domandare giustizia a chi solo può darla, e difendersi da un'azione che si ritiene ingiusta, non sono dei semplici fatti [...] rappresentano il contenuto di diritto fondamentali, in cui si raccoglie la quintessenza della giuridicità e la garanzia essenziale dell'individuo che vive in società, poiché il loro disconoscimento renderebbe vano ed illusório ogni altro diritto (cfr. art. 24 della Cost.)*”⁵¹⁸.

⁵¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 54. Tradução livre: “a ação é verdadeiramente distinta do direito ou da relação jurídica substancial, e é o direito instrumental por meio do qual se deduz em juízo a formação de um direito ou os aspectos de uma situação jurídica que se quer ver reconhecida, tutelada ou declarada”. No original, o autor utiliza a expressão *accertata*, que bem pode ser traduzida como apurada, certificada, verificada, expressões que, porém, não parecem adequada para a compreensão da matéria do ponto de vista do direito processual civil brasileiro. Note-se, sobre o ponto, que Liebman demonstra uma nítida preocupação com a relação entre direito material e processo, ao qual confere um papel proeminente na proteção dos direitos. Interessante, no ponto, a seguinte passagem do autor: “*la vita del diritto há la sua fisiologia e la sua patologia, e cioè il godimento pacifico del diritto soggettivo, per la spontanea osservanza delle norme giuridiche da parte di coloro che vi sono sottoposti; e, dall'altra parte, il meccanismo legale coattivo che impone, quando necessario con la forza, il rispetto e l'attuazione delle norme medesime*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950, p. 71). Tradução livre: “a vida do direito tem a sua fisiologia e a sua patologia, e isso é o gozo pacifico do direito subjetivo, pela espontânea observância das normas jurídicas por parte daqueles a que são a elas submetidos; e, de outra parte, o mecanismo legal coativo que impõe, quando necessário com a força, o respeito e a atuação da própria norma”.

⁵¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 54. Dada a magnitude da passagem citada, cumpre transcrevê-la integralmente: “*L'ordinamento del processo mira a garantire alle due parti, in posizione di rigorosa uguaglianza, la più ampia possibilità di difendere le loro ragioni con tutti i mezzi leciti di cui possano disporre; riconosce cioè ad entrambe, sebbene sai certo che una di esse vincerà e l'altra rimarrà soccombente, un uguale diritto di contenuto meramente processuale, indipendente e diverso da quello sostanziale e cioè il diritto ad essere ascoltate dal giudice e ad ottenere da lui una decisione conforme a legge. L'esercizio di questo diritto non può soffrire restrizioni, ed anche a posteriori non può essere considerato un atto illecito, eccetto che integri gli estremi della lite temerária (art. 96 c.p.c). Domandare giustizia a chi solo può darla, e difendersi da un'azione che si ritiene ingiusta, non sono dei semplici fatti, e tanto meno illeciti; sono invece delle attività che rappresentano il contenuto di diritto fondamentali, in cui si raccoglie la quintessenza della giuridicità e la garanzia essenziale dell'individuo che vive in società,*

Liebman passa, então, a tratar da noção de ação como um direito que compete a todo cidadão *uti civi* de recorrer aos tribunais: *“diritto pubblico ‘astratto’, non condizionato ad alcun presupposto sostanziale e perciò spettante a chiunque, in qualsiasi circostanza”*⁵¹⁹. Afirma que um direito dessa espécie sem dúvida existe e é o reflexo da instituição dos tribunais por parte do Estado: *“essi hanno il compito di rendere giustizia a chi la domandi e perciò l’ordine giuridico garantisce a tutti l possibilità di rivolgere loro analoga richiesta con gli effetti previsti dalla legge”*⁵²⁰. Nessa toada, Liebman tem presente a lição de eminentes constitucionalistas, considerando tal direito como *“um potere di diritto pubblico, del tutto generico e indeterminato, senza particolari rapporti com una fattispecie concreta”*⁵²¹.

O professor italiano adverte que esse poder referido não é, todavia, a ação, no sentido que tal figura tem relevância para o direito processual, mas *“la sua base, il suo presupposto di diritto costituzionale, la strada sempre aperta sulla quale il cittadino può di volta in volta avviare le sue singole azione, nei diversi casi concreti in cui intende rivolgersi all’autorità giudiziaria per la protezione di um suo interesse lesa o minacciato (art. 24 della Cost.)”*⁵²². A

poichè il loro disconoscimento renderebbe vano ed illusoro ogni altro diritto (cfr. Art. 24 della Cost)”. (Idem. Ibidem, pp. 59-60). Tradução livre: “o ordenamento processual visa a garantir às duas partes, em posições de rigorosa igualdade, a mais ampla possibilidade de defender as suas razões com todos os meios lícitos dos quais possam dispor; reconhece a ambos, embora saiba certo que um deles vencerá e o outro restará sucumbente, um igual direito de conteúdo meramente processual, independente e diverso daquele substancial e isto é o direito de ser escultado pelo juiz e obter dele uma decisão conforme a lei. O exercício desse direito não pode sofrer restrições, e ainda a priori não pode ser considerado um ato ilícito, exceto quando integrar os extremos da lide temerária (art. 96 c.p.c). Demandar justiça a que somente pode dá-la, e defender-e de uma ação que se considera injsuta, não é somente um simples fato, e muito menos ilícito; é, ao contrário, a atividade que representa o conteúdo de direitos fundamentais,, nos quais se reconhece a quinta essência da juridicidade e da garantia essencial do indivíduo que vive em sociedade, pois o sua negação tornaria vã e ilusória outro direito (cfr. art. 24 della Cost)”.

⁵¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 61. Tradução livre: *“direito público ‘abstrato’, não condicionado a algum pressuposto substancial e por isso conferido a quem quer que seja, em qualquer circunstância”*.

⁵²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 61. Tradução livre: *“estes tem a tarefa da conceder justiça a quem a demanda e por isso a ordem jurídica garante a todos a possibilidade de dirigir analógico pedido com os efeitos previstos pela lei”*.

⁵²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 61. Tradução livre: *“um poder de direito público, totalmente genérico e indeterminado, sem particular relação com um suporte fático concreto”*.

⁵²² LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 62. Tradução livre: *“a sua base, o seu pressuposto de direito constitucional, a estrada sempre aberta sobre a*

crítica de Liebman reside no fato de que, na sua extrema abstração e indeterminação, tal concepção não teria importância alguma na vida e no funcionamento prático do processo, na medida em que *“non permette di distinguere caso da caso, né di stabilire un collegamento tra il processo e la fattispecie concreta per la quale esso viene proposto”*⁵²³.

Liebman entende relevante destacar, para a compreensão do conceito de ação a questão da *sujeição*, não no sentido trazido por Chiovenda, mas aquele desenvolvido por Carnelutti, ou seja, uma sujeição ao poder e à atividade do órgão judiciário, estabelecida a partir da relação entre essa e a norma processual, que não constitui obrigações, mas estados de sujeição.

qual o cidadão pode sempre encaminhar sua ação individual, nos diversos casos concretos em que procure valer-se da autoridade judiciária para a proteção de um interesse lesado ou ameaçado (art. 24 da Constituição)”. A propósito, em outra interessante passagem, Liebman afirma que “la difesa piú efficace del diritto soggettivo privato non consiste nel rinchiuderlo nella sua trincea, dove à condannato a rimanere inerte, bensí nell’affermare l’intengibilità dell’arma che il diritto pubblico pone a sua disposizione; e quest’arma è l’azione, perché soltanto essa costituisce il mezzo idoneo per lottare nel campo aperto del processo, a contatto diretto con gli organi dello Stato. Ciò è tanto vero, che vediamo próprio gli stessi autori (e sarebbe un paradosso, se non fosse la naturale vendetta della logica), svalutare, restringere e limitare il diritto che spetta al cittadino di domandare giustizia (cfr. retro, n. 3). Perciò la protezione delle legittime ragioni del singolo va affidata non già alla natura privata, anziché pubblica, dell’azione, ma alla sua indole strettamente individuale e personale” (LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 69). Tradução livre: “a defesa mais eficaz do direito subjetivo privado não consiste em reconduzi-lo a sua trincheira, onde é condenado a permanecer inerente, mas, sim, em afirmar a intangibilidade da arma que o direito público põe a sua disposição; e esta arma é a ação, porque somente essa constitui o meio idôneo para lutar no campo aberto do processo, em contato direto com os órgãos do Estado. Isso é tanto verdade, que vemos propriamente os mesmos autores (e seria um paradoxo, se não fosse a natureza vingativa da lógica), desvalorizar, restringir e limitar o direito que cabe ao cidadão de demandar justiça (cfr. Retro, n.3). Por isso a proteção das razões legítimas do particular vai confiada não já à natureza privada, mas também pública, da ação, mas a sua índole estritamente individual e pessoal”.

⁵²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 62. Tradução livre: *“não permitiria estabelecer um liame entre o processo e o suporte fático concreto pelo qual esse vem proposto”*. O ponto é uma das questões nodais no pensamento de Liebman: *“in conclusione, questo potere di agire, del tutto genérico e astratto, há il suo posto ben definito nel diritto costituzionale e vi svolge una funzione di fondamentale importanza (e per convicersene basta pensare all’ipotesi di una sua qualsiasi limitazione). Ma, nella sua estrema astrattezza e indeterminatezza, esso non há rilevanza alcuna nella vita e nel funzionamento pratico del processo, perchè, spettando a chiunque in qualsiasi circostanza, non permette di distinguere caso da caso, né di stabilire un collegamento tra il processo e la fattispecie concreta per la quale esso viene proposto”* (Idem. Ibidem, p. 63). Tradução livre: *“em conclusão, este poder de agir, totalmente genérico e abstrato, tem o seu posto bem definido no direito constitucional e desenvolve uma função de fundamental importância (e para convencer-se basta pensar na hipótese de qualquer limitação a ele). Mas, na sua extrema abstração e indeterminação, isso não tem relevância alguma na vida e no funcionamento prático do processo, porque, conferindo a qualquer um em qualquer circunstância, não permite distinguir caso a caso, nem de estabelecer uma ligação entre o processo e o suporte fático concreto pelo qual esse vem proposto”*.

Liebman acrescenta que essa relação de sujeição também se forma com o autor, cuja condição vai posta em relação com a norma instrumental, a qual, ao regular a atividade do órgão judicial, *“conferisce ala parte il potere esclusivo di promuoverla e stimolarla”*. Com efeito, seria a ação *“la situazione soggettiva che consiste nel potere di porre la conduzione, in virtù della quale l’organo si pone in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinaano la sua funzione”*⁵²⁴.

Nessa senda, Liebman afirma que *“azione e soggezione si presentano così come correlative, entrambe connesse con l’esercizio della potestà giurisdizionale, una essendone la premessa e l’altra la conseguenza”*⁵²⁵. Ação e sujeição, no entanto, estariam *“collegate tra loro dall’identità della fattispecie concreta a cui si riferiscono”*⁵²⁶ e, dada a natureza dialética do juízo, poderiam ainda mudar suas posições: *“avendo proposto l’azion, l’attore diviene a sua volta anch’egli soggetto ala potestà dell’organo; e vice-versa il convenuto, pur rimanendo nello stato di soggezione, può prendere um atteggiamento ativo nel caso in cui non fosse disposto ad accettare l’eventuale rinuncia dell’attore a portare innanzi l’azione iniziata(cfr. art. 306 c.p.c.)”*⁵²⁷.

Tudo isso pode ser sintetizado na seguinte passagem da *prolusion* de Liebman:

D’altra parte l’azione non è “concreta”, perché il giudice, nel determinare il contenuto del suo provvedimento, si fa guidare unicamente dalla convinzione ch’egli viene formandosi nel corso del processo intorno agli elementi obiettivi, di diritto e di fato, riguardanti la causa, e che può essere in partenza soltanto oggetto di congetture puú o meno fondate. L’única cosa sicura

⁵²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 64. Tradução livre: *“confere à parte o poder exclusivo de promovê-la e estimulá-la”*. Com efeito, seria a ação *“a situação subjetiva que consiste no poder de colocar a condição, em virtude da qual o órgão se põe em movimento em obediência às regras internas que disciplina a sua função”*.

⁵²⁵ Tradução livre: *“ação e sujeição se apresentam assim como correlativos, ambos conexos com o exercício do poder jurisdicional, uma sendo a premissa e a outra a consequência”*.

⁵²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 64. Tradução livre: *“ligadas entre elas pela identidade do suporte fático concreto ao qual se referem”*.

⁵²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 65. Tradução livre: *“tendo proposto a ação o autor torna-se por sua vez também ele sujeito do poder do órgão; e ao contrário o réu, assim permanecendo no estado de sujeição, pode tomar uma atitude ativa, no caso em que não estivesse disposto a aceitar a eventual renúncia do autor em continuar a ação iniciada (cfr. art. 306 c.p.c.)”*. Dispositivo que corresponde ao artigo 264 do Código de Processo Civil brasileiro.

è che il giudice provvederà, e l'azione há per oggetto immediato appunto questo suo provvedimento, quale che possa essere, favorevole o sfavorevole. S'intende che le speranze dell'attore vanno piú lontano e che il suo scopo ulteriore è quello di vincere; ma solo l'esperimento dell'azione gli farà sapere se ha poi davvero ragione o torto. Solo affrontando il rischio di perdere, l'attore potrà cercare di vincere. L'azione, come tutti i diritti processual, há in sé um elemento di rischio (non ignoto del resto ad altri rapporti giuridici), che non può essere eliminato e che costituisce il vero substrato di quel gioco di 'chances' opposte e mutevoli che Goldschmidt há elevato a suprema legge del processo, costruendovi la sua nota teoria della situazione giuridica.⁵²⁸

Até esse ponto, Liebman expõe de forma magistral fundamentos que, apesar das próprias observações do autor, poderiam servir para a defesa da teoria abstrata da ação. No entanto, o professor italiano considera que a abstração não deve ser entendida no sentido comumente utilizado, pois, em seu sentido *"pieno e vero, l'azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico"*⁵²⁹. Para estabelecer o elo entre direito material e processo, o autor afirma então que, a ação *"si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata, ed è il diritto ad ottenere che il giudice provveda a suo riguardo, formulando (od attuando) la regola giuridica speciale che la governa"*⁵³⁰. Justamente por isso – e aqui está o ponto que consagrou a sua teoria – Liebman entende que a ação é condicionada por alguns requisitos,

⁵²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 65. Tradução livre: *"de outra parte a ação não é 'concreta', porque o juiz, ao determinar o conteúdo do seu provimento, se guia unicamente pela convicção que ele vem formando no curso do processo em torno dos elementos objetivos, do direito e do fato, relativos à causa, e que podem ser inicialmente somente objeto de conjecturas mais ou menos fundadas. A única coisa segura é que o juiz irá emitir um provimento, e a ação tem por objeto imediato exatamente este seu provimento, o qual poderá ser favorável ou desfavorável. Se entende que as esperanças do autor vão mais longe e que o seu escopo posterior é aquele de vencer; mas somente a experiência da ação o fará saber, pois, se está realmente certo ou errado. Somente enfrentando o risco de perder, o autor poderá buscar vencer. A ação como todos os direitos processuais, tem em si um elemento de risco (não desconhecido, de resto, a outras relações jurídicas), que não pode ser eliminado e que constitui o verdadeiro substrato daquele jogo de "chances" opostas e mutáveis que Goldschmidt elevou à suprema lei do processo, construindo a sua notável teoria da situação jurídica"*.

⁵²⁹ Tradução livre: *"pleno e verdadeiro, ação não compete de fato a qualquer um e não tem conteúdo genérico"*.

⁵³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 65. Tradução livre: *"se refere a um suporte fático determinado e exatamente individualizado, e é o direito a que o juiz proveja a seu respeito, formulando (ou atuando) a regra jurídica especial que o governa"*.

“che devono verificarsi caso per caso in via preliminare, anche se di solito per *implicito*”⁵³¹.

Tais condições seriam o *interesse de agir*, que é o interesse do autor em obter o provimento demandado, a *legitimação para agir*, que é a associação da ação aquele que a propõe em confronto com a outra parte, e a *possibilidade jurídica*, que é a admissibilidade em abstrato do provimento requerido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional. Faltando uma destas condições, tem-se aquilo que se qualifica, com a exata expressão tradicional, de *carência de ação*, e o juiz deverá recusar-se de prover sobre o mérito da demanda. Nessa hipótese, não haveria, para Liebman, verdadeiro exercício da jurisdição, mas somente o uso da sua forma para fazer aquela triagem preliminar, conferida por necessidade aos próprios magistrados, que serve para excluir de partida aquelas causas nas quais faltam as condições que são exigidas para o exercício do poder jurisdicional⁵³². Com isso, o autor conclui que entre ação e jurisdição existe exata correlação, não podendo haver uma sem a outra⁵³³.

Em estudos posteriores, verifica-se que Liebman abordou de forma mais minuciosa as condições da ação, definindo-as como os requisitos de existência da ação, podendo também serem denominadas como requisitos de admissibilidade do julgamento do pedido, uma vez que são essências para o exercício da função jurisdicional com relação à situação concreta, devendo, pois, serem investigadas preliminarmente ao exame do mérito⁵³⁴. Adverte que, caso as condições da ação estejam presentes, estar-se-á diante de uma ação, hipótese em que o juiz deverá julgar sobre o pedido para o fito de acolhê-lo ou rejeitá-lo⁵³⁵.

⁵³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. pp. 65-66. Tradução livre: “que devem verificar-se caso por caso em preliminar, embora geralmente de forma *implicita*”.

⁵³² LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 66.

⁵³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 66.

⁵³⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 40.

⁵³⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 40.

Tamanha é a importância dada à existência das condições da ação que, caso alguma delas não esteja presente, induzirá à carência de ação, podendo esta ser declarada até mesmo de ofício em qualquer grau de jurisdição. Todavia, ressalta Liebman que é suficiente que as condições da ação, eventualmente ausentes no momento da propositura da ação, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida⁵³⁶. A ocorrência destas condições seria importante, sobretudo, no processo de conhecimento, ao passo que na execução o problema é em grande parte resolvido pelo título executivo⁵³⁷.

Ao explicar o que seria o interesse de agir, Liebman transcreve o artigo 100 do Código de Processo Civil italiano⁵³⁸, definindo essa condição como sendo *o elemento material do direito de ação, consistente no interesse em obter o provimento solicitado*. Nitidamente, para o professor italiano, o interesse de agir se difere do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, do mesmo modo que se distinguem os dois direitos correspondentes, os quais são, de um lado, o direito substancial, o qual se afirma pertencer ao autor, e de outro, o direito processual que se exerce para tutelar o direito substancial. Razão pela qual, diz-se que o interesse de agir é um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário, objetivando, assim, o provimento que se pede ao magistrado como meio para obtenção da satisfação do interesse primário, o qual fora lesado pelo comportamento da parte contrária, ou dito de modo mais genérico, pela situação de fato objetivamente existente⁵³⁹.

Leciona Liebman que o interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial, pressupondo a lesão desse

⁵³⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 40.

⁵³⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 40.

⁵³⁸ “*Per proporre una domanda in giudizio è necessario avervi interesse*”

⁵³⁹ Exemplificando a assertiva, Liebman afirma que “*l’interesse primario di chi si afferma creditore di 100 è di ottenere il pagamento di questa somma; l’interesse ad agire sorgerà se il supposto debitore non pagherà alla scadenza, ed avrà per oggetto la condanna del debitore e successivamente l’esecuzione forzata a carico del suo patrimonio*” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. pp. 40-41). Tradução livre: “*o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é obter o pagamento desta soma; o interesse de agir surgirá se o suposto devedor não pagar no vencimento, ele terá por objeto a condenação do devedor e successivamente a execução forçada a cargo do seu patrimônio*”.

interesse e a idoneidade do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Contudo, o reconhecimento da existência do interesse de agir não significa que o autor tenha razão, e, sim, tão somente que o pedido é merecedor de exame, sendo que as questões de fato e de direito relativas a procedência do pedido, ou seja, a juridicidade da proteção jurídica que se pretende para o interesse substancial pertencem ao mérito, e não ao interesse de agir. Este, por sua vez, seria representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para remediá-la mediante a aplicação do direito, traduzindo-se em elemento a partir do qual a ordem jurídica mede a aptidão da situação jurídica deduzida em juízo a colocar-se como o objeto da atividade jurisdicional e, portanto, o pedido se conforma aos objetivos do direito e, conseqüentemente, sendo merecedor de exame⁵⁴⁰.

Sequencialmente, Liebman aborda a condição da ação denominada legitimação para agir (*legitimatío ad causam*), a qual se refere à titularidade ativa e passiva da ação, problematizando-se no ato de individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir e a pessoa com relação a qual ele existe, decorrendo, portanto, da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva⁵⁴¹. Novamente, o artigo 100 do Código de Processo Civil é utilizado para o fito de ilustrar que quando este dispõe que “*para propor um pedido em juízo é necessário ter interesse*”, não basta que o referido interesse de agir simplesmente exista, devendo existir precisamente na pessoa que propõe o pedido, uma vez que um estranho não pode validamente fazer valer o interesse de agir alheio⁵⁴².

Impende observar ainda que, em relação a ação, prevalece, para Liebman, o princípio segundo o qual somente o seu titular pode exercitá-la validamente e, nos casos em que se trata de um direito que pode exercitar-se somente no confronto de uma parte contrária, esta deve ser precisamente a pessoa que, para o fim do provimento demandado, apareça como titular de um interesse oposto, titular da esfera jurídica sobre a qual o provimento demandado produzirá seus efeitos. Nesse contexto, tem-se que a legitimação é

⁵⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. pp. 41-42.

⁵⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 42.

⁵⁴² LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 42.

uma condição para que ocorra o pronunciamento sobre o mérito do pedido, e é a condição que indicará, para cada processo, as *justas partes*, as *partes legítimas*, ou seja, definirá as pessoas que devem estar presentes para que o magistrado possa julgar acerca de determinado objeto. Sendo que entre a existência do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva, esta deve preceder aquela, pois somente diante dos dois interessados diretos é que o magistrado poderá examinar se o interesse que é prospectado pelo autor efetivamente existe, bem como se apresenta os requisitos necessários; salientando-se que “*queste premesse permettono di stabilire a chi spetti in concreto la legittimazione*”⁵⁴³.

A ação, sendo um direito de invocar a tutela jurisdicional, apenas pode pertencer àquele que a invoca para si, referindo-se a uma relação jurídica da qual seja possível pretender uma razão de tutela a seu favor. O interesse de agir se destina à remoção da lesão de um interesse substancial que se diz protegido pelo direito, sendo que ele somente pode ser invocado por aquele que se afirma titular do interesse substancial cuja tutela vem pedir em juízo. Observando o contido no artigo 81 do Código de Processo Civil italiano⁵⁴⁴, Liebman afirma que, a partir de uma ampliação deste preceito, de modo a abranger, também, os casos em que não se defenda um verdadeiro direito subjetivo, entende-se que a legitimação ativa pertence a quem invoca a tutela jurisdicional para um interesse próprio, independentemente do efetivo cabimento da tutela invocada, o que constitui problema de mérito⁵⁴⁵.

Ao que toca à legitimação passiva, sendo esta também um elemento ou aspecto da legitimação para agir, Liebman afirma que ela pertence ao titular do interesse oposto, àquele sobre o qual o provimento que se pede deverá produzir os seus efeitos, ou sobre quem deverá operar a tutela jurisdicional invocada pelo autor. Liebman aduz ainda que a legitimação passiva em hipótese alguma pode confundir-se com a legitimação para contestar, pois esta

⁵⁴³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. pp. 42-43. Tradução livre: “estas premissas permitem estabelecer a quem cabe em concreto a legitimação”.

⁵⁴⁴ Art. 81. Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui. Tradução livre: “fora os casos expressamente previstos na lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio um direito de outro”.

⁵⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 43.

pertence ao demandado pelo simples fato de ter sido chamado em juízo, podendo alegar, se for o caso, inclusive a sua falta de legitimação passiva⁵⁴⁶.

Mereceu destaque na obra de Liebman também a figura da substituição processual, a qual não deveria ser confundida com a representação, ao passo que esta possui a figura do representante, o qual exerce a ação do representado em nome e por conta dele, não sendo o representante pessoalmente parte na causa; na substituição processual, aparece a figura do substituto processual, o qual exerce em nome próprio uma ação que, muito embora pelas regras ordinárias, pertença a outrem, é conferida ou estendida excepcionalmente a ele através da legitimação extraordinária. Liebman adverte que a legitimação extraordinária ocorre devido a um especial interesse pessoal, o qual pode ser definido como interesse legítimo reconhecido legalmente através da permissão que lhe possibilita agir em juízo para a tutela de um direito alheio, de modo que o substituto processual também age, portanto, por um interesse legítimo próprio, tornando-se parte na causa e recebendo os efeitos da sentença juntamente com o legitimado primário. Recorda também a substituição oficiosa, a qual se dá nos raros casos em que a legitimação para agir é conferida ao Ministério Público⁵⁴⁷.

Já em relação à possibilidade jurídica do pedido, esta é tida como a admissibilidade em abstrato do provimento demandado, ou seja, deve estar incluso dentre aqueles que a autoridade judiciária pode pronunciar-se, não sendo, pois, expressamente vedado. Independentemente das circunstâncias do caso concreto, não pode o mérito versar sobre um pedido que o magistrado não possa se pronunciar⁵⁴⁸.

Contudo, adverte-se que ainda quando estiverem presentes todas as condições da ação, a ação não existirá nos casos em que houver carência de jurisdição, estes compreendidos nos casos em que não houver nenhum órgão

⁵⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 43.

⁵⁴⁷ Liebman cita como exemplos de substituição processual a ação sub-rogatória, a ação de nulidade do casamento promovida pelos ascendentes próximos ou por outros interessados, a ação de contestação da legitimidade do filho, movida por terceiros interessados, a ação de impugnação do reconhecimento do filho, promovida por terceiros interessados, etc. (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. pp. 44-45).

⁵⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 45.

judiciário do Estado que possa pronunciar-se sobre o pedido⁵⁴⁹. Leciona o processualista italiano que, quando presentes as condições da ação, esta deve ser vista como direito de provocar o exame e decisão do mérito, podendo a decisão ser tanto favorável como desfavorável, conforme o pedido for acolhido ou rejeitado, e, conseqüentemente, surgirá a concessão ou a negação da medida postulada. É da existência ou não do direito substancial alegado pelo autor que depende o resultado do processo, sendo que é imperioso observar que o fato de existir o referido direito, hipótese em que o autor tem razão, não significa o nascimento de um direito novo e diverso, pois tão somente surge uma qualificação especial da ação, a qual passa, além de ser existente, ser “*fondata*”⁵⁵⁰.

Questão relevante em relação às condições da ação é que, a partir da terceira edição do seu *Manuale di Diritto Processuale Civile*, houve a supressão da possibilidade jurídica como condição da ação, em consequência de que, em 01.12.1970 entrou em vigor na Itália a Lei número 898, a qual instituiu o divórcio. E, sendo o divórcio o principal exemplo utilizado por Liebman para exemplificar a impossibilidade jurídica do pedido, ele sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a possibilidade jurídica entre as condições da ação, razão pela qual, em 1973 Liebman renunciou a possibilidade jurídica como condição da ação.

Sabe-se que dentre os adeptos desta teoria destaca-se Alfredo Buzaid, o qual, na sua obra intitulada “*Do agravo de petição*” deixou nítido ter aderido à teoria da ação construída por Liebman. E, sendo Buzaid o autor do Anteprojeto que resultou no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, houve a inclusão das três condições da ação extraídas da doutrina liebmaniana, como se pode facilmente verificar nos artigos 267, inciso VI⁵⁵¹, e no artigo 301, inciso X⁵⁵², do CPC.

⁵⁴⁹ A título exemplificativo, dois dos exemplos que Liebman menciona são a hipótese que pode verificar-se em relação a um réu estrangeiro, estando ausentes as condições indiciadas no artigo 4º do Código de Processo Civil, e os casos em que versarem sobre uma pessoa ou entidade estrangeira imune à jurisdição (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 45).

⁵⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957. p. 46.

⁵⁵¹ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito [...] VI- quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Certamente, trata-se de uma ironia, pois o Código de Processo Civil brasileiro vigente passou a vigorar no ano de 1973, mesmo ano em que o próprio Liebman, havia abandonado a possibilidade jurídica do pedido como condição necessária para a existência da ação⁵⁵³.

Denota-se que por mais paradoxal que seja e por amor à teoria original, na quarta edição traduzida para o português em 1984, manteve-se de forma um tanto quanto teimosa, a possibilidade jurídica como condição da ação. Tal se deu unicamente por sugestão do próprio pai da teoria eclética, por entender adequado oferecer ao leitor brasileiro a expressão do seu pensamento, que estaria à base do próprio direito positivo pátrio. No entanto, é surpreendente e contraditório que na terceira e quarta edições do *Manuale di Diritto Processuale Civile* de Liebman, os casos de provimento jurisdicional “*não admitidos pela lei*” passam, como reconhece o próprio tradutor da edição brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, a ser vistos como ausência de interesse de agir, quando outrora residiam na impossibilidade jurídica do pedido⁵⁵⁴.

6.3 Análise crítica da teoria eclética da ação

Para Liebman, a *abstração* e a *indeterminação* que *permeiam a ação* deve ser sopesada sob um viés fulcrado na *praticidade processual*, pois estas, quando concebidas de forma exacerbada, *impõem obstáculos* para a visualização da *conexão* que deve estar presente *entre o processo e o suporte fático concreto (direito material) que serve de base para a esfera processual*⁵⁵⁵. Motivo pelo qual, o processualista italiano, com o objetivo de unir a esfera do direito material com o plano processual e, acreditando que a ação deve corresponder a um suporte fático determinado e individualizado⁵⁵⁶, condiciona

⁵⁵² Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - carência de ação;

⁵⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975. p. 20.

⁵⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 161.

⁵⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 62.

⁵⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 65.

a existência da ação a determinados requisitos os quais denominou “condições da ação”, devendo estas ser analisadas de modo preliminar⁵⁵⁷.

Prossegue afirmando que na ausência de uma das condições da ação, estar-se-á diante do caso em que o juiz não terá outra saída senão decretar a carência da ação, hipótese na qual o magistrado, em razão de não ter analisado o mérito da demanda, não estaria exercendo um ato de jurisdição,

⁵⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. pp. 65-66. Sobre este ponto, bem analisa-o Adroaldo Furtado Fabrício, ressaltando que, conforme a teoria de Liebman, “o direito de ação, conquanto autônomo e abstrato em relação ao direito subjetivo material ‘afirmado’, só pode ser exercido em correlação com determinada pretensão de direito material, à qual se apresenta ‘ligado e conexo’. Por isso torna-se necessário ‘condicionar’ o direito de ação, submetendo-o a determinados requisitos cuja satisfação é tida como indispensável para à obtenção de uma sentença de mérito” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.379). Analisando os motivos acerca da formação da teoria de Liebman, Marcelo Lima Guerra leciona que esta teoria “é construída com base numa crítica lúcida e madura tanto das teorias concretas como das abstratas relativas à ação. Para este autor, ambas eram visões unilaterais do problema e, o mais grave, não chegavam a percebê-lo da ótica própria da teoria do processo, a única adequada para um tratamento completo e satisfatório dos fenômenos processuais. De fato, embora reconhecesse que a teoria concreta pudesse consistir numa explicação satisfatória para o civilista, preocupado exclusivamente com o direito material e com os direitos subjetivos que o integram, demonstrou, por outro lado, que esta teoria se revelava totalmente inadequada no plano do direito processual, por ignorar e deixar sem explicação fenômenos correntes no plano do processo, tais como, a improcedência da ação, a impossibilidade do autor em desistir da ação sem consentimento do réu, etc. De outra parte, tendo reconhecido a importância das teorias abstratas, especialmente quanto à circunstância de que tais teorias tiveram o mérito de evidenciar o fundamento constitucional do direito de ação (que protege tal direito de eventuais limitações ou supressões), não pôde considerar que tais teorias forneciam uma conceituação satisfatória do direito de ação, pois este, considerado na sua extrema generalidade como um ‘direito cívico’ (atribuído a todos os jurisdicionados indistintamente) de se dirigir aos tribunais, era apenas o reflexo da instituição dos tribunais pelo Estado, não tendo assim nenhuma utilidade prática na perspectiva processual. Dessa forma, para construir seu conceito de ação, parte Liebman da peculiaridade das normas processuais em relação às normas de direito material. Observa que, enquanto estas últimas regulam as relações, os direitos e as obrigações entre os cidadãos aquelas regulam a atividade dos órgãos jurisdicionais destinada a declarar e/ou atuar a disciplina concreta daquelas relações de direito material. Nessa perspectiva, o direito de ação é, antes de tudo, o pressuposto indispensável ao qual o direito processual condiciona o próprio exercício da atividade do órgão jurisdicional, isto é, da função jurisdicional. [...] Dessa forma, para Liebman, a ação é o direito de obter uma providência jurisdicional com a qual se realize o escopo específico atribuído aos órgãos jurisdicionais e através da qual se desempenhe, propriamente a função jurisdicional, ou seja, uma providência que, apreciando o pedido formulado pelo autor, seja acolhendo-o, seja rejeitando-o, formule a norma concreta disciplinadora da situação das partes. Em outras palavras, o direito de ação é um direito a uma sentença de mérito (aquela que julga ou aprecia o pedido do autor) – favorável ou desfavorável àquele que a solicitou – mas não a uma sentença qualquer. Em razão disso, é que o direito de ação não cabe a qualquer pessoa, nem se verifica em qualquer circunstância. De fato, para Liebman, a própria existência do direito de ação está condicionada ao atendimento de determinados requisitos denominados condições da ação [...]” (LIMA GUERRA, Marcelo. Condições da ação e mérito no processo cautelar. *Revista de Processo*, n.º 78, ano 20, Abril-Junho de 1995. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 191-203. pp. 194-195).

mas tão somente uma espécie de filtragem preliminar, circunstância pela qual concluiu que ação e a jurisdição são dependentes entre si⁵⁵⁸.

Apesar do Código de Processo Civil brasileiro ter adotado a teoria “eclética” da ação, ao que disciplina as condições da ação, impende observar que há muito tempo inúmeras são as críticas à esta teoria, podendo-se talvez até mesmo, guiado por certa ousadia, questionar-se acerca de seus louros.

A teoria de Liebman muito contribuiu para o debate processual em razão de ter traçado de modo preciso a separação entre mérito e *condições da ação*. Como bem observa Darci Ribeiro, para justificar as condições da *ação processual*, o jurista italiano se refere às *condições* para que possa ser *jugado o mérito da ação material*⁵⁵⁹. Ocorre que a doutrina já tinha ciência que a possibilidade jurídica, a legitimação e o *interesse de agir*⁵⁶⁰ eram condições

⁵⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 66.

⁵⁵⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004. p. 105. E segue lecionando que “cuando LIEBMAN escribió su famoso artículo sobre la acción procesal, criticó tanto la teoría concreta de la acción como la teoría abstracta, razón por la cual desarrolló su propia teoría que pasó a llamarse ‘ecléctica’ exactamente porque adoptó parte de una y parte de otra. De la teoría abstracta, adopta para la acción procesal el carácter de derecho subjetivo dirigido hacia el Estado, es decir, un derecho a la jurisdicción [...]. De la teoría concreta, más específicamente de Chiovenda, adopta las condiciones de la acción, que pasa a denominar de ‘interés para obrar, legitimación para obrar (ad agire), y posibilidad jurídica’ [...], el autor simplemente sustituye las expresiones de Chiovenda ‘esistenza di una volontà di legge’, ‘qualità’, e ‘interesse’ por ‘posibilidad jurídica’, ‘legitimación para obrar’, e ‘interés para obrar’; sin alterar significativamente el contenido de cada una de ellas; pero añade que faltando una de estas condiciones, se produce la ‘carencia de acción’ y el Juez debe recusar a proveer sobre el fondo de la demanda” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004. p. 106, nota 379). Tradução livre: “quando LIEBMAN escreveu seu famoso artigo sobre a ação processual, criticou tanto a teoria concreta da ação como a teoria abstrata, razão pela qual desenvolveu sua própria teoria que assou a chamar-se ‘eclética’ exatamente porque adotou parte de uma e parte de outra. Da teoria abstrata, adota para a ação processual o caráter de direito subjetivo dirigido contra o Estado, vale dizer, um direito à jurisdição [...] Da teoria concreta, mais especificamente de Chiovenda, adota as condições da ação, que passa a denominar de ‘interesse para obrar, legitimação para obrar (para agir), e possibilidade jurídica [...], o autor simplesmente substitui as expressões de Chiovenda ‘existência de uma vontade da lei’, ‘qualidade’ e ‘interesse’ por ‘possibilidade jurídica, ‘legitimação para obrar’ e ‘interesse para obrar’; sem alterar significativamente o conteúdo de cada uma delas; porém ainda que faltando uma destas condições, se produz a ‘carência de ação’ e o juiz deve recusar a prover sobre o fundo da demanda”.

⁵⁶⁰ Em relação à condição denominada *interesse de agir*, Nelson Nery Júnior observa que “deve preferir-se utilizar o termo da lei ao equívoco ‘interesse de agir’, eivado de falta de técnica e precisão. Agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que ‘interesse processual’ significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Condições da ação*. Revista de Processo, nº 64, ano 16, Outubro-Dezembro de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-38. pp. 36-37).

necessárias à obtenção do êxito da ação⁵⁶¹, todavia, diferentemente do defendido pela teoria eclética, as condições da ação vinculam-se à questões preliminares de mérito, nunca preliminares ao mérito⁵⁶², ressaltando-se que o

⁵⁶¹ Questão de alto relevo para o debate em questão, é que as condições da ação já norteavam o direito brasileiro antes mesmo da teoria eclética desenvolvida por Liebman. Corroborar esta assertiva o acórdão n.º 13.519, datado de 25 de agosto 1941, em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pronunciava-se sobre o momento em que as condições deveriam ser analisadas: se no despacho saneador ou na sentença. Tratava-se de uma apelação, cujo apelante era Daniel M. Cohen e os apelados eram a Previdência-Caixa Paulista de Pensões e Pecúlio e Francisco Assis Oliveira. A situação fática diz respeito ao fato da Previdência- Caixa Paulista de Pensões e Pecúlio ter requerido a sua habilitação na falência de Daniel M. Cohen & Cia pela importância correspondente aos alugueres de um armazém locado à falida. Meses depois cedeu esse crédito a Francisco de Assis Oliveira. O pedido de habilitação foi julgado improcedente em virtude da carência de provas. “Daniel M. Cohen, sócio da firma falida, a qual após foi reabilitada, alegando que cedente e cessionário do crédito agiram em juízo cobrando uma dívida já paga, propuseram contra eles esta ação para haver o dobro da importância cobrada, de acordo com o artigo 1.531 do Código Civil. Os réus defenderam alegando a ilegitimidade de parte do autor para lhes mover esta ação que, a corresponder a qualquer direito, só caberia à firma falida e reabilitada e não aos sócios individualmente. Processada a ação, o juiz julgou o autor carecedor dela, e entrando no mérito, julgou-a improcedente. Apelou o autor. Quanto à carência da ação pela ilegitimidade de parte, o juiz não podia decretar na sentença final. Esta matéria tem de ser decidida no despacho saneador (Código de Processo, artigo 294). Se o juiz aí não proclama a ilegitimidade das partes é porque as considera legítimas e elas adquirem o direito de ver a causa ser julgada pelo merecimento” (Acórdão n.º 13.519, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 25 de agosto de 1941. *Revista dos tribunais*. vol. CXXXIII, fascículo n.º 496, ano XXX, Setembro de 1941, pp. 623-624). Ainda sobre esta questão, destaca-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito federal, datado de 30 de abril de 1942, dos embargos que analisou o julgado da apelação n.º 9.790. “A principal matéria debatida nestes autos de ação de investigação de paternidade é a relativa ao despacho saneador, sua função e seus objetivos, dentro do sistema processual vigente. Entendeu a maioria da Egrégia Quarta Câmara que esse despacho não podia, desde logo, impedir as partes aos litigantes, no pedido que formularam, desde que, no curso da causa, poderiam eles mostrar os fundamentos legais de sua pretensão. O voto vencido, do Desembargador NOGUEIRA, ao contrário, acentuou o dever do Juiz de, desde logo, no despacho saneador, repelir o pedido, por ser ilícito, ou proibido por lei, sem necessidade de serem as partes obrigadas a dispêndios inúteis e a perda de tempo, desde que, na sentença final, a mesma solução teria de ser proferida ao pedido dos Autores. O voto vencido é o que passa a prevalecer, na conformidade do presente julgamento, unânime” (*Revista Forense*. vol. XCII, fascículo 472, ano XXXIX, Outubro de 1942. p. 117).

⁵⁶² Baptista. Ovídio Araújo Baptista. In: GOMES, Fábio. *Carência da ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.9. No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos ao afirmar que “O que se diz é exatamente que os três requisitos devem coexistir, para que se dê uma decisão quanto ao mérito. As condições da ação serão, assim, *preliminares do mérito*, bastando a inoccorrência de uma para que não se dê decisão quanto ao mérito” (SANTOS, Moacyr Amaral. *As condições da ação no despacho saneador*. São Paulo: Liv. dos Advogados, 1946. p.70). Analisando o emprego da expressão “preliminar de mérito” para as condições da ação, destaca-se Adroaldo Furtado Fabrício, mencionando certa ambiguidade “no sentido de que sua resolução não esgota as questões de mérito, mas pode tornar desnecessário o exame de outras delas, tal como ocorre com a prescrição, a decadência e, em geral, as denominadas ‘exceções substanciais’” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 390-391).

exame das condições da ação “não esgota necessariamente o *meritum causae*, mas é com certeza *um passo que se dá dentro do mérito*”⁵⁶³.

Não resta outra saída que a admissão que a sentença que declara a impossibilidade jurídica diz respeito ao mérito. Ao proferí-la, o juiz rejeita o pedido do autor, em conformidade com o artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, denegando-lhe o bem da vida perseguido através do processo; afirmando que o autor carece do direito subjetivo invocado; que o autor não possui razão; indeferindo o pedido mediato formulado pelo autor; repelindo a sua demanda, etc. Seja qual for o modo escolhido pelo magistrado para declarar a impossibilidade jurídica do pedido, sempre significará que o pedido do autor não procede, analisado, portanto, o mérito em qualquer circunstância⁵⁶⁴. Em nada difere a situação de quando alguém ajuíza uma ação de usucapião e declina na sua inicial um tempo de posse inferior ao exigido para se consumir a prescrição aquisitiva, da situação em que o mesmo autor, por malícia ou qualquer outro motivo, alterando o fato constitutivo se declara possuidor pelo tempo necessário, e este fato somente é observado após finda a averiguação probatória⁵⁶⁵.

Em relação à “condição da ação” denominada legitimação, torna-se mais difícil ainda conectá-la a uma sentença estranha ao mérito, pois ao declarar que o autor não possui *legitimidade ad causam*, resta o bem jurídico que desejava o autor negado pelo juiz, hipótese em que este responde ao autor : “Se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular.” Declarando o juiz a ilegitimidade passiva, afirma que *em face do réu* não tem o autor razão ou direito. Em qualquer hipótese, “há clara prestação de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência”⁵⁶⁶.

Ao que disciplina o conceito de Liebman sobre o interesse de agir, deve este ser fulcrado tanto sob o pilar da necessidade, ocasião em que a imposição da restrição objetiva obstar que alguém provoque a atividade jurisdicional do Estado por mero capricho ou com o intuito de molestar a parte contrária, e sob

⁵⁶³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 390.

⁵⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 381.

⁵⁶⁵ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

⁵⁶⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 385.

o pilar da utilidade, caso em que se acredita que a tutela requerida represente um proveito efetivo para o autor, assegurando-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que outrora possuía⁵⁶⁷. Contudo, assim como as outras condições da ação acima abordadas, a sentença que declara a inexistência de interesse processual, também está intimamente ligada ao mérito⁵⁶⁸, pois, “o reconhecimento da ocorrência do interesse de agir ainda não significa que o autor tenha razão: quer dizer apenas que o seu pedido se apresenta merecedor de exame”. Naturalmente, pertence ao mérito e não ao interesse de agir “toda e qualquer questão de fato e de direito relativa à procedência do pedido, ou seja, à juridicidade da proteção que se pretende para o interesse substancial”. Nesse sentido, o interesse de agir representa-se na relação entre a situação antijurídica denunciada pelo autor e o provimento solicitado para combatê-la⁵⁶⁹.

Ao defender que a atividade do juiz consistente em analisar a presença ou ausência das condições da ação é desprovida de natureza jurisdicional, constituindo-se apenas em um ato de filtragem prévia⁵⁷⁰, novamente falta-lhe razão⁵⁷¹, pois se esqueceu Liebman de delimitar o momento em que estar-se-ia

⁵⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 155.

⁵⁶⁸ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

⁵⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 170.

⁵⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. pp. 65-66.

⁵⁷¹ Diante do método didático elucidativo, merece ser transcrito o trecho em que Ovídio Baptista aborda o conceito de “condições da ação” de modo a exemplificá-lo: “Vejam, por meio de exemplos, como a ‘Teoria eclética’ desenvolve o conceito de *condições da ação*. Começamos pela condição denominada *legitimatío ad causam*. Imaginemos que o locatário ingresse em juízo com uma ação de consignação em pagamento, para depositar em juízo os aluguéis que o locador recusa receber, visando a obter a correspondente quitação. Contudo, em vez de mandar citar o locador, como demandado, equivocadamente propõe a demanda contra a imobiliária que apenas administra o prédio locado. Nesse caso, haveria *carência de ação*, por falta de legitimidade passiva do réu para ser demandado em ação de consignação em pagamento, pois a ação só poderia ser dirigida contra o locador. Num segundo exemplo, o locador ajuíza uma ação de despejo, dirigindo-a, porém, contra o procurador do inquilino, ou contra qualquer outro que eventualmente resida no prédio, com o qual, todavia, ele não mantém vínculo locatício. Novamente estaríamos ante uma situação de *carência de ação* de despejo, por falta de *legitimatío ad causam*. Pode igualmente acontecer que o autor, sendo simples administrador do locador, ingresse em juízo com uma ação de despejo contra o inquilino. Neste caso haveria também *carência de ação*, por falta de legitimidade para a causa. Aqui faltaria legitimação não ao réu mas ao autor. Em todas as hipóteses, segundo a doutrina, o processo deverá ser encerrado com uma sentença em que o juiz simplesmente declare o autor carecedor da ação, por ausência de *legitimatío ad causam*, sem, contudo, apreciar-lhe o mérito. Imaginemos, agora, que tanto o autor quanto o demandado presentes no processo sejam os verdadeiros titulares da relação jurídica posta em causa – ou, como

diante de um processo ou não⁵⁷². Até mesmo porque, para que essa redução do campo da atividade jurisdicional proposta por Liebman fosse concebida, ter-se-ia que surgir uma atividade estatal de natureza diversa da executiva, da legislativa e da judiciária, para que fosse possível “*enquadrar aquela exercida pelo juiz ao decidir sobre as condições da ação; ou o que é pior, atribuir a um funcionário ou agente qualquer a competência para o exame destas condições*”⁵⁷³. De todo modo, não há como pensar-se de acordo com o defendido pela teoria eclética, pois “*não se pode excluir o caráter jurisdicional dos provimentos do juiz que concluem não ocorrer alguma das ‘condições’ da ação*”⁵⁷⁴.

Ainda, deve ponderar-se que, diversamente do defendido por Liebman, “*denominada sentença de carência em nada se pode distinguir daquela de improcedência*”⁵⁷⁵. Trata-se de uma decisão judicial declaratória da inexistência

diria CARNELUTTI, os sujeitos do processo identificam-se com os sujeitos da lide -, mas falte ao autor outro pressuposto para que sua ação exista (cf. LIEBMAN, *Manuale...*v. 1, nº 75), qual seja, a *possibilidade jurídica do pedido*. Suponha-se que o autor tendo sofrido lesão a seu direito líquido e certo, proponha ação de mandado de segurança contra um particular, quando no sistema brasileiro o mandando de segurança só é proposto contra atos de autoridade; ou se o possuidor, vítima de um esbulho possessório, demande o agressor, pretendendo recuperar a posse, por meio de uma ação de reivindicação fundada no art. 1228 CC. Neste exemplo, haveria legitimidade *ad causam* tanto do autor quanto do réu, pois ambos seriam os titulares da situação jurídica litigiosa. No entanto, haveria a mesma *carência de ação*, agora por ‘impossibilidade jurídica do pedido’. A ação reivindicatória é concedida apenas ao proprietário, não ao simples possuidor. Pode haver, ainda, uma terceira hipótese de *carência de ação*: quando falte ao autor ‘legítimo interesse’ para estar em juízo. Trata-se aqui, do que a doutrina chama de ‘interesse processual’, porque não coincide com o interesse que tem, no plano do direito material, o respectivo titular do direito. O *legítimo interesse de agir*, a que se refere o art. 3º do CPC, define-se como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou para, através dele, realizar o seu direito. Se o provimento judicial pretendido por aquele que pede a proteção jurisdicional não foi idôneo para a realização do direito cuja proteção se requer, seria realmente inútil prosseguir no processo, até a obtenção de uma sentença que desde logo se sabe incapaz de proteger o respectivo interesse da parte. Daí dizer J. FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, v. 2, p. 33) que ‘para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional’” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 91-92).

⁵⁷² GUILLÉN, Victor Fairén. *Estudios*, p. 79. Com o mesmo posicionamento, Luiz Guilherme Marinoni menciona que “caso as condições da ação fossem admitidas como requisitos da *existência* da ação, seria necessário explicar o que teria provocado a jurisdição e determinado a instauração do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 180).

⁵⁷³ GOMES, Fábio. *Carência da ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. pp. 45-46.

⁵⁷⁴ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 71.

⁵⁷⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 389.

de uma *pretensão acionável do autor contra o réu*⁵⁷⁶, permitindo, pois, também observar-se que Liebman confundiu o significado de ação com a pretensão e, conseqüentemente, erroneamente conferiu o direito de ação também ao réu⁵⁷⁷, uma vez que falhou Liebman ao inobservar que quem age é o autor, tocando ao réu somente um ato de reação à ação do adversário, configurando-se a . pretensão à tutela jurídica como o denominador entre o autor e o réu⁵⁷⁸.

Desse modo, considerando-se que a ação, tanto na esfera do direito material, como no campo do direito processual, se encontra no “direito subjetivo de acesso aos tribunais”, é pacífico que todos podem exercê-lo, pois trata-se de direito abstrato outorgado indistintamente, motivo pelo qual, a ação *que lhe compete* também há de ser igualmente *incondicionada*⁵⁷⁹. O que motivou Barbosa Moreira, a sugerir, no lugar de “*condições da ação*”, a utilização do termo “*condições de legítimo exercício do direito de ação*”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 94-95

⁵⁷⁷ GOMES, Fábio. *Carência da ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.45. Para Ovídio, Liebman confunde o direito à sentença de mérito, o qual traduz-se no “estado” de quem tem o direito, com a ação que corresponde ao seu exercício. O direito de pretensão à tutela jurídica, portanto, a pretensão a que o magistrado decida o mérito da lide, tanto tem o autor quanto o réu, pois, findado o prazo para a defesa, é proibido ao autor desistir da ação sem a anuência do réu, podendo este, nesse caso, compelir o autor a permanecer no processo até a prolação da sentença de mérito. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 94.)

⁵⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 94.

⁵⁷⁹ Ao tratar do conceito de “ação” procesual, a doutrina confunde o direito subjetivo de acesso aos tribunais com o exercício efetivo e concreto deste direito, uma vez que o direito de acesso aos tribunais ainda não se traduz em ação, sendo tão somente um estado daquele que tem o direito subjetivo, que pode tanto estar contido em um texto de direito privado, como outrora estava no artigo 75 do Código Civil anterior, como pode apresentar-se em algum preceito constitucional, v.g. art. 5º XXXV da Constituição Federal; ou ainda pode não encontrar-se em nenhuma regra jurídica escrita, uma vez que o direito de ser ouvido pelos tribunais é princípio imanente e insuprível em todas as comunidades estatais (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 88). Coadunando do mesmo posicionamento, Moacyr Amaral Santos afirma que “sem preocupações doutrinárias, pode-se dizer que *ação* consiste no direito de pedir a prestação jurisdicional do Estado num caso concreto” (SANTOS, Moacyr Amaral. *As condicoes da acao no despacho saneador*. São Paulo: Liv. dos Advogados, 1946. p.13).

⁵⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 107.

7 A teoria dualista de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva

A teoria processual genuinamente brasileira que se lançou em contraponto à teoria eclética, a qual, conforme já referido, veio a ser adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 e, na época, pela grande maioria dos juristas brasileiros, foi sem dúvida a teoria de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o qual apesar de beber das lições dos autores caudatários da chamada teoria abstrata, foi muito além destes, construindo um castelo conceitual que até hoje se faz presente, de forma bastante retumbante, na teoria jurídica e processual brasileira. Seu pensamento, no âmbito do direito processual, foi propagado por Ovídio A. Baptista da Silva, jurista de pensamento crítico e genialidade invulgar, que soube, como ninguém, dar seguimento à obra de Pontes de Miranda no âmbito do processo civil brasileiro.

7.1 A dualidade entre mundo fático e mundo jurídico em Pontes de Miranda

Conforme Pontes de Miranda, o jurista utiliza-se de conceitos de dois mundos distintos: o *mundo fático* e o *mundo jurídico*. Enquanto no *mundo fático* ocorrem tanto os fatos físicos como os fatos do mundo jurídico quando tratados somente como fatos do mundo fático, no *mundo jurídico* apenas possui relevância aquele fato que entrou na sua esfera, sendo, portanto, “colorido pela regra jurídica que incidiu”⁵⁸¹. Esta regra jurídica traduz-se sempre em uma proposição que pode apresentar-se ou não na forma escrita, em que se diz “se ocorrem *a*, *b* e *c* (ou se ocorrem *b* e *c*, ou se ocorrem *a* e *b*, ou se ocorre *a*, ou se ocorre *b*), acontece *d*”. A esses elementos dá-se o nome de elementos fáticos, os quais podem aparecer juntos na sua integralidade ou, ainda, apresentar-se somente com o único que se exigia, “o *todo fático* é como que carimbado pela regra jurídica. A esse todo deu-se o nome de suporte fático”, o qual, somente entrará no mundo jurídico pela incidência da regra jurídica⁵⁸².

⁵⁸¹ Sobre a inserção dos fatos no *mundo jurídico*, Pontes de Miranda leciona que “se algum desses fatos entra no mundo jurídico, é porque o direito se interessou por ele. A técnica que tem o direito, mero processo social de adaptação, para chamar a si o fato que antes não lhe importava, é a *regra jurídica*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 21).

⁵⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 21-22.

O mundo jurídico se revela no mundo físico onde ocorre a incidência da regra jurídica, tornando jurídicos os fatos relevantes para o mundo jurídico. Os efeitos destes fatos jurídicos são as consequências que deles decorrem no mundo jurídico, ocasião em que a eficácia já supõe a entrada do fato no mundo jurídico através da sua irradiação⁵⁸³.

Os fatos jurídicos são classificados principalmente em relação à origem do elemento fático, hipótese em que se trabalha tanto com a origem extra-humana como com a origem humana, sendo que esta, a origem humana, se apaga em virtude do direito apenas enxergar o fato como extra-humano. Também serve de elemento classificatório dos fatos jurídicos a classificação binária de acordo com a atitude da lei, ou seja, de acordo com a licitude ou ilicitude⁵⁸⁴.

Os fatos jurídicos *lato sensu* penetram em quatro classes distintas denominadas fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos. Todas estas classes devem se dividir de acordo com a licitude ou ilicitude, sendo certa a existência de “fatos (jurídicos) ilícitos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos ilícitos, como atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos ilícitos”. Já em relação à classificação conforme a carga de eficácia, os fatos jurídicos devem atender a cinco espécies de efeitos denominados declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo⁵⁸⁵.

⁵⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 23.

⁵⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 24. Sobre a classificação dos fatos jurídicos, Pontes de Miranda ressalta que “temos de considerar que só eles são fatos do mundo jurídico. Há o mundo, o universo, e parte desse mundo é colorida pelas regras jurídicas que incidem em fatos que nessa *parte* do mundo se produzem. Não temos, portanto, de pensar em fatos que não interessam ou ainda não interessam ao direito, mas temos de dar a devida atenção a todos os fatos que são fatos do mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 23).

⁵⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 25. E segue aduzindo que “se cogitamos dos fatos jurídicos *stricto sensu*, ou eles constituem algo, ou permitem que se constitua, ou dão ensejo à condenação, ao mandamento, ou à execução. Por aí se vê que tais pesos de eficácia não são, como sempre se supôs, peculiares às ações e às sentenças. A inundação *constitui*, positiva ou negativamente. A confusão, a comistão e adjunção podem ser fato jurídico *stricto sensu*, ou ato-fato jurídico, com o efeito de constituir, positivamente, ou, em parte, negativamente. A especificação é tipicamente constitutiva” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 25).

Para exemplificar um fato jurídico stricto sensu pode-se mencionar a concepção do ser humano, uma vez que deste fato jurídico não se irradia o “efeito” de personificação; mas irradiam-se outros: o direito, a pretensão e a ação de alimentos a favor do nascituro; as medidas a benefício do nascituro, como a *missio in possessionem*, o pátrio poder e a curatela do nascituro⁵⁸⁶, sendo, portanto, o nascimento com vida um fato jurídico stricto sensu, pois dele “irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se prendem à pessoa. O nascimento sem vida é fato extintivo dos efeitos que haja produzido a concepção”⁵⁸⁷.

No que diz respeito aos atos-fatos jurídicos, sabe-se que são aqueles fatos jurídicos que escapam às classes dos negócios jurídicos dos atos jurídicos stricto sensu, dos atos ilícitos, inclusive atos de infração culposa das obrigações, da posição de réu e de excetuado (ilicitude infringente contratual), das caducidades por culpa, e dos fatos jurídicos stricto sensu. Os atos-fatos jurídicos englobam os atos-reais, a responsabilidade sem culpa - contratual ou extracontratual-, bem como as caducidades sem culpa - excetuando-se o perdão.

Questão peculiar envolve a produção do ato humano, pois nem sempre ele será o fato produzido pela vontade do homem. Cabe observar que “se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico stricto sensu”⁵⁸⁸. Nesse contexto, quando os atos humanos são esvaziados de vontade, sendo esta não observada para a juridicização, “o *actus é factum*, e como tal é que entra no mundo jurídico. É de tratar-se, então, como aqueles fatos que, de ordinário, ou por sua natureza, nada têm com a vontade do homem”⁵⁸⁹.

Sobre os atos jurídicos stricto sensu e os negócios jurídicos, Pontes de Miranda afirma que ambos perfazem o campo psíquico dos fatos jurídicos, sendo eles os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão

⁵⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 25.

⁵⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 26.

⁵⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 29.

⁵⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 30.

do direito. É através deles que “a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o. Para trás ficaram os atos ilícitos (atos jurídicos ilícitos), os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu*”⁵⁹⁰. Desse modo, Pontes de Miranda leciona que os fatos jurídicos abrangem os *fatos jurídicos stricto sensu*; os *fatos jurídicos* (contrários a direito), compreendendo fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto sensu* são espécie, como os atos ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; os *atos-fatos jurídicos*; os *atos jurídicos stricto sensu* e os *negócios jurídicos*⁵⁹¹.

Tudo isso forma, por assim dizer, o pressuposto no qual Pontes de Miranda desenvolve as relações entre direito objetivo e direito subjetivo, conceito nodal para a compreensão do plano do direito material. É certo, no entanto, que também o plano processual busca, a partir da dicotomia mundo dos fatos e mundo jurídico, sob a ótica da teoria pontiana, a explicação para os atos jurídicos processuais.

7.2 Plano do direito material

A teoria dualista da ação caracteriza-se por uma perfeita distinção conceitual entre as categorias do plano do direito material e do plano do direito processual. Cabe, neste ponto, analisar as principais categorias do plano do direito material.

⁵⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 30-31. Sobre a distinção entre negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*, Pontes de Miranda afirma que “quando se procura mostrar em que consiste a diferença, o mesmo engano e hábito, que levaram a definir-se o negócio jurídico pela escolha de efeitos, conduzem a caracterizá-la por serem, nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a conseqüente, em vez de relação escolha a escolhido. Toda caracterização do negócio jurídico como regulador de relações jurídicas, normativo, preceptivo, ou algo semelhante, deriva de engano, que é o de se crer na edicção de normas jurídicas pelas pessoas. Tal não se dá; e o próprio conteúdo-*lei* dos tratados internacionais, quando o há, e o próprio chamado contrato normativo, não seriam prova de que os negócios jurídicos pudessem estabelecer qualquer regra jurídica”. E, nesse contexto, define os atos ilícitos como os fatos jurídicos contrários ao direito, “que, recebendo a incidência das regras jurídicas, que neles se imprimem, surtem efeitos jurídicos (direito, pretensão e ação de indenização e até de restituição, direito ao desforço pessoal, à retificação etc.)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 31).

⁵⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 32.

7.2.1 Direito objetivo e direito subjetivo

Ao analisar a diferença conceitual entre o direito objetivo e o direito subjetivo, Pontes de Miranda, lamentando a ausência de tais noções nos livros “vulgares”, volta-se contra os próprios professores, os quais “agarrados a romanismos artificiais, que as modernas investigações romanísticas desmascararam”, insistem em utilizar “fórmulas imprestáveis, que não servem à Teoria geral do Direito, nem, sequer, à exposição da doutrina romana”⁵⁹².

O Direito analisado a partir de um viés objetivo é a “regra a que devem obedecer actos humanos, para que produzam certos efeitos, ou que atribui certos efeitos a factos ou actos, relevantes para a vida humana”. Já o direito subjetivo revela-se em “todo direito de que a regra objectiva dota os sujeitos de direito, conferindo-lhes projeção própria, actuação voluntária ou não”⁵⁹³.

O direito objetivo é definido por Pontes de Miranda como sendo a regra que rege as relações de direito e sua eficiência, “independente de qualquer subjectividade ou accionalibilidade. Onde começam a subjectividade e a acção decide o direito objectivo, mas exteriormente, na ordem do provimento em si”⁵⁹⁴.

Assim, a ilusão ultrapassada de que o direito subjetivo seria a expressão individual ou ainda a subjetivação do direito objetivo, de modo que os dois

⁵⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 10. Para ilustrar a diferença entre o direito objetivo e direito subjetivo, Pontes de Miranda trabalha com exemplos bastante elucidativos. Alega que a regra que manda abrir e fechar a determinado horário os jardins públicos, ou ainda, que determina mantê-los sempre abertos para que todos possam passar por eles, é um direito objetivo. Afirma, ainda, que nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjectivos, afirma o jurista que as pessoas que freqüentam estes jardins públicos, seja para ler, trabalhar ou qualquer outra atividade, não possuem direito subjetivo que lhes outorgue tal ação. No mesmo sentido, explica que “a escola primária no Brasil é de direito objectivo; porém as crianças em idade escolar não tem direito subjetivo à escola. Nenhuma obrigação haveria de parte dos governantes, se os pais ou tutores reclamassem professores, prédios, bancos escolares” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 10).

⁵⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 10. Considerando que a função principal do ordenamento jurídico é hierarquizar os interesses da sociedade, surgindo, portanto, interesses subordinantes e subordinados, o nobre professor Darci Ribeiro aduz que “*el ordenamiento jurídico, al mismo tiempo que presenta una solución abstracta a los conflictos de intereses – en derecho en sentido objetivo – , también favorece el interés de una persona – derecho en sentido subjetivo*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. pp. 35-36).

⁵⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 24.

conceitos tivessem a mesma dimensão, é carente de fundamento, pois “o direito objetivo é muito mais vasto do que poderá sê-lo o direito subjetivo”⁵⁹⁵.

Verifica-se, desse modo, que não existe “direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente”⁵⁹⁶. Desse modo é errôneo afirmar-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo, bem como falaz a alegação no sentido que foram simultâneos, uma vez que “a regra jurídica é *prius*, ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo”⁵⁹⁷. Nesse contexto, tem-se que o direito subjetivo, como produto da incidência da regra jurídica, é uma “*limitação* à esfera de atividade de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito (=outras pessoas)”⁵⁹⁸.

O conceito de direito subjetivo sofreu inúmeras influências filosóficas que o deturparam⁵⁹⁹. Foi entre o final do século XIX e o começo do século XX que alguns juristas procuravam conciliar ou fundir a teoria de Windscheid e a de

⁵⁹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: Polêmica sobre a ação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16. Corroborando com esta assertiva, pode-se aludir, entre outras, às normas jurídicas disciplinadoras da atividade administrativa do Estado, às normas reguladoras do processo legislativo, bem como às regras de direito processual que instrumentalizam a função jurisdicional, uma vez que são normas jurídicas de direito objetivo que não atribuem direito subjetivo (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: Polêmica sobre a ação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16).

⁵⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 55.

⁵⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 55.

⁵⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 54.

⁵⁹⁹ De acordo com o parecer de Pontes de Miranda, “Windscheid aludia à ‘dominação da vontade’. Sinete revelador da procedência: a filosofia de Hegel. Esquecia-lhe que a vontade não é necessária para a existência do direito subjetivo (*nondum concepti*, recém-nascidos, loucos). Demais, a vontade não valeria por si; seria, quando muito, a manifestação do direito subjetivo preexistente. Teríamos confusão entre um dos *meios* de actuação do direito subjetivo e o direito subjectivo, entre a *titularidade do direito* e o *exercício do direito*. Às épocas despóticas agrada reduzir tudo a noções de força, de vontade, de mando. Na espécie, a noções de força individualista, de vontade do próprio titular do direito. [...] Deve-se a von Jhering ter substituído à *vontade* o *interesse*. Não seriam vontades o que o direito tutela, mas interesses. Direito subjectivo seria o interesse juridicamente protegido: gôzo (substância) e proteção jurídica (forma) perfazem o direito subjectivo. É fora de dúvida que esvaziou de despotismo a concepção de Windscheid, que excluiu o sinal voluntarista, depois de o apontar à toda evidência, e que mostrou ‘interesses’, portanto fenômenos tipicamente subjectivo, substância pessoal. [...] Se estudarmos as duas noções, isentamente, fácil será vermos que Windscheid pôs os olhos no *meio* (vontade) e von Jhering no *fim* (interesse). Ao voluntarismo de um sucedeu o finalismo do outro. Ora, se o meio impõe a existência do direito subjectivo, com maioria de razão o fim, que lhe é posterior. O interesse só é direito subjectivo, só se assegura ‘subjectivamente’, porque o direito objectivo tornou assegurável, realizável, o interesse” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. pp. 10-11).

Jhering, resultando num direito subjetivo que seria ao mesmo tempo o “‘meio’ e o ‘fim’”, a vontade e o interêsse, o *querer* e o *pretender* de Del Vecchio, a faculdade de agir em conformidade com a norma que assegura o escopo e de exigir, na expressão de um dos mais incolores filósofos do direito, Vanni⁶⁰⁰. Entretanto, pode-se dizer que nenhuma das três tentativas de definir o direito subjetivo logrou êxito, uma vez que “só se lhe viram as manifestações de meio e de fim, portanto os seus efeitos práticos, o intermédio e o final”⁶⁰¹.

É cristalino que a existência do direito subjetivo não pode ficar condicionada à garantia de realização conferida pela ordem jurídica, de modo que o direito subjetivo consiste na individualização da posição jurídica, ou seja, é o reconhecimento de que alguém pode invocar determinado direito, em virtude da concessão desta posição pelo direito objetivo⁶⁰².

⁶⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. pp. 11-12. E prossegue observando que “não viam êles que identificam direito objectivo e direito subjectivo, e que metiam aí a palavra *facultas*, com o seu prestígio romântico, como se ela, por si, bastasse para cavar a separação entre os dois conceitos. De passagem, digamos que Vanni foi além: somou o agir e o exigir, a que não se sabe bem corresponderiam acção e pretensão” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 12)

⁶⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 12. Ao estudar o conceito de direito subjetivo, Darci Ribeiro, discordando de Recaséns Siches, entende que “*el derecho subjetivo no pertenece al mundo propiamente jurídico, sino más al ético-social, que es la base la cual el mundo jurídico se nutre cuando el hecho es relevante para la sociedad*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 37, nota 62).

⁶⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. pp. 13-14. Numa perspectiva monista, como o faz Darci Ribeiro, “en la fase anterior al proceso no existe propiamente derecho subjetivo mediato, sino sólo un derecho subjetivo inmediato. El derecho subjetivo ‘mediato’, como suele ser concebido por los autores, no es más que una ventaja objetiva: es una ventaja porque el ordenamiento jurídico, a través de su función principal de jerarquizar los intereses en sociedad, favorece el interés de una persona en detrimento de otra; y es objetiva porque esta prevista en el propio ordenamiento jurídico. Esta ventaja objetiva, para que sea un ‘derecho subjetivo’, adquiriendo el verdadero status de protección definitiva, en el sentido estrictamente técnico de la palabra, necesita ser confirmada por una sentencia, puesto que, como señala IHERING, ‘el derecho existe para realizarse. La realización es la vida del derecho, y la verdad del derecho en sí mismo. Lo que no sucede nunca en realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, es sólo un fantasma de derecho, meras palabras y nada más’. Es decir, si el derecho existe para realizarse, con anterioridad a la sentencia no puede existir ‘derecho subjetivo mediato’, porque antes de ella su realidad es cuestionable y su realización depende exclusivamente de la voluntad de las personas, es una regla social de conducta (“*Verhaltensrecht*”), ya que el Estado solamente puede constreñirlas a realizar el derecho a través de una sentencia, es decir, con la sentencia existe la concreción de una sanción abstracta a través de la coacción que puede ser actual o potencial, y además de asentar la existencia del derecho, desplaza la voluntad del obligado que ya no tiene importancia para la realización del derecho. En consecuencia, toda sentencia es intrínseca y objetivamente coercitiva, porque además de concretar la existencia del derecho a las partes, se impone a la voluntad de las mismas, por lo que el querer volitivo del obligado para la realización del derecho subjetivo mediato es un elemento secundario. [...]”

Ressalta-se que o direito subjetivo não é uma faculdade, e sim, *contém* a faculdade, ou seja, o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade, a qual é o meio fático para a satisfação de interesses humanos, e o direito subjetivo é o meio jurídico⁶⁰³. Partindo de uma análise dogmática, tem-se que o direito subjetivo é “uma técnica de que o legislador lança mão; portanto, no plano do direito positivo, há de ser, sempre, um *posterius* em relação ao direito objetivo. Não pode haver direito subjetivo anterior ao momento da *positivação* do direito”⁶⁰⁴.

O direito é visto por Pontes de Miranda como uma vantagem que foi conferida a alguém em virtude da incidência da regra jurídica em algum suporte fático, e, o que “dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito já aqui *subjetivo*, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele”⁶⁰⁵. Motivo pelo qual, quando da distribuição dos bens da vida, “*que é toda feita pelas regras jurídicas*, se excluimos a arbitrariedade – cada posição de titular de vantagem, que se confere a alguém, é direito. Antes de cada direito, esteve, pois, a ordem jurídica, a *lex*, a regra”⁶⁰⁶.

con estas afirmaciones no queremos decir que el juez pueda, a su arbitrio, crear el ‘derecho subjetivo mediato’, sino que su misión es cooperar a la realización de ideales previamente establecidos, dentro de un ordenamiento jurídico dado. [...] De modo diferente ocurre con los derechos subjetivos inmediatos, pues, como veremos seguidamente, su ejercicio no se da frente a nadie, por lo que su existencia no afectará la esfera jurídica de ninguna persona, y por tanto no hay necesidad de una sentencia para someter, actual o potencialmente, el querer volitivo de un obligado que no existe. Esta es la razón por la cual es posible sostener dentro del ordenamiento jurídico la existencia de este tipo de derecho antes de una sentencia” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004, pp. 44-48). No mesmo sentido manifestou-se o autor em seu artigo *Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo* (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo*. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito UNISINOS: mestrado e doutorado/ orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011. pp. 77-80).

⁶⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 55.

⁶⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16. No mesmo sentido, concordando com o nascimento anterior do direito objetivo, destaca-se a opinião do professor Darci Guimarães Ribeiro (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004, p. 36, nota 61). No mesmo sentido ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 62.

⁶⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 47.

⁶⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 47.

Verifica-se que a correlação existente entre direito e dever pressupõe a necessidade de existência de uma “relação jurídica básica, ou relação jurídica interna à eficácia (relação intrajurídica), para que haja direito e, pois, dever”⁶⁰⁷, sendo que aquele que se encontra do lado ativo da relação jurídica é o sujeito do direito e aquele que está no lado passivo, “é o que deve, o devedor (em sentido amplo). A atividade (=qualidade de ser ativo) de um é o direito; a passividade é o dever”⁶⁰⁸. Todavia, há que se considerar sobre esta correlação, que ela não enseja a afirmação de que o direito e o dever sejam a mesma coisa, observado de lados opostos. Até mesmo porque “se isso ocorre, por exemplo, na compra e venda, não é o que se passa na propriedade: o direito aparece *mais* do que o dever porque o seu correlato se dilata, minguado, pulverizando-se, em dever das outras pessoas”⁶⁰⁹. Assim, de fato a correlação existe, sendo que “a diferença é devida à pluralidade de sujeitos passivos. É o *princípio da correlatividade dos direitos e deveres*”⁶¹⁰.

Há que se ponderar que a atribuição da titularidade de um direito subjetivo implica, necessariamente, em “reconhecer a seu titular a faculdade de exercer as vantagens que tal posição jurídica possa conter e a faculdade de defendê-lo em juízo, sempre que o direito subjetivo seja ofendido ou corra risco iminente de sê-lo”⁶¹¹. Todavia, isto não deve importar na afirmação de que a todo direito deverá corresponder uma ação que o assegure, uma vez que há casos em que o direito subjetivo “já existia, ou ainda exista, e lhe falte a *pretensão* que o torne *exigível*”⁶¹².

Com efeito, o direito subjetivo deve ser visto como um *status* - como uma categoria jurídica estática -; diferentemente da ação que pode corresponder a esse direito subjetivo em seu momento dinâmico. O professor Ovídio Baptista elucida a assertiva argumentando que o proprietário é titular do

⁶⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 47.

⁶⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 47.

⁶⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 48.

⁶¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 48.

⁶¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

⁶¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

domínio, do mesmo modo que o credor tem direito subjetivo de crédito, ou seja, tanto o proprietário como o credor é titular de um direito subjetivo, possuem o *estado* de sujeitos de um poder conferido pela ordem jurídica. Trata-se de direitos subjetivos em seu *estado potencial*, em que nenhum exercício é exigido para que o *status* de titularidade da situação de vantagem permaneça⁶¹³.

7.2.2 Pretensão de direito material

Se A é titular de um crédito ainda não vencido, pode-se afirmar que A possui direito subjetivo e ocupa a posição de credor. Existe, no presente exemplo, o *status* que corresponde à referida categoria no direito das obrigações, contudo, A ainda não dispõe da faculdade de poder exigir que o seu devedor cumpra o *dever* correlato, satisfazendo o seu direito de crédito. É com o vencimento que nasce para A uma nova faculdade de que seu direito passará a dispor, nasce a faculdade de *poder exigir* que o seu devedor satisfaça a obrigação. Com esse nascimento, o direito subjetivo que outrora se apresentava em estado de latência, adquire dinamismo e ganha uma nova potência, esta denominada pretensão⁶¹⁴.

Desse modo, tem-se que a pretensão é a posição subjetiva dotada de exigibilidade, “*de pessoa a pessoa, ou pelo ato administrativo, ou pela*

⁶¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: Polêmica sobre a ação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16. No mesmo sentido ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 63. O processualista Darci Ribeiro ensina que “*el poder concedido por la orden jurídica (derecho objetivo), de hacer valer o no un precepto que establece un determinado comportamiento, depende única y exclusivamente, salvo raras excepciones, tales como la representación legal de los incapaces y la figura del sustituto procesal, de la voluntad del titular de este poder.[...] el derecho subjetivo es un status jurídico del que goza el titular del poder, no implicando necesariamente la idea de ejercicio de este poder que se refiere a la pretensión o la acción material [...]. El derecho subjetivo es solamente un status jurídico del que goza el titular del poder porque su relación es ‘entre un sujet d’action’, por lo tanto, una relación intrasubjetiva. Cuando la relación se da entre el sujeto de la acción y el objeto del derecho, esto presupone la idea de ejercicio de este status jurídico (rectius, poder) porque conlleva necesariamente la exteriorización de la conducta del sujeto hacia el objeto, razón por la cual esta relación se denomina extrasubjetiva y es ejercida mediante la pretensión o la acción*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. pp. 40-41).

⁶¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64. De acordo com Darci Ribeiro, “*el vencimento no es un requisito esencial para que el derecho subjetivo exista, es un requisito esencial para que pueda ser ejercido, es un elemento externo en la configuración del derecho mismo que puede nacer junto o después de él, pero no se confunde con él, sirviendo solamente para que pueda existir la pretensión*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 42).

‘ação’⁶¹⁵, tendo, portanto, como titular uma pessoa, possível sujeito de direitos ou de deveres⁶¹⁶. É o “*poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa*”⁶¹⁷, à qual corresponde um “dever ‘premível’ do destinatário dela, talvez obrigação (no sentido estrito), sempre obrigação (no sentido largo). Ao ‘posso’ do titular da pretensão, corresponde o ‘ser obrigado’ do destinatário”⁶¹⁸.

Considerando que o direito subjetivo corresponde ao *status* jurídico de que goza o seu titular, é imprescindível que se observe que a existência do direito subjetivo não acarretará necessariamente a ideia de seu exercício, bem como que poderá existir direito subjetivo mesmo que inexista, ainda, ou não mais exista, a faculdade conferida ao titular do poder de exigir a realização de seu direito⁶¹⁹. Com base nestas observações, pode-se “distinguir entre direito subjetivo, *exigibilidade*, inerente ao direito subjetivo, e *exigência efetiva* exercida por seu titular para que o mesmo se realize”⁶²⁰.

Não existe pretensão sem destinatário, tampouco obrigação sem que exista pretensão. O conteúdo desta varia de acordo com o direito que emana⁶²¹ e sempre visará à satisfação, sendo, portanto, a pretensão um “meio para fim; a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente por ato ou abstenção sua”⁶²². Assim, considerando que o dever corresponde a um direito e a obrigação à pretensão, entende-se que “há direitos sem pretensão e, pois, do outro lado, sem obrigação. Não, porém, obrigações sem dever”⁶²³.

Quando a prestação ainda é exigível, ou a satisfação do direito, sem que se tenha ação, ainda existe a pretensão. Todavia, se a exigibilidade da satisfação não pode mais ser exercida, ou a prestação, havendo a ação haverá

⁶¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p.61.

⁶¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 63.

⁶¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p.68.

⁶¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p.68.

⁶¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 63-64.

⁶²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64.

⁶²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p.61.

⁶²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p.68.

⁶²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 67.

pretensão, “porque, se bem que se possam ser separadas as exigibilidades, elas compõem a pretensão, e, enquanto há uma, há pretensão. Não há exigibilidade sem pretensão”⁶²⁴.

O professor Ovídio Baptista afirma que havendo a pretensão e não sendo esta exercida, em razão do decurso do tempo e da inércia do titular do direito, ocorrerá a prescrição da faculdade de exigir⁶²⁵, e é esta prescrição o ponto crucial que diferencia a pretensão tanto do direito como da ação⁶²⁶. A partir de então, haverá direito subjetivo, “porém não mais *pretensão*, e, conseqüentemente, não mais *ação*”⁶²⁷, a qual é um momento posterior na vida do direito subjetivo⁶²⁸.

Pode-se dizer que a pretensão é a tensão para algum ato ou omissão dirigida a alguém: “o pre está, aí, por ‘diante de si’. O direito é dentro de si mesmo, tem extensão e intensidade; a pretensão lança-se”⁶²⁹. O direito é dirigido para que alguém cumpra o dever jurídico, o qual pode ser de sujeitos passivos totais. A pretensão, seja no caso em que figuram sujeitos passivos totais, seja nos créditos de omissão contínua e desde o início, é “satisfeita e, pois, cumprido o dever: a continuidade implica essa satisfação no presente e no passado; e, à medida que se avança no futuro, a satisfação continua, até que ocorra a violação do dever por parte dos sujeitos passivos, totais ou não”⁶³⁰.

A pretensão possui a ação, a qual é a soma da exigência e da atividade para a satisfação. Conforme Pontes de Miranda, “se digo ao vendedor que

⁶²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p.61.

⁶²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64.

⁶²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 73.

⁶²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64.

⁶²⁸ A prescrição das pretensões reais inicia-se no exato momento em que deixa de ser satisfeita, apresentado-se de modo contínuo e negativo: não infringir a pretensão é ir satisfazendo-a de modo continuamente. Algumas vezes, em se tratando das pretensões de propriedade, pode ser oposta alguma exceção – direito de retenção – ainda que o direito do proprietário nada possa sofrer; “a pretensão *depende* do direito, que lhe é base, com ele nasce, ou dele nasce, e com ele se extingue (ainda se foi cedida)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 73).

⁶²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 69.

⁶³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 70.

desejo que me pague o que me deve, *exijo-o*; porém, ainda não *ajo* contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, *ajo* condenatoriamente, *condeno* e executo. Os dois atos só são hoje permitidos onde a lei especialmente os permite”⁶³¹, fato este decorrente do monopólio da jurisdição.

Seguidor fiel das lições de Pontes de Miranda, Ovídio Baptista afirma que “temos, portanto, três fenômenos diferentes: o direito subjetivo, a pretensão de direito material, que são *estado* de que desfruta seu titular, e o exercício dessa faculdade de exigir, que não é mais um estado, mas o desenvolvimento de uma *ação* por parte do titular da pretensão”⁶³². Assim, o titular ativo do direito subjetivo que exigir que o titular do dever jurídico (obrigado, *lato sensu*), se comporte conforme a norma e cumpra a obrigação, ainda não estará *agindo para a realização de seu direito*, ele estará limitando-se a *exigir sem agir*. De modo que a pretensão apresenta-se como meio para um fim, e este, na medida em que apenas exige-se o cumprimento do dever jurídico, é alcançado através de uma conduta voluntária do obrigado. Motivo pelo qual, “o exercício da pretensão, pois, ainda não realiza o meu direito

⁶³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 65.

⁶³² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65. Traçando um esboço histórico sobre o tema, observa Pontes de Miranda que “em 1817, Ponsset, e - posteriormente – Savigny, Puchta, Pescatore e a maioria dos juristas dos povos latinos entenderam que a *acção* é poder inerente ao direito e, pois, elemento mesmo do direito subjectivo. Identificar-se-ia com êle, ou, pelo menos, com a sua fase correspondente à violação. Outra teoria, oriunda da célebre polémica de Muther com Windscheid, sobre a *actio romana*, já considerou a *acção* como direito subjectivo público, direito do indivíduo à tutela jurídica por parte do Estado. Com certas variantes, é o que pensam Schmid, Hellwig, Langheineken e outros. Wach explica tal direito como dirigido contra o Estado e contra o adversário. Outros juristas procuram eliminar a direcção contra o Estado, operação evidentemente difícil, uma vez que se partiu da afirmação de direito público subjectivo. Entendeu Bülow que não existe *acção* como direito subjectivo anterior ao juízo. Com a demanda nasce o direito à sentença *justa*, ao funcionamento eficaz do aparelho justiferante ao Estado. O direito à sentença *favorável* não existe antes da convicção do juiz e do julgado. Josef Kohler e Degenkolb apoiaram-no” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. pp. 15-16). No mesmo sentido ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 50-52. A confusão que exames desatentos fazem entre direito subjetivo e *ação* mereceu destaque na obra de Pontes de Miranda. Este, alegando tratar-se de institutos inconfundíveis, elucidou a questão do seguinte modo: “a) é possível permanecer intacta a legislação quanto ao direito subjectivo e mudar quanto às *acções*; b) haver prazos para a *acção*, sem que com a extinção dela se extinga o direito subjectivo; c) existirem direitos subjectivos sem *acção*, como os créditos de *jôgo*”⁶³². Desse modo, supondo a *ação* o direito objetivo que a dê e fato que constitua a razão do seu exercício, consequentemente, ela não se identifica com o dever do sujeito passivo, uma vez que “se o direito subjectivo tende à prestação, a *acção*, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro *plus* e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. pp. 14-15).

subjetivo, uma vez que sua satisfação ficará na dependência da conduta do obrigado, prestando, cumprindo, satisfazendo a obrigação”⁶³³.

7.2.3 Ação de direito material

Enquanto o exigir corresponde ao conteúdo da obrigação e da pretensão, necessitando do agir voluntário do obrigado, a *ação de direito material* é um *agir* do titular ativo do direito que visa a sua realização, independentemente da vontade ou comportamento do obrigado. Sendo assim, nos casos em que o titular da pretensão *exige* do obrigado a satisfação e não obtém êxito “porque o sujeito passivo viola o dever jurídico, nasce ao titular uma pretensão a *ação de direito material*, que é o *agir* – não mais o simples exigir -, por meio do qual o titular do direito *realizá-lo-á por seus próprios meios*, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado”⁶³⁴.

Cristalina é, para Pontes de Miranda, a existência da ação antes mesmo de ser exercida pela dedução em juízo, e, portanto, precedente a qualquer

⁶³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 66. Assim, “se disponho de um direito subjetivo exigível (=dotado de pretensão) e, no exercício dessa faculdade de exigir a satisfação, realizo alguma atividade tendente a que o obrigado cumpra *espontaneamente* a obrigação, como por exemplo escrevendo-lhe uma carta em que lhe peça o cumprimento, ou tomando qualquer outra providência idônea a forçá-lo à satisfação de meu direito, ainda não exerço *ação de direito material*, porque apenas estou a exigir, o que se pressupõe conduta *voluntária* de cumprimento por parte do obrigado. Minha atividade, aí, não pode prescindir de um ato voluntário do próprio obrigado, de cumprimento da obrigação. A *ação de direito material* é um novo poder que surge depois do exercício infrutífero da pretensão e corresponde, como dissemos, à faculdade, inerente a todo o direito, que tem seu titular de *agir para sua realização*” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68).

⁶³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 66. Sobre a temática, o processualista Darci Ribeiro leciona que “para que la pretensión pueda ser realizada es necesario una conducta voluntaria por parte del obligado, esto es, para su realización no se puede prescindir de una acción voluntaria del obligado, su actuación es indispensable para la satisfacción del titular de la pretensión. Quod plerumque accidit en las relaciones habituales de la vida la actuación del derecho se hace espontáneamente, respetando o satisfaciendo de modo directo los intereses que la norma jurídica garantiza y tutela. Pero si el deudor no actúa voluntariamente, es decir, se resiste al ejercicio de la pretensión, qué puede hacer su titular? Cómo estaría garantizada la realización de su pretensión? En este caso, el titular de la pretensión insatisfecha puede utilizar la acción material, esto es, puede agere, en el sentido físico y común de la palabra, puede buscar la realización de su pretensión independientemente de la voluntad del obligado, pues no es lógico que el mismo ordenamiento jurídico que concede un derecho subjetivo sobre el interés de otro, no permita realizarlo si no es a través de la parte contraria, pues en la práctica esto equivaldría a negar la existencia del derecho subjetivo. [...] Este agere privado del titular de la acción material corresponde al ejercicio de la propia fuerza contra el adversario, que en tiempos remotos era permitido” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. pp. 63-64).

invocação da pretensão à tutela jurídica⁶³⁵. Desse modo, a pretensão “contém exigir; a ação, além de exigir (*ex-igere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua, e não de outrem, premido. Quem age é ágil; quem cumpre o que deve é exato. Cumprir é exação; exigir é “premir” a exação”⁶³⁶.

Assim como os direitos relativos, os direitos absolutos também geram pretensões. Nestes direitos, o exercício do direito se dá pelo uso do objeto do direito quase que de modo exclusivo: “assina o nome nos escritos e nos recibos, constrói no terreno, lavra ou cava a terra, come os frutos; mas há pretensões, que se manifestam na proibição geral de turbação e de esbulho”⁶³⁷.

Assim, mesmo no caso em que alguém não pense em violar a minha propriedade, ainda assim se pode dizer que lhe é proibido turbar ou esbulhar o meu direito, todavia não há possibilidade de se *exigir*, pois não tem como “cindir-se o lado passivo dos direitos absolutos em proibir, que seja *prius*, e exigir, que seja o conteúdo da pretensão, como *posterius*”⁶³⁸. Nitidamente, confundem-se, aí, a ação e a pretensão: “a pretensão é *erga omnes*, consiste em proibição geral, que corresponde à estrutura dos direitos com sujeitos passivos totais; da infração, da não-satisfação da exigência geral de abstenção, é que nasce a *ação*”⁶³⁹. De modo que, havendo turbação ou esbulho, havendo a pretensão, nascerá a ação.

Contrastando com a pretensão *erga omnes* gerada pelos direitos absolutos, há a pretensão gerada pelos direitos relativos, a qual é uma pretensão contra pessoas determinadas, em que “a ofensa de terceiros que

⁶³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 65. Conforme Pontes de Miranda, a pretensão à tutela jurídica é exercida para que a ação - que é a permissão de ato inicial para a satisfação - alcance ao que colima. Razão pela qual, a confusão que alguns juristas fazem entre a *actio* e a pretensão à tutela jurídica desatende tanto aos antecedentes históricos como à sistemática do próprio direito (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 65).

⁶³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 64-65.

⁶³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 65

⁶³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 65

⁶³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 65

atinga o direito relativo gera direito, pretensão e ação, porque invade a esfera jurídica de outrem”⁶⁴⁰.

Em razão do princípio geral da acionabilidade das pretensões, a toda pretensão sempre deve corresponder uma ação que a assegure. Onde houver pretensão haverá a respectiva ação⁶⁴¹. Contudo, excepcionalmente existe alguns casos em que isso não ocorre “e podemos, com toda a exatidão, falar de direitos mutilados ou pretensões mutiladas. [...] O que se amputou, mutilando-se o direito, foi a própria pretensão”⁶⁴². Para que sobre algo da pretensão é necessário que ao menos um dos seus elementos constitutivos não haja sido eliminado. Em todos os casos nos quais a “pretensão só se pode exercer em ‘ação’, há pretensão sem exigibilidade extrajudicial e há ação (judicial). Pode dar-se que ela não tenha aquela e a ação ainda não tenha nascido; então, a pretensão existe: é a pretensão sem exigibilidade extrajudicial e de exigibilidade futura. A exigibilidade potencial basta ao conceito de ação”⁶⁴³.

No campo do direito material deve ser observada a inadmissibilidade de falar-se em pretensão procedente ou improcedente, uma vez que a procedência e a improcedência são categorias de direito processual que dizem respeito “ao resultado da investigação que no processo se faz para determinar justamente essa existência ou inexistência do direito e da pretensão”⁶⁴⁴. Até mesmo porque há somente duas alternativas: “o direito é ou não é, existe ou não existe”⁶⁴⁵.

A *ação de direito material* é, pois, o poder que surge após o exercício infrutífero da pretensão e corresponde à faculdade que tem seu titular de *agir para sua realização*. De acordo com o contido no artigo 75 do Código Civil anterior, a toda pretensão corresponde uma ação. Já no Código Civil de 2002, inexistente uma norma similar a esta, “no pressuposto implícito de que a “ação”

⁶⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 66-67.

⁶⁴¹ Nesse sentido, pode ser compreendido o artigo 75 do Código Civil brasileiro de 1916.

⁶⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 123.

⁶⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 123-124.

⁶⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65.

⁶⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65.

seja uma categoria processual (como de fato é) e que não exista no direito material uma categoria que lhe corresponda, indicada como *ações* (no plural)⁶⁴⁶. Os sistemas europeus eliminaram os conceitos de pretensão e ação de direito material, “de modo que ao legislador pareceu um anacronismo conservar, num código de direito material, a definição do que seja uma ação”⁶⁴⁷. Todavia, visando aproximar-se do direito alemão, o qual preservou a categoria definida como pretensão, os legisladores do novo Código Civil “houveram por bem resgatá-lo, inserindo no art. 189, o seguinte conceito de pretensão: ‘Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206’”⁶⁴⁸.

Para Ovídio Baptista, tal fato trata-se de uma prova de que o nosso sistema não pode conviver com as formas de tutelas preventivas, pois para o nosso Código Civil, “a violação do direito é a condição para o surgimento da pretensão. Embora a Constituição Federal proclame que o sistema jurídico brasileiro protege tanto o direito violado quanto o direito ameaçado de sê-lo, para o Código Civil não há pretensão antes da violação”⁶⁴⁹.

O conceito de ação de direito material é inconfundível com a noção processual conferida ao tema, ponto sempre muito destacado tanto por Ovídio Baptista quanto por Pontes de Miranda. Este, ao alegar que a “ação é a inflamação do direito ou da pretensão”⁶⁵⁰, e portanto, defendendo que a ação pertence ao plano do direito material, afirma que ela “é intrínseca ao direito, que a tem, e os direitos que não a tem só não a tem porque elês mesmos foram nascidos sem ela ou a regra objectiva a fez precluir ou prescrever”⁶⁵¹. A

⁶⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68.

⁶⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68.

⁶⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68.

⁶⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68. O processualista segue aduzindo que “o peso cultural do paradigma racionalista é tão sufocante que o legislador nem mesmo se deu conta de estar a confessar-se partidário da figura do juiz sonhado pelo Iluminismo, mantendo o conceito de ação por SAVIGNY e por todos os juristas que o sucederam” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 68).

⁶⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 129.

⁶⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934, p. 17. E segue afirmando que “estudos superficiais puseram as ações no direito processual. As consequências seriam embaraçosas. No direito dos Estados a dois direitos, a ação teria de ficar aos legisladores do direito processual, o que

ação se traduz no direito a reclamar, não podendo ser definida como o direito subjetivo, tampouco como o “direito-meio, que os Estados conferem com os remédios processuais. O direito de acção não é *contra determinado Estado*, o que dele faria direito público subjectivo; mas a admissão, por parte do direito mesmo que cria a relação, a reclamar a aplicação da lei”⁶⁵². Desse modo, pode-se afirmar que “a acção é outro grau em que já se confere a alguém, *autor*, titular da acção, o reclamar a verificação, a actuação da lei”⁶⁵³.

A ação não se confunde com o direito subjetivo nem com a pretensão, pois estes tendem à prestação diferentemente da ação que supõe combatividade⁶⁵⁴, pressupondo a transgressão da norma. Desse modo, “o credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão”⁶⁵⁵. Assim, caso o devedor não efetue o pagamento no tempo e no modo correto, cabe ao credor a ação. Todavia, não se deve alegar que coação caracteriza a ação, tampouco o direito subjetivo, pois “o que existe de coativo no direito é comum ao direito objetivo não subjetivado e aos direitos subjetivos”⁶⁵⁶.

Importante mencionar a possibilidade da ação ser o único elemento que aluda ao direito, não sendo raros os casos em que “a ação pode existir sem a pretensão (ou sem o resto da pretensão). Tal o que ocorre com os direitos formativos, ou sejam geradores, ou modificadores, ou extintivos, se exercíveis por ação”⁶⁵⁷. Em relação às ações declarativas positivas, salienta-se que existe pretensão à declaração e há ação, já em relação às ações declarativas

seria absurdo. No Direito internacional privado, a acção seria a da *lex fori* e nunca a da lei pessoal ou outra que tivesse de ser aplicada pelo juiz estrangeiro. Portanto, a prescrição seria processual e processuais os prazos preclusivos impostos às acções, solução abertamente contrária aos sistemas de direito. Em tudo isso, a confusão já concerne ao direito subjectivo e à acção, toca à acção e ao remédio processual” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 19).

⁶⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 22.

⁶⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 24.

⁶⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 108.

⁶⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 50.

⁶⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 50.

⁶⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 129.

negativas, “a reação do autor à afirmação do réu apresenta-se como pretensão e ação”⁶⁵⁸.

7.3 Plano do direito processual e pré-processual

O plano do direito processual, para Pontes de Miranda, trabalha com categorias que apresentam certa simetria em relação às categorias do plano do direito material, mormente os conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação. O fato de estarem em outro plano, no entanto, lhe impõem outros elementos, cujo estudo afigura-se imprescindível para a compreensão do pensamento do mestre alagoano.

7.3.1 Monopólio estatal e pretensão à tutela jurídica

O tema da pretensão à tutela jurídica guarda íntima relação com o do monopólio da jurisdição⁶⁵⁹. Pode-se dizer, nessa senda, que a *justiça de mão própria (autotutela)* foi a justiça primitiva, na qual a pretexto de se justificar, o mais forte fazia prevalecer o que lhe interessava⁶⁶⁰. Para se evitar o abuso na realização do direito, ou melhor, o arbítrio, não basta a criação de regras jurídicas (direito objetivo) nem que elas incidam, criando direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. A incidência, com bem nota Pontes de Miranda, “*só se passa no mundo do pensamento, embora impecavelmente aconteça*”. Como nem sempre o homem e o Estado apreendem os direitos e

⁶⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 129. Pontes de Miranda afirma que “a resposta para ação declarativa positiva tem de ser separada (porém não é necessariamente diferente) da resposta para a ação declarativa negativa”. Toda pretensão, uma vez existente, deverá conter a pretensão a ser declarada, uma vez que, “ao exercer-se, se declara a si mesma, ou provoca o órgão ou o corpo competente a declará-la”. Tanto nos sistemas jurídicos deficientemente explicitados ou concebidos, “em que não há ‘ação declaratória’, o elemento pretensão à declaração é *ineliminável*: em toda ação de condenação, constituição, mandamento ou execução, há elemento declarativo, que, de ordinário, é questão prévia”. Todas as relações jurídicas, pois, possuem como pretensão essencial a afirmação da própria existência da relação jurídica (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 62-63).

⁶⁵⁹ Sobre o tema, com mais vagar, ver o capítulo 4 do presente trabalho.

⁶⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 247. Conforme Pontes de Miranda, “diante os bens da vida, a forma primitiva de solução de conflitos entre os homens, ou entre as entidades personificadas, foi a *luta material*. Ainda hoje, em povos que correspondem a tempos passados, persistem formas simbólicas das decisões por atos próprios. À medida que o direito se substitui ao regramento com base exclusiva na força, não só aparece a magna função do juiz, como também princípios surgem que punem severamente o fazer-se justiça, por mais exata que seja, com as próprias mãos”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 243)

deveres criados pelo ordenamento jurídico, quando a incidência não corresponde à realidade da vida, “se tem de proceder à aplicação (*ad, plicare*, pôr nas obras, *plica*, provavelmente depois de abri-las, de *ex-plicare*)”⁶⁶¹. Frente a essa situação, a justiça de mão própria pode existir ainda quando exista o Estado e o direito, com o agir privado para realizar o direito. No entanto, para evitar os já referidos abusos e arbítrios naturalmente decorrentes da autotutela, monopolizou a justiça. Quando o fez, “*prometeu prestá-la a quem a tivesse, e também isso não se pode eliminar*”⁶⁶². Daí a existência da pretensão à tutela jurídica como um poder decorrente do monopólio da jurisdição.

De acordo com Pontes de Miranda, tanto o conteúdo como a finalidade da pretensão à tutela jurídica, a qual é de direito público, consistem na obtenção da tutela jurídica. Independentemente se for o autor ou o réu que estiver exercendo a pretensão à tutela jurídica, esta deve se dirigir contra o Estado, e somente será satisfeita no momento em que o Estado fizer a prestação jurisdicional que prometeu⁶⁶³. Assim, sempre que alguém se sentir ferido em algum direito, fato este que é psicológico, a “*Justiça vai recebê-lo, não porque tenha direito subjetivo, de direito material, nem, tampouco, ação: recebe-o como a alguém que vem prestar perante os órgãos diferenciados do Estado a sua declaração de vontade, exercendo a sua pretensão à tutela jurídica*”⁶⁶⁴.

Os defensores da dependência da pretensão à tutela jurídica em relação à pretensão de direito material “esbarraram diante da ação declaratória para a prova da falsidade ou autenticidade de documento. No fundo, eles sofriam com a *falta de coincidência* levados pelo idealismo filosófico em que viviam: *prefeririam que só pudesse ir a júízo quem tivesse razão*, e raciocinavam, no terreno jurídico, *como se assim fosse*”⁶⁶⁵. Não há como saber quem possui

⁶⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 244.

⁶⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 245

⁶⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 245.

⁶⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 247.

⁶⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 181.

razão sem antes examinar-se o caso posto a lume. Foi a situação humana que impôs a cisão do direito em “material (civil) e direito processual (formal), a que correspondem a pretensão e a ação de direito material, de um lado, e, do outro, a pretensão de direito público, pré-processual, e a ‘ação’”⁶⁶⁶.

O direito à prestação jurisdicional, - direito público subjetivo a que o Estado, através de seus órgãos preste justiça – possui como sujeito ativo aquele que vai a juízo e como sujeito passivo o Estado. O sujeito ativo declara o que pretende através da *petitio*. Esta “não é mais do que um acto jurídico processual”⁶⁶⁷ que possui elemento de *comunicação de vontade* - que se traduz no desejo de solução à demanda- e *comunicações de conhecimento* - que são todas as afirmações em juízo – realizadas na petição inicial. Todavia, o que prepondera é a *declaração de vontade*, a qual, supondo um direito subjetivo em potência⁶⁶⁸, estabelece o ato jurídico de direito público primeiramente entre o sujeito ativo e o Estado, e depois entre este e o réu. Contudo, deve-se destacar que “a mesma relação pode ser de direito privado, no caso dos árbitros, quando a declaração de vontade dos que se submetem põe no lugar do juiz estatal o juiz extraestatal”⁶⁶⁹.

Considerando que o sujeito ativo, alegando ter direito subjetivo ou pretensão, ainda que o direito alegado caiba a outro, pede “que os órgãos do Estado *apliquem* o direito objetivo”⁶⁷⁰, cristalino que “fica sem pertinência o espanto daqueles que se detinham em excogitar o problema de ir alguém a juízo sem razão, isto é, sem pretensão de direito material”⁶⁷¹.

É através do ato jurídico denominado *demanda* que o autor “*põe o juiz na obrigação de resolver a questão, ‘ainda que seja ‘se cabe a constituição ou mandamento, ou a execução’*. À base da sua legitimação para esse ato jurídico estão a capacidade de ser parte e a necessidade da tutela jurídica (uma e outra

⁶⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 181-182.

⁶⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 26.

⁶⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 28.

⁶⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 27.

⁶⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 248. No mesmo sentido ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 27.

⁶⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 247.

pré-processuais)⁶⁷². Desse modo, ao passo que se exerce a pretensão à tutela jurídica, automaticamente supõe-se que o Estado deve prestar a tutela jurisdicional, salientando-se que o dever existe mesmo nos casos em que o juiz apenas tenha de manifestar-se sobre a inexistência da pretensão de direito material “*res in iudicium deducta*, o autor ou o réu. Há dever de prestação a decisão, segundo as regras jurídicas processuais”⁶⁷³.

Defendendo a falsidade da afirmação que o demandado somente poderia ter pretensão à tutela jurídica após o autor exercer a sua, acarretando, pois, na assertiva de que não seria pré-processual, mas processual a pretensão, o processualista Pontes de Miranda aduz que a pretensão à tutela jurídica, assim como toda a pretensão, existe antes mesmo de ser exercida, e que a pretensão do demandado à tutela jurídica “*existe, ainda que não se exerça, porque lura novit cúria. O Estado, pelo órgão judicial, tem o dever e a obrigação de aplicar o direito e, pois, de atender ao pedido*”⁶⁷⁴. É com o exercício da pretensão à tutela jurídica que se estabeleceu a obrigação do Estado de entregar a prestação jurisdicional através de uma sentença, independentemente do conteúdo desta ser favorável ou não⁶⁷⁵.

Importante advertir, nesse sentido, que a pretensão à tutela jurídica cabe tanto ao autor, quanto ao réu, que apenas defende-se, que reage à “ação” do autor, pois também exige do Estado que lhe preste idêntica tutela, porém para julgar improcedente o pedido do autor. De acordo com Ovídio Baptista, “*tal princípio está assegurado pelo art. 267, § 4º do CPC, que impede que o autor desista da ‘ação’, sem o consentimento do réu, depois de decorrido o prazo de sua resposta*”. Neste caso, adverte o processualista gaúcho, “*a oposição do réu coloca o Estado no dever de prestar-lhe a mesma atividade que a ‘ação’ do autor provocará*”⁶⁷⁶.

⁶⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 249.

⁶⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 249.

⁶⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 254.

⁶⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 254.

⁶⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73.

Ponto de extrema relevância é que a pretensão à tutela jurídica pertence a um número de pessoas muito maior do que àquelas que a exercem-na, o que configura o caráter pré-processual da pretensão à tutela jurídica. Assim, o percurso inicia-se com o exercício da pretensão à tutela jurídica pelo autor, o Estado, através de seu órgão, toma parte na relação jurídica processual que se estabelece e, citando o réu, se torna angular a referida relação. Sendo através da sentença que ocorre a satisfação da pretensão à tutela jurídica, constituindo, “com o trânsito em julgado, terminação normal ou anormal, da relação jurídica processual”⁶⁷⁷.

7.3.2 Ação processual e remédio processual

De acordo com Pontes de Miranda, juntamente com a Ordenança Processual Civil alemã iniciou-se o percurso para a construção do conceito de “ação” processual autônoma – desligada do direito material -, apresentando-se de modo formal e abstrata, enquanto direito à jurisdição. Contudo, a “ação” processual, ainda que autônoma em relação ao direito material, sempre será o exercício de algum direito, *“porquanto essa ação processual, a todos outorgada, é também a expressão de um direito, como o é a ação de direito material. Temos direito, no plano processual, porque temos ‘pretensão de tutela jurídica’, porque temos, afinal de contas, ‘direito à jurisdição’*”⁶⁷⁸. Portanto, o exercício da “ação” processual se traduz no exercício do direito de ser ouvido em um tribunal, e *“a ação será sempre o exercício de um direito que lhe dá fundamento e legitimidade. Agir sem direito é cometer arbitrariedade. Não existe ação sem direito”*⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 182. Conforme Ovídio A. Baptista da Silva “a verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o ‘pronunciamento’ da sentença que compõe o litígio – que não passa de uma atividade-meio, apenas instrumental -, senão que corresponde à *realização do direito material* que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização. O que ocorre, no entanto, é que o Estado, para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência do direito cuja titularidade seja porventura *afirmada* por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder ‘ação’, no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem *ação*” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.72).

⁶⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 190.

⁶⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 191. O professor Ovídio Baptista ressalta que “quando se diz que

Do mesmo modo que a ação de direito material não deve ser confundida com a “ação” processual, também não se pode crer que todo e qualquer pedido de tutela jurisdicional dirigido ao juiz, através da “ação” processual, envolva uma ação de direito material. O professor Ovídio Baptista, ciente que se trata de caso raro⁶⁸⁰, defende que o exercício de ação de direito material pode ocorrer fora da jurisdição, “igualmente pode suceder que o titular da *pretensão de direito material* (direito exigível) valha-se da jurisdição, formulando um pedido ao juiz, para simples exercício (processualizado) de sua pretensão, e não para que o Estado realize, através da ação de direito material, o seu direito”⁶⁸¹. Hipótese em que se estaria diante da presença de uma “ação” processual – pedido de tutela jurisdicional -, sem que existisse *uma ação de direito material*⁶⁸². Notavelmente irrelevante, portanto, a existência de ação para que o remédio processual possa ser utilizado, uma vez que se trata de direito subjetivo “contra um Estado, - o que estabelece o remédio, o Estado do fôro”⁶⁸³.

Analisando a expressão “direito de ação”, pelo seu viés privatístico, verifica-se que se trata de expressão a qual se deve evitar, uma vez que existindo direito, ainda que de outrem, há ação, sendo a referida expressão, portanto, fruto da confusão entre a ação e a ligação dela ao direito. O “direito de ação” seria “o direito de ‘ação’, direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ‘ação’”⁶⁸⁴.

a ‘ação’ processual é autônoma e que, por isso, existe sem que o autor tenha direito, misturam-se a ação de direito material com a ‘ação’, enquanto categoria processual. Passa-se – o que é mais frequente do que se imagina – do plano do direito material para o processo, sem advertir em que o fenômeno do monopólio da jurisdição gerou um novo direito, o ‘direito à jurisdição’, com base no qual a ordem jurídica concede-nos a ‘ação’ processual. Certamente posso exercer ‘ação’ (processual) sem ter direito (material!), porém exercê-la é exercer ‘meu direito à jurisdição’. Isto é tão singelo, sob o ponto de vista lógico, que só uma pesada casca ideológica poderia tê-lo obscurecido” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 192).

⁶⁸⁰ No direito brasileiro, pode-se mencionar o desforço imediato previsto no art. 1210, §1º, do Código Civil, que assegura o direito de ação material para a defesa da posse, desde que exercido de forma imediata e proporcional à violação.

⁶⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 69.

⁶⁸² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 69.

⁶⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 22.

⁶⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das acções*. Campinas: Bookseller, 1998 p. 129. E segue expondo que “se não se têm, rente à vida jurídica, os olhos, se não se chega a noções claras, tudo se confunde e baralha, com prejuízo para a ciência e para a

O que interessa à função integradora da ordem jurídica é que tenha o autor o direito público subjetivo à justiça, não importando, portanto, se o autor tem ou não razão, seja ou não o titular de um direito subjetivo ou de uma pretensão. Este direito público subjetivo é o “resultado de regra jurídica de direito pré-processual, ainda quando, o que ocorre no direito constitucional brasileiro, a regra jurídica de direito pré-processual se tenha feito de direito constitucional”⁶⁸⁵.

Sendo o remédio processual um *meio instrumental*, posto pelo direito formal a serviço das pessoas que “estejam em determinadas condições, para que, com o uso dêle, possam suscitar a *decisão*, a prestação jurisdicional”⁶⁸⁶, a legitimação ativa e passiva são os únicos pressupostos variáveis para a sua propositura⁶⁸⁷. Em conformidade com o lecionado por Ovídio Baptista, “aquele que exerce a ‘ação’ processual *age*; a parte adversa contra quem a ‘ação’ é exercida defende-se, *reage* à ação do autor. Ambos, porém, tanto o autor que age quanto o réu que se defende têm igual *pretensão de tutela jurídica* e, portanto, idêntico direito de obter uma sentença de mérito”⁶⁸⁸.

Para que não se confunda a “ação” processual com o *direito subjetivo público* de invocar a tutela jurisdicional – *direito subjetivo processual* -, suscitando, portanto, a atividade estatal de prestar jurisdição, deve-se ter em mente que a “ação” não é um direito subjetivo pelo fato de ser ela a “expressão

justiça. Direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício desta pela ‘ações’, é direito, no mais rigoroso sentido; o Estado não é livre de prestar, ou não, a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou a si a tutela jurídica, a Justiça. [...] O Estado tem o dever correspondente a esse direito, que é direito subjetivo e dotado de pretensão, um de cujos elementos é a ‘ação’, o remédio jurídico processual” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 130).

⁶⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 282.

⁶⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 24. E segue dizendo que “aos Direitos das gentes, por exemplo, falta apenas o aparelhamento que assegure tais remédios, o que de modo nenhum quer dizer que não existam direitos subjectivos das gentes ou ações de direito das gentes. Do mesmo modo, a liberdade física existe, como direito, onde não exista direito ao *habeas-corpus* ou onde se negue a acção de liberdade física, se bem que se reconheça o direito. Subjectivação, acção, remédios técnicos processuais, são três fenômenos diferentes” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 24).

⁶⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 22. Ver também PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 285.

⁶⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 75.

dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior a que a funda⁶⁸⁹. No plano processual, a “ação” é “a manifestação do direito público subjetivo que o Estado reconhece aos jurisdicionados de invocação da jurisdição”⁶⁹⁰.

Nos casos em que o direito objetivo não se realizou, ou seja, nos casos em que houve a *incidência* da regra, mas esta não foi *aplicada*, usa-se do remédio jurídico processual para se chegar ao fim pretendido. A diferença entre a *incidência* e a *aplicação* da lei deve ser sempre observada: ocorre a incidência da lei no momento em que se tem de criar a relação ou situação jurídica; dá-se a aplicação no momento da incidência, “se ao fim se chegou normalmente, ou quando a parte, que a deixara de respeitar, passou a respeitá-la, ou quando o juiz, mediante aquela prestação jurisdicional, a que aludimos, a aplica”⁶⁹¹.

Proveniente da lei processual, o remédio jurídico processual é “o caminho que tem de ser perustrado por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação, ou somente com ação”⁶⁹². Imperioso, desde logo, destacar que “tão diferentes são ação e remédio jurídico processual, que todos os dias, ao julgarem os feitos, os tribunais declaram que o indivíduo não tem a ‘ação’. No entanto, usaram do remédio jurídico processual. Poderiam dizer mais: que não tinham, sequer, pretensão; nem, ainda mais, direito subjetivo”⁶⁹³. Razão pela qual, resultará em assertiva equivocada sempre que se chamar “ação ao remédio jurídico processual (e.g., ação ordinária, ação sumária)”, em virtude da ambiguidade⁶⁹⁴.

⁶⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17. Sobre o tema, Darci Ribeiro afirma que “*cuando se confunde derecho subjetivo con pretensión o acción, en realidad se está confundiendo la relación intrasubjetiva, que resulta del propio derecho subjetivo, con la relación extrasubjetiva, que resulta del ejercicio de este derecho por la pretensión o la acción material*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 41).

⁶⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17. No mesmo sentido ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 63.

⁶⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 282.

⁶⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 109.

⁶⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 109.

⁶⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 109.

É principalmente através da “ação” – do remédio jurídico processual – que a ação de direito material se exerce, ou seja, a ação se exerce através do exercício da pretensão à tutela jurídica⁶⁹⁵. No momento em que se propõe uma “ação”, exerce-se a pretensão pré-processual a qual se vinculou o Estado em razão do monopólio da jurisdição⁶⁹⁶.

Salienta-se que, no plano processual ou pré-processual, não se deve confundir o direito de acesso aos tribunais com o exercício deste direito, que se chama “ação” processual. O direito de acesso aos tribunais é um “*prius* lógico e, conseqüentemente, distinto da categoria a que se dá o nome de ‘ação’ processual”⁶⁹⁷. A amplitude do direito de acesso aos tribunais será maior ou menor de acordo com as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, “mas será dificilmente imaginável uma organização estatal onde não haja tribunais com as funções que hoje lhe são próprias, sem que isto provoque a eliminação total do próprio direito e o estabelecido de um regime de arbítrio e terror absolutos”⁶⁹⁸.

Deve ser observado que há uma distinção entre o que acontece no plano do direito processual e o que se passa na esfera do direito material. O simples exercício da pretensão não bastaria perante o direito processual, ao passo que no campo do direito material dar-se-ia por suficiente. Quem pretende à obtenção da tutela jurisdicional não pode apenas “*exigir e esperar que o juiz sozinho aja por ele, tal como poderia ocorrer no campo do direito material com o exercício da pretensão. O direito processual exige mais, exige que o titular da pretensão de tutela jurídica formule sua exigência e, ao mesmo tempo, através do juiz, também ele efetivamente aja no sentido de obtê-lo*”⁶⁹⁹. A este agir é que se dá o nome de “ação” processual⁷⁰⁰.

⁶⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 124.

⁶⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 124.

⁶⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 72.

⁶⁹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73.

⁶⁹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 74. Razão pela qual, diz-se que no plano do direito processual, “o exercício da pretensão de tutela jurídica está condicionado não apenas a exigência formulada pelo interessado, por meio de um pedido dirigido ao juiz, mas, além de simplesmente exigir, terá o interessado de agir processualmente, em atividade simultânea a desenvolvida pelo Estado. Se a ordem jurídica se contentasse com a simples provocação da atividade jurisdicional, com

Por conseguinte, a ação de direito material é afirmada no processo como existente na petição inicial. No entanto, “se a ação for julgada improcedente, terá havido, sem dúvida, ‘ação’ processual, do começo ao fim, legitimamente exercida, mas o autor que a exercera não tivera, no caso, a ação declaratória ou constitutiva que afirmara possuir”⁷⁰¹. Daí a dualidade dos planos (processual e material), e a forma como, a partir do estudo da ação e da “ação” encontram-se, na teoria dualista de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva, os vínculos e entrelaçamentos entre direito material e processo.

o simples *exercício da pretensão*, enquanto exigência de tutela, deixando ao juiz toda a atividade necessária subsequente, teríamos a prestação da tutela jurisdicionalmente mediante o simples exercício da pretensão. Todavia, não é isso que acontece. Em verdade, o autor (aquele que age), não só exige como, juntamente com o juiz, deve também ele exercer atividade, agindo para obter a prestação da tutela jurisdicional. [...] Antes do julgamento de procedência, no entanto, a ação de direito material é apenas uma hipótese a ser ou não confirmada pela sentença” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 75).

⁷⁰⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 75.

⁷⁰¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 113.

8 A pretensão processual e sua aptidão para estabelecer os vínculos entre direito material e processo no Estado Democrático de Direito

O tema da pretensão processual é pouquíssimo estudado e abordado pela doutrina brasileira. No entanto, apresenta-se de grande relevância para a compreensão dos vínculos entre direito material e processo no Estado Democrático. Daí a necessidade de se dedicar um capítulo próprio para o seu estudo no presente trabalho. Com efeito, nas próximas linhas será trabalhado o tema da pretensão processual, desde os seus aspectos históricos, lançando mão dos principais idealizadores do tema, para, então, traçar os seus principais contornos dogmáticos.

8.1 Considerações gerais sobre o desenvolvimento histórico do estudo da pretensão processual

Conforme notícia Jaime Guasp, o autor que será aqui tomado como base para o estudo do tema do desenvolvimento histórico da pretensão processual, o professor alemão Leo Rosenberg pode ser considerado como o precursor de tal doutrina⁷⁰². Na Itália, Dante Angelotti, por sua vez, seria responsável por distinguir um conceito sociológico e outro jurídico de pretensão (*La pretesa giuridica*, 1923), isso sem falar de Carnelutti, que considerou a pretensão como um elemento formal indefectível em toda lide, definindo-a como a exigência da subordinação do interesse de outro ao interesse próprio, tratando-se de um ato, não de um poder, que não é e nem supõe o direito. O próprio Guasp reconhece que o seu conceito de pretensão pode ser concebido como “*una fusión de las ideas básicas de ROSENBERG y CARNELUTTI, tomando del primero ele stricto carácter procesal, no material, de la reclamación, y del segundo su desvinculación de la ideal del derecho*”⁷⁰³.

⁷⁰² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 47-48, nota 44. No mesmo sentido, RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 109.

⁷⁰³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 47-48, nota 44. Tradução livre: “*uma fusão das ideias básicas de Rosenberg e Carnelutti, tomando do primeiro o estrito carácter processual, não material, da reclamação, e do segundo sua desvinculação da ideia de direito*” “*uma fusão das ideias básicas de Rosenberg e Carnelutti, tomando do primeiro o estrito carácter processual, não material, da reclamação, e do segundo sua desvinculação da ideia de direito*”.

O pensamento de Guasp sintetiza os melhores resultados da doutrina clássica a respeito do tema, assumindo nodal importância para o estudo da pretensão processual⁷⁰⁴. Antes de analisar a sua teoria da pretensão processual, imprescindível, no entanto, realizar uma breve incursão no pensamento de seus precursores, de Leo Rosenberg e Francesco Carnelutti sobre o tema.

8.2 Objeto litigioso e pretensão processual em Leo Rosenberg

No §88 do seu Tratado de Direito Processual Civil, tomo 2, Leo Rosenberg dedica um ponto específico para tratar do objeto litigioso e da pretensão processual. Menciona que a ZPO utiliza, algumas vezes, o termo *objeto litigioso*, com o significado de *direito ou relação jurídica*, mas, quase sempre, significa o mesmo que pretensão. Outras vezes, porém, objeto litigioso significaria o *objeto da pretensão processual*. Seja como for, de acordo com o jurista alemão, “*los dos significados del objeto litigioso como pretensión y objeto de la pretensión son puramente procesales, y su sentido es completamente distinto del unido a los conceptos correspondientes del derecho civil*”⁷⁰⁵.

Nessa senda, Rosenberg afirma que, em sentido processual, cada pretensão tem um objeto que não se identifica com o objeto possível do direito material que lhe serve de base. Tanto é assim que para ele “*la pretensión de la ZPO no es la pretensión del BGB*”⁷⁰⁶, havendo, pois, uma clara diferença no tratamento do tema conforme se esteja no âmbito do direito civil ou do direito processual.

⁷⁰⁴ Conforme Darci Guimarães Ribeiro, a teoria da Guasp “*es el mejor intento hecho hasta hoy para elaborar un concepto procesal de pretensión, delimitándola de institutos afines y demostrando su utilidad teórica y práctica*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 109).

⁷⁰⁵ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. pp. 27-28. Tradução livre: “*os dois significados do objeto litigioso como pretensão e objeto da pretensão são puramente processuais, e seu sentido é completamente distinto do unido aos conceitos correspondentes do direito civil*”.

⁷⁰⁶ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. p. 29. Tradução livre: “*a pretensão da ZPO não é a pretensão do BGB*”.

Com efeito, como primeiro passo para determinar o conceito de pretensão processual, seria necessário diferenciar as tarefas do autor das atribuições do juiz. Desse modo, aduz que o autor não pode limitar-se a submeter ao juiz um conjunto de fatos e deixar à discricionariedade desse as consequências jurídicas que quiser extrair dos fatos e reconhecê-las. Ao contrário, o autor teria o encargo de indicar o objeto e fundamento da pretensão proposta e a apresentação de uma petição determinada. Dito de outro modo, deve apresentar uma *afirmação de direito* ou uma *afirmação de consequência jurídica*, acerca da qual solicita, na sua petição, uma resolução capaz de autoridade da coisa julgada. É por isso que estaria obrigado o juiz, somente podendo decidir se a consequência jurídica pretendida pelo autor foi produzida e existe ou não. Portanto, não pode conceder-lhe nenhuma outra consequência jurídica.

A apresentação da afirmação de direito, por sua vez, é realizada mediante uma forma relevante para o direito processual, no caso, a petição. Em que pese a petição necessite de fundamentos, estes se darão mediante alegações de fatos: *“es decir, de las llamadas circunstancias concretas o del relato histórico; o sea, del relato del proceso histórico, de los acontecimientos o de las causas empíricas, del estado de hecho, que sirve de base a la demanda”*⁷⁰⁷. Com base nessa proposição, Rosenberg considera que *“el objeto litigioso no consiste en hechos, sino en una afirmación de derecho derivada de ellos y reclamada”*⁷⁰⁸.

Todavia, essa afirmação de direito derivada dos fatos não pode ser expressada com os conceitos do direito civil. A propósito, *“si la tarea del actor es presentar en el proceso una determinada petición de la demanda que debe expresar lo que quiere alcanzarse con ésta, y exponer una situación de hecho que funde lo pedido, sólo de estos momentos debe tomarse la determinación*

⁷⁰⁷ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. p. 30. Tradução livre: *“um método para a formulação”*.

⁷⁰⁸ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. p. 35. Tradução livre: *“o objeto litigioso não consiste em fatos, mas em uma afirmação de direito derivada deles e reclamada”*.

*del objeto litigioso concreto*⁷⁰⁹. Após trabalhar com vários exemplos, como o pedido de restituição de coisa ou de dinheiro, indenização decorrente de ato ilícito ou inexistência de uma relação jurídica, Rosenberg considera que, em todos aqueles casos, a exigência baseada na situação de fato apresentada é o objeto litigioso ou a pretensão da ZPO, sem consideração acerca da sua qualificação jurídica. E, desse modo, afirma que a pretensão processual deve ser definida *“como la petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario, por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamento”*⁷¹⁰.

No que concerne ao fundamento da pretensão formulada, este, de acordo com o jurista alemão, não pode ser mais que o acontecimento real com o qual o autor funda a sua petição, ou seja, o conjunto de fatos que é pressuposto necessário de toda consequência jurídica, uma vez que *“a los hechos une el ordenamiento jurídico su consecuencias”*⁷¹¹. O autor, no entanto adverte, na linha do que já foi referido, que nem a consequência jurídica ou a relação jurídica constituem o fundamento da pretensão⁷¹².

Para Rosenberg, a petição dirigida à declaração de uma consequência jurídica não é independente do objeto da pretensão formulada, pois deve fazer conhecível necessariamente o seu objeto, assinalando o que o autor pretende e em que extensão, se a condenação é a uma prestação, constituição ou declaração. Pode-se, desse modo, dizer que para o jurista alemão a pretensão processual apresenta como notas importantes as circunstâncias de fato, que servem de fundamento para a petição formulada, e o seu objeto, que, no caso,

⁷⁰⁹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. p. 35. Tradução livre: “se a tarefa do autor é apresentar no processo uma determinada petição da demanda que deve expressar o que quer alcançar-se com esta, e expor uma situação de fato que funde o pedido, somente a partir destes momentos é que deve tomar-se a determinação do objeto litigioso concreto”.

⁷¹⁰ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. pp. 35-36. Tradução livre: “como a petição dirigida à declaração de uma consequência jurídica com autoridade de coisa julgada que se assinala pela solicitação apresentada e, enquanto seja necessário, pelas circunstâncias de fato propostas para seu fundamento”.

⁷¹¹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. p. 36. Tradução livre: “aos fatos une o ordenamento jurídico suas consequências”.

⁷¹² ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. p. 37.

a despeito de ser a pretensão processual dirigida à declaração de uma consequência jurídica com autoridade de coisa julgada, deverá ter em conta o que o autor pretende e em qual extensão.

8.3 O conceito de pretensão em Carnelutti

Para que se possa analisar o conceito de pretensão em Carnelutti, cumpre, antes, fazer uma breve incursão sobre o seu pensamento jurídico, partindo da obra que, segundo o próprio Carnelutti, fecha o ciclo, iniciado com as *Lezioni* e prosseguido com o *Sistema*, da sua “*opere generali sul processo civile*”⁷¹³. Trata-se das suas “*Istituzioni del processo civile italiano*”.

O mestre italiano inicia o seu estudo, diferenciando direito e processo. Para ele, chama-se direito, equivalente ao ordenamento jurídico, o complexo dos comandos jurídicos (preceitos sancionados) os quais se constituem para garantir entre um grupo social (Estado) a paz ameaçada pelos conflitos de interesses entre os seus membros. Dessa forma, pode-se dizer, que “*il diritto si costituisce mediante la formulazione dei precetti e la imposizione delle sanzioni*”⁷¹⁴. É chamado processo, por sua vez, o complexo de atos relevantes à formação ou à atuação dos comandos jurídicos, cuja característica consiste na colaboração a tal fim das pessoas interessadas (partes) com uma ou mais

⁷¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 3.

⁷¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 3. Tradução livre: “O direito se constitui mediante a formulação dos preceitos e a imposição das sanções”. Para Carnelutti, “si chiama, appunto, sanzione la statuizione delle conseguenze derivante della inosservanza del precetto. Naturalmente, se la sanzione ha di stimolare alla osservanza del precetto, tali conseguenze hanno da essere spiacevoli, cioè hanno da consistere in un male” [...] “è anche naturale che il male derivante dalla trasgressione del precetto abbia da essere più grave di quello che porta con sé la obbedienza; in ciò consiste non tanto un requisito logico della sanzione quanto una esigenza pratica della sua eficácia” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova: CEDAM, 1936. p. 22). Sobre a importância da sanção na construção do ordenamento jurídico, Darci Guimarães Ribeiro considera a sanção como “o mecanismo criado pelo ordenamento jurídico para tornar efetiva a hierarquia dos interesses em sociedade, influenciando na vontade das pessoas”. No entanto, diferentemente de Carnelutti, que trabalha a sanção somente numa perspectiva negativa, como “il male derivante dalla trasgressione del precetto”, para o jurista gaúcho, a sanção é uma técnica de controle social criada para garantir e reforçar o respeito na observância das normas, daí a possibilidade de utilizar o termo sanção “em seu sentido mais amplo para incluir nele não só as consequências desagradáveis da inobservância das normas, senão também as consequências agradáveis da sua observância” (RIBEIRO, Darci Guimarães. Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, anuário/2004*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, Unisinos, 2005. p. 88).

pessoas desinteressadas (juiz). A palavra processo indica, desse modo, “*un metodo per la formazione o per l’attuazione del diritto, il quale mira a garantire la bontà del risultato, cioè la regolamento del conflitto d’interessi che ottenga realmente la pace e perciò sai giusto e certo*”⁷¹⁵.

Nessa perspectiva, a relação entre direito e processo “*è dúplice e vicendeole*”⁷¹⁶, pois na condição de método para a formação ou para a atuação do direito, o processo serve ao direito, ao passo que, como tal formação ou atuação, em razão dos conflitos de interesse que tende a regular e também aquelas outras, nas quais se resolve o próprio processo, são reguladas pelo direito, o processo é servido pelo direito⁷¹⁷.

Para explicar a função repressiva e preventiva do processo e, com isso, distinguir o processo contencioso do voluntário, Carnelutti desenvolve nas suas *Istituzioni*, a noção de conflito de interesses, o qual consiste na “*incompatibilità*”, tomada no sentido que a satisfação da necessidade correspondente a um dos interesses exclui ou ao menos limita a satisfação do outro. Com efeito, quando os interesses pertencem a pessoas diversas a sua incompatibilidade constitui um perigo, mas não ainda um dano para a paz, podendo ocorrer que um dos interessados tolere a insatisfação ou que entre os dois ocorra um acordo. O perigo, no entanto, transforma-se em dano quando, não havendo nenhuma das hipóteses imaginadas, os interessados tornam-se contentores na medida em que qualquer um exige que o seu interesse seja satisfeito⁷¹⁸. Essa situação caracteriza o processo contencioso, o qual é

⁷¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. pp. 3-4. Tradução livre: “*um método para a formação ou para a atuação do direito, o qual visa a garantir a bondade do resultado, isto é, tal regolamento do conflito de interesses que obtenha realmente a paz e por isso seja justo e certo*”.

⁷¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 4. Tradução livre: “*é dúplice e recíproca*”.

⁷¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 4.

⁷¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 5. Carnelutti, não desconsidera as hipóteses de conflito entre interesses de uma mesma pessoa, que naturalmente se resolve com o sacrifício do interesse menor em favor do interesse maior. Porém, para ele, o conflito que apresenta maior importância ao ponto de constituir o dado elementar do fenômeno jurídico é a hipótese do conflito entre interesses de duas pessoas diversas. E segue afirmando que “*la importanza di questa ipotesi è data dal pericolo della soluzione violenta: quando due uomini, che hanno fame, si trovano davanti a un pezzo di pane, se non è certo è probabile che ciascuno dei due cerchi di prenderlo con la*

tipicamente repressivo, na medida em que *“far cessare la contesa, che non vuol dire far cessare il conflitto, il quale è imanente, ma comporlo mediante il diritto, vuoi con la formazione di un comando, vuoi con la sua integrazione, vuoi con la sua attuazione”*⁷¹⁹. A diferença básica entre o processo contencioso e o voluntário, portanto, não residiria na indagação sobre a existência do conflito, mas na sua atualidade e, portanto, respectivamente na função repressiva e preventiva do processo.

Avançando no tema, Carnelutti afirma que *“il conflitto attuale d’interessi si chiama lite”*⁷²⁰. No ponto, o professor italiano inicia sua abordagem sobre o conceito de *pretensão*, aduzindo que esta *“è esigenza della subordinazione di un interesse altrui all’interesse próprio”*⁷²¹. Prossegue aduzindo que resistência é o *“non adattamento alla subordinazione di un interesse próprio all’interesse altrui e si distingue in contestazione (non debbo subordinare il mio interesse all’altrui) e lesione (non lo subordino) della pretensa”*⁷²². Com isso, Carnelutti explica que a lide pode ser definida como *“un conflitto (intersoggettivo) di interessi qualificato da una pretesa resistita (contrastata)”*⁷²³, de modo que o conflito de interesses seria seu elemento material, enquanto a pretensão e a

forza” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova: CEDAM, 1936. p. 13). Tradução livre: *“a importância desta hipótese é dada pelo perigo da solução violenta: quando dois homens que têm fome, se encontram frente a um pedaço de pão, se não é certo é provável que algum dos dois procurará obtê-lo com a força”*.

⁷¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 6. Tradução livre: *“faz cessar a controvérsia, o que não quer dizer que faz cessar o conflito, o qual é imanente, mas compô-lo mediante o direito, quer com a formação de um comando, quer com a integração, quer com a sua atuação”*.

⁷²⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 6. Tradução livre: *“o conflito de interesses se chama lide”*.

⁷²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 7. Tradução livre: *“é exigência de subordinação de um interesse de outro ao interesse próprio”*.

⁷²² CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 7. Tradução livre: *“a resistência é não adaptação à subordinação de um interesse próprio a outro interesse e se distingue em contestação (não devo subordinar o meu interesse a outro) e lesão (não o subordino) da pretensão”*.

⁷²³ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 7. Tradução livre: *“a lide pode definir-se como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida (combatida)”*. Conforme Carnelutti, a lide *“non è soltanto un conflitto di interessi, ma un conflitto giuridicamente qualificato o, in altri termini, rilevante per il diritto”* (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova: CEDAM, 1936. p. 342). Tradução livre: *“não é somente um conflito de interesses, mas um conflito juridicamente qualificado ou, em outros termos, relevante para o direito”*.

resistência seriam o seu elemento formal⁷²⁴. Não é por menos que, para Carnelutti, *“il conflitto di interessi è una lite in quanto una delle due persone formuli contra l'altra una pretesa e l'altra vi opponga una resistenza”*⁷²⁵.

Importante referir que o objeto do interesse será sempre um bem, de modo que, necessariamente, para Carnelutti, também o objeto do conflito de interesses e, portanto, da relação jurídica e da lide, será um bem⁷²⁶: *“uomo e bene sono i due termini del rapporto, che noi chiamiamo interesse. Soggetto dell'interesse è l'uomo; oggetto ne è il bene”*⁷²⁷.

Adentrando no tema da pretensão, Carnelutti afirma que ela *“è un atto, non un potere”*. é algo que alguém faz, e não algo que alguém tem. O autor

⁷²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 7.

⁷²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova: CEDAM, 1936. p. 342. Tradução livre: *“o conflito de interesses é uma lide enquanto uma das duas pessoas formulem contra a outra uma pretensão e a outra lhe oponha uma resistência”*.

⁷²⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 8. O mesmo tema pode ser bem analisado em Carnelutti também no seu *Sistema di diritto processuale civile* (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936-1939). Na doutrina brasileira, interessante construção acerca da relação entre necessidade, bens e interesses é feita por Darci Guimarães Ribeiro: *“sabemos que todos los hombres tienen necesidades, sin ninguna excepción, y que éstas pueden ser de las más diversas formas. En consecuencia, es fácil concluir que las necesidades forman parte de la naturaleza humana (...) La necesidad es un estado afectivo, de carácter subjetivo y personal, que es susceptible de variación en intensidad, cualidad y cantidad de individuo a individuo, e incluso en un mismo individuo puede variar en lugares y tiempos diferentes (...) Cuando en algún momento el hombre se encuentra sin ninguna necesidad, se puede decir que está en perfecto equilibrio, no sólo físico sino también psíquico, pero cuando surge en él la necesidad, cualquier que sea, ese estado inicial de equilibrio se rompe, siendo necesario, entonces, el restablecimiento de aquel estado. Este restablecimiento se alcanza a través de la satisfacción de la necesidad, razón por la cual la búsqueda de la satisfacción aparece como una tentativa de restablecer el equilibrio (...) La necesidad siempre es determinada (de comer, beber, vestir, etc). De igual modo, si una persona tiene necesidad, ésta precisa ser satisfecha si quiere evitarse el dolor, y qué satisface una necesidad? Sin duda alguna, el bien: entre necesidad y bien hay una estrecha correlación, porque el bien es definido como todo aquello capaz de satisfacer una necesidad humana, en el sentido más amplio de la palabra (...) todo bien tiene la capacidad de satisfacer una necesidad, más no cualquier bien, sino un bien determinado, ajustado a una necesidad concreta. Este ajuste entre la necesidad y el bien es dado por la utilidad, pues para que un bien pueda satisfacer una necesidad tiene que ser útil, idóneo, ajustado al tipo determinado de necesidad (...) Por ello, la utilidad es la adecuación del bien a una determinada necesidad en concreto (...) cuando el hombre hace el juicio de valoración y llega a la conclusión de que un determinado bien es apto para satisfacer su necesidad, ello le genera subjetivamente una atracción por el bien, es decir, una capacidad desiderativa que puede ser calificada de interés (...) para que exista una posición favorable para la satisfacción de una necesidad es necesario que, ante todo, el bien sea apto para satisfacer esa necesidad (y esa aptitud es hecha por un juicio de valoración), porque si el bien no es apto para satisfacer esa necesidad, no generará atracción en el hombre, por lo que no habrá ninguna posición favorable en él”* (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 22-27).

⁷²⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova: CEDAM, 1936. p. 8.

italiano, ao considerar a pretensão um ato, afirma que ela não supõe o direito subjetivo: *“la pretesa può essere posta da chi há come da chi non ha il diritto e pertanto essere fondata oppure infondata”*⁷²⁸.

A resistência à pretensão pode ocorrer quando, sem afetar o interesse, o adversário contesta a pretensão, ou, ao contrário, quando, sem contestar a pretensão, afeta o interesse. Tanto a contestação, quanto a lesão, assim como a própria pretensão, são dois atos jurídicos, porém de espécie diversa: a contestação é, como a pretensão, uma declaração; a lesão é, por sua vez, uma operação jurídica. Desse modo, é possível distinguir a lide de uma pretensão contestada e a lide de uma pretensão insatisfeita em razão da qualidade da resistência⁷²⁹.

Nessa senda, a pretensão pode existir independente da sua conformidade com o ordenamento jurídico: *“la pretesa senza fondamento è sempre una pretesa; peraltro se nel campo della forza può avere fortuna, in quello del diritto è una pretesa inerme ed inutile. L’arma, con cui la pretesa opera nel campo del diritto, è la ragione”*⁷³⁰. Carnelutti considera, seguindo tal perspectiva, que a razão da pretensão é o seu fundamento segundo o direito ou, em outras palavras *“la coincidenza tra la pretesa e un rapporto giuridico attivo”*. Interessante notar que, para o jurista italiano, *“una pretesa há ragione in quanto una norma o un precetto giuridico statuisce la prevalenza dell’interesse, ch’è il contenuto della pretesa”*⁷³¹.

No entanto, Carnelutti se distancia do *“parlar comune”*, segundo o qual, devido ao fato de as relações jurídicas se identificarem no direito subjetivo, se entende que aquele que coloca uma pretensão afirmando a razão faz valer um direito e o direito é posto como objeto da pretensão na medida em que a razão

⁷²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 9. Tradução livre: *“a pretensão pode ser posta por quem tem como por quem não tem o direito e portanto ser fundada ou infundada”*.

⁷²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 9.

⁷³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 9. Tradução livre: *“a pretensão sem fundamento é sempre uma pretensão; além disso, se no campo da força pode ter sorte, naquele do direito é uma pretensão impotente e inútil. A arma, com a qual a pretensão opera no campo do direito, é a razão”*.

⁷³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 9. Tradução livre: *“uma pretensão tem razão enquanto uma norma ou um preceito jurídico estabelece a prevalência do interesse, que é o conteúdo da pretensão”*.

afirmada resolve o interesse, que seria o verdadeiro objeto da pretensão, em um direito ou, mais exatamente, em uma relação jurídica ativa⁷³². Segundo o professor italiano, quando se tem presente a relação que a razão estabelece entre direito e pretensão, se entende como as pretensões podem classificar-se à maneira das relações jurídicas a que se referem, distinguindo-se em reais ou pessoais, mobiliárias ou imobiliárias, materiais ou processuais⁷³³.

Nesse ponto, Carnelutti passa a desenvolver o tema da *pretensão processual*, aduzindo que a pretensão pode ser fundada não somente em uma relação jurídica material, mas também em uma relação processual: *“se Tizio fa valere contro Caio un diritto in giudizio, fondamento della sua pretesa é non la tutela accordata dal diritto al suo interesse, ma altresì che tale tutela dev’essergli riconosciuta mediante il processo”*⁷³⁴. Desse modo, como a tutela jurídica se resolve na atribuição de efeitos a determinados fatos, pode-se dizer que a razão se resolve na existência de um efeito, no qual consiste a tutela, e de um fato, do qual a tutela descende, do que se extrai a distinção da razão em dois elementos: motivos e conclusões: *“i primi riguardano i fatto giuridici, che sostengono la pretesa; le seconde gli effetti che vi corrispondono”*⁷³⁵.

Como se vê, Carnelutti afasta o conceito de pretensão do plano do direito material, deixando de vinculá-la à existência de um direito subjetivo. A pretensão, por ser um ato, pode existir ainda que infundada. No entanto, quando o direito estabelece a prevalência do interesse em que é conteúdo da pretensão, essa pretensão será fundada. Nesse caso, ela fará referência a uma relação jurídica, a qual, por sua vez, dará o tom da pretensão, razão pela qual, se fundada em uma relação processual, será nominada, justamente, de pretensão processual. Apesar da desvinculação da pretensão do direito material, ela, quando fundada, encontra-se ligada a dois elementos para os

⁷³² CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 10.

⁷³³ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 10.

⁷³⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 10. Tradução livre: *“se Tício faz valer contra Caio um direito em juízo, fundamento da sua pretensão é não somente a tutela concedida pelo direito ao seu interesse, mas também que tal tutela deve ser reconhecida mediante o processo”*.

⁷³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956. p. 10. Tradução livre: *“os primeiros dizem respeito aos fatos jurídicos, que sustentam a pretensão; os segundos aos efeitos que lhe correspondem”*.

quais é pressuposta a tutela jurídica, quais sejam, os motivos e as conclusões. Nesse ponto, pode-se dizer que Carnelutti visualiza a existência de fatos jurídicos que sustentam a pretensão, atrelando-os aos seus correspondentes efeitos jurídicos.

8.4 O conceito de pretensão processual na obra de Jaime Guasp

Jaime Guasp inicia sua obra *“La pretensión procesal”* divagando, no capítulo introdutório, sobre os conceitos jurídicos processuais e o papel ocupado por estes na ciência processual. Segundo o professor espanhol, enquanto algumas noções jurídicas mais ou menos importantes têm feito alegremente sua carreira na evolução científica do direito processual, outras têm sido conservadas em um permanente e estranho silêncio, tão difícil de explicar na medida em que a observação exata da realidade processual clama a gritos por sua autêntica entronização. Este teria sido o destino da *pretensão processual* como conceito jurídico, até porque, quando a atenção veio a recair sobre tal figura, a mentalidade civilista acabou deformando sua essência de tal modo que não poderia alcançar o papel que logicamente lhe estava atribuído⁷³⁶. Guasp, nessa linha, considera o conceito de pretensão processual *“desgracidamente un concepto pretérito”*, que tenderia a continuar ocupando esse mesmo papel durante um bom tempo, até que os planos da visão científica viessem a se ajustar mais a realidade da vida e dessem a cada uma das noções fundamentais do direito processual seu verdadeiro contorno e perfil⁷³⁷.

Afora o capítulo introdutório, o livro é dividido em mais quatro capítulos, em que abordados os seguintes temas: *“a pretensão da parte como conceito definidor da função processual”*, *“ação, pretensão e demanda; pretensão processual e objeto do processo”*, *“estrutura e função da pretensão processual”* e, por fim, *“o valor sistemático da pretensão processual”*⁷³⁸.

⁷³⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 14-15.

⁷³⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 16.

⁷³⁸ Neste último capítulo, que desborda dos limites do presente trabalho, Guasp analisa o valor sistemático da pretensão processual, verificando até que ponto serve de conceito efetivamente ordenador das diferentes realidades processuais. Aborda, desse modo, o valor sistemático da pretensão processual para o conceito de jurisdição, de parte, de objeto processual, de atos do processo, de nascimento, desenvolvimento e terminação do processo,

No segundo capítulo, “*La pretensión de parte como concepto definidor de la función procesal*”, Guasp adverte a necessidade de um esclarecimento profundo do conceito de pretensão processual, sem o qual “*es imposible proporcionar una definición satisfactoria del proceso mismo*” ou, dito de outro modo, “*de la función que como instituto jurídico le corresponde realizar*”. Nisso residiria, por si só, o argumento decisivo a favor da importância do tema⁷³⁹.

O autor afirma existir dois tipos essenciais de teorias que procuram explicar o conceito de processo: “*uno de estos grupos es de carácter predominantemente sociológico y busca ante todo el substrato material en que el proceso como fenómeno natural se asienta*”, enquanto o outro grupo “*és de índole predominantemente jurídico e investiga, con preferencia, la estructura de derecho que recubre la material social procesal*”⁷⁴⁰. Nenhuma das teorias, todavia, excluiria os aspectos inerentes à outra, de modo que a divisão estaria fundada na predominância do elemento sociológico ou jurídico⁷⁴¹.

de efeitos processuais, especialmente, a coisa julgada, de processo ordinário e processos especiais e para o conceito de jurisdição voluntária (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 89-100).

⁷³⁹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 19. Tradução livre: “*seria impossível proporcionar uma definição satisfatória do próprio processo*”, ou, dito de outro modo, “*da função que como instituto jurídico cabe ao processo realizar*”.

⁷⁴⁰ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 20. Tradução livre: “*um destes grupos é de caráter predominantemente sociológico e busca, antes de tudo, o substrato material em que o processo como fenômeno material se assenta*”, enquanto o outro grupo “*é de índole predominantemente jurídica e investiga, com preferência, a estrutura do direito que recobre a matéria social processual*”.

⁷⁴¹ Conforme Guasp: “*claro está que el carácter sociológico de las doctrinas del primer apartado no excluye su relevancia jurídica, puesto que su tendencia sociológica lo que hace en realidad es dar un matiz general, tónico, a ciertos conceptos del proceso, no eliminando, desde luego, la relevancia de derecho que a tal concepto se atribuye; y claro está, igualmente, que la índole jurídica predicada de la segunda clase de doctrinas no extirpa tampoco en ellas toda clase de consideraciones sociológicas acerca del concepto del proceso, puesto que aun las concepciones incluidas en este apartado intentan fijar, con más ou menos intensidad, según los autores, las conexiones sociales del fenómeno jurídico procesal, aunque el centro de gravedad del concepto se coloque fuera de tal eventual apoyo; de aquí que se hable de un carácter sociológico o jurídico del pensamiento científico, no absoluta o totalmente, sino predominantemente tan sólo*” (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 20). Tradução livre: “*claro está que o caráter sociológico das doutrinas do primeiro separado não exclui sua relevância jurídica, posto que sua tendência o que faz na realidade é dar uma matiz geral, tônica, a certos conceitos do processo, não eliminando, desde logo, a relevância do direito que a tal conceito se atribuí; e claro está, igualmente, que a índole jurídica predicada da segunda classe de doutrinas não extirpa tampouco nelas toda classe de considerações sociológicas acerca do conceito de processo, posto que também as concepções incluídas neste apartado intentam fixar com mais ou menos intensidade, segundo os autores, as conexões sociais do fenómeno jurídico processual, ainda que o centro de gravidade do conceito se coloque fora de tal eventual apoio; daqui que se fale de*

As teorias sociológicas partiriam do âmbito extrajurídico em que o processo se origina e tratariam de fixar o conceito de processo com base na missão puramente social que se atribui a este. Todas essas doutrinas poderiam ser reconduzidas a uma fórmula geral determinante de um conceito comum de processo. Com efeito, para todas elas, variado a terminologia, o processo não seria outra coisa que *“la resolución de un conflicto social (social lato sensu, es decir, intersubjetivo)”*. Nessa senda, os homens, pelo simples fato de viver em sociedade, encontram-se em relações uns com os outros, relações que podem se desenvolver de forma pacífica, mas que podem originar também, e de fato originam, ruídos ou fricções entre os diversos membros da comunidade, ou seja, conflitos. A existência de tais conflitos não pode ser deixada ao livre jogo das forças sociais, necessitando de tratamento jurídico. Afinal, *“si los conflictos sociales no fueran regulados en absoluto por el derecho se pondría en peligro la paz de la comunidad, y si no fueran regulados adecuadamente se pondría en peligro la justicia”*, de modo que, em um ou noutro caso, haveria um risco evidente e positivo de prejuízo aos valores que ao direito interessa primeiramente realizar⁷⁴².

Por esse motivo, o ordenamento jurídico contém uma série de instituições ou medidas tendentes a apaziguar justamente os conflitos sociais. Isso seria feito, de modo primário, pelos próprios contentores, admitindo-se que alguns deles, mediante renúncia, desistência ou pela força, ou ambos, mediante transação, ponham fim às diferenças que os separam, o que, na linguagem carneluttiana, seria denominado de autocomposição da lide. Outro jeito de fazê-lo, de modo secundário, seria por obra de um terceiro, seja por um terceiro espontâneo (no caso da mediação), seja por um terceiro provocado, no caso da conciliação ou arbitragem, segundo as partes conservem ou não o direito de ignorar a decisão do terceiro, o que, na terminologia de Carnelutti, seria chamado de heterocomposição da lide⁷⁴³. Porém, na hipótese extrema de a resolução voluntária, direta ou indireta, tornar-se impraticável, haveria o

um carácter sociológico ou jurídico do pensamento científico, não absoluto ou totalmente, mas predominantemente tão somente”.

⁷⁴² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 21. Tradução livre: *“se os conflitos sociais não fossem regulados em absoluto pelo direito se colocaria em perigo a paz da comunidade, e se não fossem regulados adequadamente se colocaria em perigo a justiça”.*

⁷⁴³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 21.

processo, no qual o Poder público resolve coativamente o conflito, impondo a solução às partes e impedindo, conseqüentemente, a derivação bélica da contenda e sua perigosa transformação em um verdadeiro duelo ou guerra pública ou privada⁷⁴⁴.

Após discorrer sobre os diferentes modos de como o conflito é concebido nas teorias sociológicas do processo⁷⁴⁵, Guasp afirma que todas elas submetem-se a uma dupla e decisiva crítica: *“de un lado resultan materialmente excesivas al atribuir al proceso una base substancial más amplia de la que éste realmente exige. De outro lado resultan formalmente insuficientes al no dar explicación adecuada a la figura particular del proceso como construcción específica del ordenamiento jurídico”*⁷⁴⁶. Com efeito, as doutrinas do conflito são materialmente excessivas porque é desnecessário acudir à complexa noção de choque social para explicar o nascimento do processo, uma vez que a real existência de um conflito é indiferente para que o processo exista como tal. Dito de outro modo, a reclamação ante a um juiz provoca sempre um processo, com ou sem colisão prévia, a qual pode preexistir ou não ao processo⁷⁴⁷. Dessa forma, o importante para o processo

⁷⁴⁴ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 21-22.

⁷⁴⁵ O professor espanhol, basicamente, divide o tema em duas posições. Por um lado, a noção de que “el conflicto es susceptible de imaginarse, en efecto, como de naturaleza intersubjetiva pura, es decir, suponiendo que los elementos sociales que entran en colisión son dos o más sujetos aislada y personalmente considerados, abstracción hecha de la relación de los mismos con un cierto objeto o de la atribución a los mismos de una cierta actividad (...) las dimensiones básicas del hombre en cuanto hombre, aislada y personalmente considerado, son el intelecto y la voluntad (aparte el sentimiento o afecto); por ello el conflicto que origina un proceso puede ser ideado como un choque o contraste de opiniones o como un choque o contraste de voluntades”. Por outro lado, “la noción de conflicto puede ser concebida, prescindiendo de esta abstracta y rigurosa intersubjetividad, como una colisión entre miembros sociales acerca de un determinado objeto con el que dichos miembros se ponen en relación. Objeto de las relaciones entrecruzadas de los miembros sociales es, en hipótesis, cualquier bien de la vida y, a su vez, la posición en que los hombres se sitúan con referencia a tales bienes de la vida es lo que se conoce con el nombre de interés. De aquí que el conflicto entre dos o más personas enfocado con relación a un cierto objeto se perfile definitivamente como un conflicto de intereses y, por ello, recogiendo esta misma idea, se propugna un concepto del proceso como instrumento destinado a resolver conflicto de tal clase” (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 22-25).

⁷⁴⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 26. Tradução livre: *“de um lado resultam materialmente excessivas ao atribuir ao processo uma base substancial mais ampla da que este realmente exige. De outro lado, resultam formalmente insuficientes ao não dar explicação adequada à figura particular do processo como construção específica do ordenamento jurídico”*.

⁷⁴⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 26-27. De acordo com Jaime Guasp, “si el acreedor sin prévio requerimento demanda a su deudor el pago, no puede decirse que existe

não é efetivamente o conflito, mas a reclamação perante o juiz, que pode estar ou não ligada ao conflito. Por outro lado, as doutrinas do conflito são, na visão da Guasp, formalmente insuficientes porque *“aun suponiendo que existiera siempre un conflicto inter partes previo al proceso, el mero planteamiento de aquél no determinaría sin más el nacimiento de éste”*⁷⁴⁸. Dito de outro modo, o conflito entre dois ou mais membros da comunidade não suscita *ipso facto* o fenômeno jurídico de que sua discrepância seja resolvida mediante o processo. Por conseguinte, será sempre necessário que, de alguma maneira, a disputa seja conduzida ou levada a quem há de dirimi-la, ou seja, será preciso que a substância do conflito, delimitada com anterioridade ao próprio processo, assuma a forma processual específica que justifique sua existência como tal processo. Justamente o ponto de enlace entre a pretendida substância e o processo forma o que não é aclarado pela teoria do conflito em nenhuma das suas manifestações⁷⁴⁹.

As teorias jurídicas, por sua vez, deixariam na sombra a matéria social a que o processo se refere, colocando o centro de gravidade do conceito que propõe na explicação do processo como figura jurídica pura. Todas elas, apesar de suas discrepâncias internas, poderiam ser descritas, de acordo com Guasp, na ideia geral da atuação do direito⁷⁵⁰. Para tais teorias, o ordenamento jurídico, ou o conjunto de normas que integram certo direito, pode resultar, na prática, desconhecido ou vulnerado, tanto em si mesmo quanto nas concretas posições jurídicas que são atribuídas aos destinatários de tais normas. Assim como na teoria do conflito, o descumprimento do direito colocaria em perigo a justiça pacífica da comunidade. O ordenamento jurídico não exclui, desde logo, a atuação, realização, colocada em prática do direito por obra meramente privada, seja dos interessados, seja de um terceiro, sobretudo dos primeiros,

propriamente un conflicto social preprocesal; en aquellos casos, sobre todo, en que no se da la titularidade de intereses materiales contrapuestos, la idea del conflicto se descubre como totalmente irrelevante en el ámbito procesal” (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 27).

⁷⁴⁸ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 28. Tradução livre: *“ainda supondo que existirá sempre um conflito inter partes previo ao processo, a mera propositura daquele não determinaria sem mais o nascimento deste”*.

⁷⁴⁹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 28-29.

⁷⁵⁰ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 29.

originando-se com isso a importante, ainda que atualmente limitada, instituição da autodefesa ou autoajuda⁷⁵¹, que, segundo Guasp, passaria a ser o primeiro capítulo ou o capítulo preliminar do Direito Processual⁷⁵². No entanto, deixar à pura força privada a atuação do direito levaria consigo uma situação em que a restauração do ordenamento jurídico dependeria da real força dos interessados. Daí que, normalmente, a reparação das infrações jurídicas deve ser feita mediante uma via pública confiada ao poder do Estado: aqui que o ordenamento jurídico institui uma figura jurídica especial destinada a remediar a ausência de atuação do direito, mediante a realização coativa do direito, logrando assim sua proteção ou tutela, o que seria, com efeito, a essência do fenômeno processual⁷⁵³.

Nessa perspectiva, Guasp aponta duas concepções sobre o tema. Afirma, desse modo, a necessidade de distinguir a concepção processual subjetiva, presente nas *“teorías que consideran que las infracciones jurídicas que el proceso trata de remediar son desconocimientos o vulneraciones de los derechos subjetivos”* da concepção processual objetiva, fundada nas teorias que *“el remedio procesal se aplica no a los derechos subjetivos particulares, sino al derecho objetivo genericamente considerado”*⁷⁵⁴. Assim, para a concepção subjetiva, o processo viria logicamente definido como um instrumento de atuação dos direitos subjetivos dos particulares, de modo que sua existência teria razão, precisamente, para que aqueles direitos subjetivos que o ordenamento jurídico concede, mas que na prática não são respeitados, encontram um meio de realização de suficiente garantia⁷⁵⁵. Nisso, algumas vertentes dessa teoria ficariam restritas a uma concepção ligada à concepção de direito subjetivo material, enquanto outras falaria não de direito subjetivo

⁷⁵¹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 30

⁷⁵² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 30, nota 20.

⁷⁵³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 30-31.

⁷⁵⁴ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 31. Tradução livre: *“teorias que consideram que as infrações jurídicas que o processo trata de remediar são desconhecimentos ou violações dos direitos subjetivos”, da concepção processual objetiva, fundada nas teorias que “o remédio processual se aplica não aos direitos subjetivos particulares, mas ao direito objetivo genericamente considerado”.*

⁷⁵⁵ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 31.

estrito, mas de posições individuais que podem ter ou não este caráter, definindo o processo, portanto, como instrumento de tutela da esfera jurídica do particular considerada em sua integridade, de situações jurídicas individuais, ou de poderes jurídicos atribuídos ao particular com objeto de desligar a ideia do processo do direito subjetivo material, sem abandonar a sua finalidade de tutela puramente particular ou privada⁷⁵⁶. Já para a concepção objetiva, para a qual o processo se afigura como um instrumento de atuação do direito objetivo genericamente considerado, o que o processo protege ou tutela não são os direitos dos particulares, mas o próprio direito objetivo, o qual, como declaração genérica que se concretiza particularmente na vida real e necessitando de uma autêntica efetividade, vêm a obtê-la através do mecanismo judicial, que somente se propõe na realidade a atuar a lei utilizando como mero instrumento os interesses particulares dos litigantes que dele se socorrem⁷⁵⁷.

As teorias jurídicas, segundo Guasp seriam materialmente insuficientes e formalmente excessivas. Materialmente insuficientes, na medida em que não explicam o fundamento ou a razão social que possa ter uma atuação do direito tão abstratamente considerada. Formalmente excessiva porque não é necessário supor como forma processual característica a realização do direito, já que há processos sem lesão jurídica autêntica e, ao contrário, infrações da ordem jurídica que se remediam sem acudir-se à instituição processual. Nessa linha, todas essas doutrinas jurídicas parecem contentar-se com uma explicação puramente jurídica dos resultantes que no processo se obtém, sem, porém, determinar a necessidade social a que concretamente responderá essa atuação processual, limitando-se a responder que esta necessidade social vem satisfeita pelo direito que o processo trataria de atuar. No entanto, segundo o autor espanhol, a finalidade primária que com o processo se persegue não é a de dar lugar a uma tutela de segundo grau em que se faz consistir o processo, mas à proteção de primeiro grau que no processo verdadeiramente se deduz⁷⁵⁸. Afinal, *“lo que actor y demandado quieren fundamentalmente fijar no es si su derecho a obtener la tutela jurídica existe o no, sino, efectivamente, la*

⁷⁵⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 31-32.

⁷⁵⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 33.

⁷⁵⁸ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 34-35.

*obtención pura y simple de la misma*⁷⁵⁹. Finalizando a crítica ao aspecto material, o professor espanhol adverte que mesmo se afirmando que o fim genérico do processo não se confunde com o propósito específico dos diversos sujeitos que nele atua, isto não pode levar ao desconhecimento de tais propósitos, mas à superação em uma síntese unitária que não os ignore, mas que os coloque em uma perspectiva científica mais adequada. Por outro lado, as teorias jurídicas seriam formalmente excessivas na medida em que, se fosse certa sua ideia essencial, não se compreenderia porque não nasceria o processo tão logo surgisse uma violação do direito subjetivo ou objetivo. Isso porque uma lesão jurídica subjetiva ou objetiva não basta para produzir um processo, pois, para que ele exista é necessário sempre que a lesão se deduza, mediante um instrumento específico, perante o juiz⁷⁶⁰.

Após tecer essas críticas Guasp parte para o desenvolvimento de uma de suas teses fundamentais. Desse modo, busca conjugar as críticas às teorias sociológica e jurídica para obter uma definição exata do processo: *“una base, de un lado, sociológica, que proporcione el dato social a que el proceso determinadamente está vinculado; una base, de otro lado, jurídica que, recogiendo este material sociológico, aclare el tratamiento peculiar que el derecho le proporciona*⁷⁶¹.

No que diz respeito ao aspecto sociológico, o autor espanhol vai além em relação às teorias sociológicas, para desenvolver a tese de que o homem, pelo fato de coexistir com outros homens, alcança, efetivamente, sua plenitude de ser humano, porém sofre também, na medida em que o mundo ao seu redor o faz comprovar sua limitação, de *“una insatisfacción profunda frente a otros hombres*⁷⁶². Dessa insatisfação do homem extrai-se uma de suas atitudes

⁷⁵⁹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 36. Tradução livre: “o que o autor e demandado querem fundamentalmente fixar não é se seu direito a obter a tutela jurídica existe ou não, mas, efetivamente, a obtenção pura e simples da própria tutela”.

⁷⁶⁰ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 37.

⁷⁶¹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 38. Tradução livre: “uma base, de um lado, sociológica, que proporcione o dado social a que o processo determinadamente está vinculado; uma base, de outro lado, jurídica, que recolhendo este material sociológico, aclare o tratamento peculiar que o direito lhe proporciona”.

⁷⁶² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 39. Tradução livre: “uma insatisfação frente aos outros homens”.

sociais básicas, qual seja, a queixa, o protesto, a reclamação, em que o homem estaria sempre disposto a formular em qualquer momento, por qualquer motivo, em maior ou menor medida, segundo seu temperamento e ambiente, fazendo parte irredutível do seu ser. Por ser um animal insatisfeito, o homem é um animal que se queixa, um ser plangente⁷⁶³. Com efeito, seria necessário encontrar um remédio para esta persistente necessidade de insatisfação interindividual do homem⁷⁶⁴. E, desse modo, o direito tende a restar afetado logicamente por um problema tão constante e extenso como o da queixa social humana, o que serviria de ponte entre o terreno sociológico e o terreno jurídico⁷⁶⁵.

Portanto, a base social do processo se coloca na reclamação de um indivíduo frente a outro para saber em seguida o tratamento jurídico recebido. O delineamento jurídico desta concepção de processo proposta por Guasp extrai do dado social, segundo o referido jurista, a existência de uma atitude de reclamação do homem relativamente aos seus semelhantes. Todavia, conforme prossegue o professor espanhol, para desenvolver esse segundo delineamento jurídico convém fixar, em geral, qual é o mecanismo jurídico pelo qual o direito intenta solucionar os problemas sociais e qual é a aplicação particular de tal mecanismo à questão da base social⁷⁶⁶.

Nessa linha, Guasp considera que a forma jurídica aparece sempre como uma substituição da matéria social autêntica, que vem a transfundir-se em uma construção artificial do legislador, desvanecendo-se em sua pura

⁷⁶³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 39.

⁷⁶⁴ Conforme Guasp, “*la insatisfacción de cada miembro de la comunidad frente a los restantes, tan pronto como adquiere carácter social, esto es, tan pronto como sociológicamente se exterioriza, obliga a pensar en la necesidad de remediarla*” (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 41). Tradução livre: “*a insatisfação de cada membro da comunidade frente aos restantes, tão pronto como adquire caráter social, isto é, tão pronto como sociológicamente se exterioriza, obriga a pensar na necessidade de remediá-la*”.

⁷⁶⁵ Nas palavras de Guasp, “*no sería posible indagar aquí las estructuras y funciones sociales que desempeñan el papel de remedios de la insatisfacción interindividual. Interesa tan sólo aclarar qué hace el ordenamiento jurídico con ella, puesto que el derecho, servidor de la sociedad en máximo grado, tiene que quedar afectado logicamente por un problema tan constante y extenso como el de la queja social humana. Ahora bien, esto nos lleva ya, del terreno sociológico en que encontrábamos el problema hasta ahora, al terreno jurídico que constituye la segunda de las bases del concepto investigado*” (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985, p. 41).

⁷⁶⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 41.

matéria para restar somente como mera forma criada. O direito, desse modo, se aproxima da sociologia sempre da mesma maneira: *“toma de ella los problemas cuya solución postula la comunidade, establece un esquema de instituciones artificiales, en las que trata de reflejar o substituir las estructuras y funciones puramente sociales del fenómenos, y, una vez realizada esta labor de alquimia, se despreocupa integralmente de aquella materia social para oerar sólo con las nuevas formas creadas”*. Portanto, *“el derecho, para salvar a la sociología, no tiene más remedio que matarla”*⁷⁶⁷.

Partindo dessas premissas, não seria difícil determinar o que o direito vem a fazer com o problema social da queixa individual, sendo possível, para empregar termos mais próximos à construção que Guasp constrói na sua obra, falar dessa queixa interindividual como uma *pretensão em sentido sociológico*. Por conseguinte, do mesmo modo como se ocupa dos outros problemas sociais, o direito cuida da pretensão sociológica do seguinte modo: *“toma la cuestión del ámbito social em que aparece enclavada y crea, en lugar de la figura sociológica que suscita el problema, una forma jurídica específica en la que aquélla se reflexa”*⁷⁶⁸. Assim, *“a la pretensión em sentido sociológico*

⁷⁶⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 42. Tradução livre: *“toma de los problemas cuja solução postula a comunidade, estabelece um esquema de instituições artificiais, nas quais trata de refletir ou substituir as estruturas e funções puramente sociais do fenómeno, e, uma vez realizado este labor de alquimia, despreocupa-se integralmente com aquela matéria social para operar somente com as novas formas criadas”*. Portanto, *“o direito, para salvar a sociología, não tem outro remédio senão matá-la”*. Dois ótimos exemplos são oferecidos pelo professor espanhol: *“cuando el derecho, v.g., se encuentra con el problema social de la unión natural de los sexos crea una figura específica llamada matrimonio, y monta en torno a ella todo el tratamiento jurídico de esta cuestión, desentendiéndose de la realidad sociológica que pueda seguir corriendo por debajo o al margen de esta figura; cuando el derecho se encuentra con el fenómeno de un ataque grave a los sentimientos básicos de la comunidade, que exige una reacción social especialmente intensa, crea la figura del delito y, una vez creada, se desentende de los ulteriores fenómenos sociales que no hayan quedado recogidos o incorporados a su figura artificial. En todo caso la forma jurídica se contrapone a la matéria social: desde el punto de vista sociológico la reflexa o sustituye, desde el punto de vista jurídico la desconoce o ignora. Y el que coincida la materia social con la forma jurídica no es un problema del jurista (aplicador del derecho), sino del legislador (creador del ordenamiento jurídico)”* (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 42).

⁷⁶⁸ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 43. Tradução livre: *“toma a questão do âmbito social, no qual aparece encravada, e cria, no lugar da figura sociológica que suscita o problema, uma forma jurídica específica na qual aquela se reflete”*.

*corresponde en el derecho la figura de la pretensión jurídica. La pretensión jurídica es el reflejo o la sustitución de la pretensión social*⁷⁶⁹.

A pretensão jurídica, portanto, engendrada pela pretensão em sentido sociológico torna-se uma pretensão de direito. Porém, imediatamente, ao especificar-se seu tratamento em um setor peculiar do ordenamento jurídico, se converte, nitidamente, em algo mais concreto e limitado, ou seja, numa *pretensão processual*, da qual se dedica toda uma instituição jurídica básica, no caso, o processo⁷⁷⁰. Com isso, Guasp resolve o problema ínsito às teorias jurídicas, que dividem o fenômeno jurídico em dois graus, um relativo ao direito civil, por exemplo, e outro ao processo, que daquele seria um mero apêndice ou consequência: *“más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología*⁷⁷¹.

Com efeito, o processo passa a ser visto como um instrumento de satisfação de pretensões, uma construção jurídica destinada a remediar, no direito, o problema proposto pela reclamação de uma pessoa frente à outra. O processo seria um mecanismo de satisfação jurídica, e não sociológica ou social, de modo que, para o direito, uma pretensão estaria satisfeita *“cuando de la ha recogido, se la há examinado y se la há actuado o se há denegado su actuación*⁷⁷². Assim, o demandante cuja demanda é rechaçada está

⁷⁶⁹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 43. Tradução livre: *“à pretensão em sentido sociológico corresponde no direito a figura da pretensão jurídica. A pretensão jurídica é o reflexo ou a substituição da pretensão social”*. Desse modo, uma vez que o direito criado a pretensão jurídica não volta em termos gerais a ocupar-se da queixa ou reclamação interindividual, considerada desde o ponto de vista puramente social: *“el derecho atende sólo a la figura que él há creado, la dota de un tratamiento importante, y, en ocasiones (como es ésta), hasta aparatoso; olvida las conexiones sociales que tuvo la génesis de la figura que desarrolla; y se ocupa de su nueva forma, creando a veces incluso una rama entera del ordenamiento jurídico para hacerse cargo de su concepción”* (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 43). Tradução livre: *“o direito dá atenção somente à figura que ele criou, dotando-a de um tratamento importante, e, em ocasiões (como é esta), até separado; esquece as conexões sociais que estava na gênese da figura que desenvolve; e se ocupa de sua nova forma, criando as vezes inclusive um ramo inteiro do ordenamento jurídico para ocupar-se de sua concepção”*.

⁷⁷⁰ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 43.

⁷⁷¹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 44. Tradução livre: *“além do direito processual não há direito civil ou penal, mas pura e simples sociologia”*.

⁷⁷² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 45. Tradução livre: *“quando for recebida, examinada e atuada ou denegada a sua atuação”*.

juridicamente tão satisfeito como aquele cuja demanda é acolhida⁷⁷³. Com isso, Guasp procura explicar a natureza do processo, uma instituição, na medida em que postula a existência de uma ideia objetiva, no caso, a satisfação de pretensões, à qual se aderem as vontades dos diversos sujeitos particulares. O processo, nessa senda, seria uma instituição complementada pela ideia natural do processo como instrumento de satisfação de pretensões⁷⁷⁴.

Após desenvolver o coração da sua tese, em cerca de cinquenta páginas que constituem quase a metade do seu livro, Guasp passa a enfrentar conceitos como “ação, pretensão e demanda” para falar da pretensão processual e do objeto do processo. Para tanto, começa por afirmar que o obscurecimento do estudo da pretensão processual deve-se ao fato de uma substituição conceitual, que colocou, no lugar definidor que ocupado pela pretensão, outras figuras realmente distintas pela sua natureza, mas que, porém, vieram a desempenhar na ciência processual a missão correspondente àquela. Os conceitos, portanto, responsáveis pelo “*secuestro del concepto de pretensión procesal*”, seriam a ação e a demanda, cuja esclarecimento é necessária para que se possa definir a pretensão processual como o verdadeiro objeto do processo⁷⁷⁵.

As doutrinas sobre o conceito de ação, para Guasp, teriam se esforçado mais por averiguar a essência do poder jurídico ao qual a ação se encontra conexas, do que por conhecê-la como gênese do processo, deixando, assim, de perquirir uma questão de significado processual concreto, para tratar de um problema prévio que ultrapassa os limites de tal especialidade⁷⁷⁶.

Após discorrer sobre as diferentes teorias, monistas e dualistas, sobre o conceito de ação, o professor espanhol adentra na discussão em torno das teorias abstratas, que teriam permitido, a partir de seu intento de depurar o conceito de ação processual, observar o caráter extraprocessual da polêmica a

⁷⁷³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 45.

⁷⁷⁴ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 45-46 e nota 41.

⁷⁷⁵ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 48-49.

⁷⁷⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 49.

respeito do conceito de ação⁷⁷⁷. Desse modo, afirma que a ação é o poder de provocar uma sentença dos Tribunais, o qual nem por sua natureza, nem por seu conteúdo, pertence à ciência processual: *“el poder de provocar la actividad de los Tribunales sin más, sea un auténtico derecho, sea una res merae facultatis, constituye un puro poder político o administrativo si se quiere supuesto de la actividad procesal, pero previo a la misma y fuera por ello del mundo procesal”*⁷⁷⁸. Daí o conceito de ação ser considerado por Guasp como relativo em relação ao processo, porque não depende de estruturas processuais, mas que se faz independente delas e funciona respeitando-as como uma variável de significado distinto⁷⁷⁹.

Com isso, seria possível tornar claro o equívoco de considerar-se a ação como o objeto do processo, já que o suposto do qual o processo depende, prévio a ele, portanto, não poderia proporcionar a matéria sobre a qual o processo recai. No entanto, desprendendo o centro de gravidade da discussão da ideia de poder para a ideia de ato, descobrir-se-ia o equívoco jogo de conceitos por tanto tempo produzido pela doutrina processual a respeito do tema, já que, independente do poder ao qual o processo deve sua existência, dele somente forma parte o ato que o origina. Nessa linha, é possível verificar na doutrina do autor espanhol uma dura crítica ao vazio deixado no processo pelo caráter processual do conceito de ação, vazio este que deveria ser, então, preenchido por um conceito de significação central e dogmática no processo, no caso, o conceito de pretensão processual⁷⁸⁰.

Desse modo, na medida em que o conceito de ação afigura-se excessivamente amplo e, por conseguinte, insuficiente para explicar teorias como as da litispendência, da congruência, da coisa julgada, dentre outras, a doutrina processual viu-se obrigada, dentro de sua cegueira a respeito do conceito de pretensão processual, a completar sua ideia básica de ação com

⁷⁷⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 51-52.

⁷⁷⁸ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 52-53. Tradução livre: *“o poder de provocar a atividade dos Tribunais sem mais, seja um autêntico direito, seja uma res merae facultatis, constitui um puro poder político ou administrativo se se quer suposto da atividade processual, porém previo à mesma e fora por isso do mundo processual”*.

⁷⁷⁹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 53.

⁷⁸⁰ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 54.

outro, este de nítido caráter interno ao processo, que atenderia aos referidos problemas. Trata-se da ideia da demanda, consubstanciada no conceito do “*acto que da nacimiento cronológico a un proceso, mediante la declaración de la voluntad del particular que lo pone em existencia*”⁷⁸¹. Esse erro doutrinário, conforme Guasp, acabou facilitado pelo fato de, na prática, “*la pretensión procesal se deduce efectivamente en e lacto inicial del proceso, es decir, en la demanda*”⁷⁸², o que fez com que se atribuisse à demanda consequências que verdadeiramente pertenceriam à essência do processo. Desse modo, a ação veio ser concebida como o poder de provocar um processo, enquanto que a demanda sedimentou-se como exercício desse poder ao qual se atribuíam os efeitos da existência do referido poder⁷⁸³.

Para Guasp, a demanda resume-se ao “*mero acto de iniciación procesal*”, ao passo que a pretensão processual pode ser deduzida simultaneamente com a demanda ou não. Mostra-se necessário, pois, rever o binômio conceitual ação-demanda, o qual cede para o trinômio ação-pretensão-demanda, sem suprimir o conceito de pretensão e reparti-lo entre os dois outros conceitos como normalmente é feito. Com essa advertência, o jurista espanhol traz a seguinte ideia fundamental: “*concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto, de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tempo, ya sea después de esta iniciación*”⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 55. Tradução livre: “*ato que dá nascimento cronológico a um processo, mediante a declaração de vontade do particular que o coloca em existência*”.

⁷⁸² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 55. Tradução livre: “*a pretensão processual se deduzir efetivamente no ato inicial do processo, vale dizer, na demanda*”.

⁷⁸³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 56.

⁷⁸⁴ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 57. Tradução livre: “*concedido pelo Estado o poder de acudir aos Tribunais de Justiça para formular pretensões (direito de ação), o particular pode reclamar qualquer bem da vida frente a outro sujeito distinto, de um órgão estatal (pretensão processual) iniciando para isso o correspondente processo (demanda), seja ao mesmo tempo, sej depois desta iniciação*”.

Com isso, Guasp afirma que o núcleo central de um processo é “*la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez*”⁷⁸⁵. É em torno desta reclamação de giram todas e cada uma das vicissitudes processuais, com a iniciação do processo, a instrução e a decisão⁷⁸⁶. E essa reclamação nada mais é do que a pretensão processual. Para chegar a essa conclusão, é necessário levar em conta que, para o professor espanhol, por objeto do processo se entende a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que integram o processo, não se confundindo, pois, nem com a causa ou fundamento do processo (manter a paz da comunidade, por exemplo), nem com sua função ou seu fim, como, por exemplo, a atividade satisfativa da pretensão. No entanto, adverte que o objeto do processo deve ser uma relação de *carácter ideal*, não se confundindo nem com a relação jurídico-material deduzida em juízo, nem com o bem da vida que o processo afetará, pois a relação jurídica material nada mais seria que um instrumento atuado no processo em favor de uma tese determinada, o qual, antes da sentença, nem sequer se sabe se existe, enquanto o objeto material seria um conceito demasiadamente reduzido e que pode ser objeto imediato de diversos processos⁷⁸⁷.

Após considerar a pretensão processual um ato processual e ao mesmo tempo o objeto do processo⁷⁸⁸, Jaime Guasp inicia o capítulo IV do seu livro, cujo objetivo é indagar a essência imanente da pretensão processual, intendo que, para ser alcançado, pressupõe a decomposição do conceito da pretensão

⁷⁸⁵ Tradução livre: “*a reclamação que uma parte dirige frente a outra e perante o Juiz*”.

⁷⁸⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 61.

⁷⁸⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 58-59.

⁷⁸⁸ Segundo o autor espanhol, “*la pretensión procesal es, pues, un acto procesal y al mismo tiempo el objeto del proceso, integrando este objeto, no en cuanto acto ya realizado que, por este mismo carácter de estado que imprime a la realidad una vez que há influido sobre ella, hace girar en torno a sí misma el resto de los elementos que aparecen en la institución procesal*” (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 66). Tradução livre: “*a pretensão processual é, pois, um ato processual e ao mesmo tempo o objeto do processo, integrando este objeto, não enquanto ação que se realiza em um certo momento, mas como ato já realizado que, por este mesmo carácter de estado que imprime à realidade uma vez que já influindo sobre ele, faz girar em torno de si mesmo o resto dos elementos que aparecem na instituição processual*”.

processual no estudo da sua estrutura e da sua função. Ou seja, o modo de ser e o modo de operar da pretensão processual⁷⁸⁹.

No que tange à estrutura da pretensão processual, esta se decompõe em três grandes elementos que, segundo Guasp, integram qualquer realidade jurídica, quiçá qualquer realidade da vida social humana: o elemento subjetivo, vale dizer, os entes pessoais, as pessoas, que figuram como titulares, mesmo que em grau diferente, das condutas humanas significativas que toda pretensão processual leva consigo; o elemento objetivo, dito de outro modo, o substrato material sobre o qual recaem aquelas condutas humanas e que integram o suporte básico situado além de cada pessoa atuante e de cada atuação pessoa; e o elemento modificativo da realidade, ou seja, uma atividade *stricto sensu* constituída pelo fato de que os titulares da pretensão, ao ocupar-se do objeto dela, determinam com sua conduta uma modificação da realidade⁷⁹⁰.

Quanto ao elemento subjetivo, é característico da própria reclamação que esta seja feita contra um adversário⁷⁹¹, ao que se soma, ao lado dessa dualidade de sujeitos, a presença necessária de um terceiro, o destinatário da pretensão, a quem o direito confere o encargo de receber as pretensões de outros sujeitos e de proceder a sua satisfação. Nisso residiria a definição de juiz como um terceiro colocado acima das partes que satisfaz as pretensões que uma formula frente à outra⁷⁹². Com efeito, em toda pretensão processual existem três sujeitos distintos: *“el sujeto activo o persona que formula la pretensión, el sujeto pasivo o persona frente a quien se formula la pretensión, el destinatário o persona ante quien se formula la pretensión”*⁷⁹³.

⁷⁸⁹ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 67.

⁷⁹⁰ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 68-69.

⁷⁹¹ Para Guasp, *“como toda pretensión procesal es un concepto nacido de la coexistência del hombre, se comprende facilmente que cualquiera que se alla posibilidad de imaginar una queja sin adversário ni destinatário, esta queja, mero desahogo íntimo, no podría ser tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico; constituiria una figura lírica, pero no una manifestación de derecho”* (GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 69).

⁷⁹² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 70.

⁷⁹³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 70. Tradução livre: *“o sujeito ativo, a pessoa que formula a pretensão, o sujeito passivo, a pessoa frente a quem se formula a pretensão, e o destinatário, a pessoa diante da qual se formula a pretensão”*.

No que diz respeito ao objeto da pretensão, deve existir necessariamente, em toda pretensão processual, um *quid* material ao qual se referem os sujeitos e as atividades que a pretensão encerra. Trata-se do bem da vida, que constitui o objeto da pretensão processual, e não o objeto do processo. Esse bem da vida pode ser tanto uma coisa corporal como uma conduta de outra pessoa. Seja como for, toda pretensão recai sobre um bem determinado e tem como objeto o elemento transpessoal que, material ou idealmente, se configura como suscetível de constituir o objeto de uma relação jurídica⁷⁹⁴.

De todos os elementos da pretensão processual, o que exige maior atenção é o da mutação da realidade que ela leva consigo. Primeiramente, é necessário estabelecer que tipo de atividade geral é a que se produz com a existência de uma pretensão processual. Com efeito, a pretensão processual não é uma manifestação afetiva, emocional, psicológica, nem sequer uma exteriorização intelectual ou declaração de ciência, mas, sim, como ato, se liga ao homem como ser portador de uma vontade, constituindo uma expressão desta faculdade humana, representando, pois, uma declaração de vontade. Porém, não é uma declaração de vontade qualquer, mas uma declaração de vontade com significado peculiar e próprio, qual seja, o de conter, entre os sujeitos que nela intervém e a respeito do objeto sobre o qual recai, uma petição fundada⁷⁹⁵. É característica da pretensão processual, portanto, não ser uma declaração de vontade qualquer, *“sino una declaración petitoria, una declaración en que la voluntad exteriorizada agota su sentido en la solicitud dirigida a algún outro elemento externo para la realización de um cierto contenido”*⁷⁹⁶. Ademais, essa declaração petitoria deverá ter significação jurídica, de modo a solicitar que se faça algo jurídico, se operem ou se manejem situações estritamente de direito⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 71-72.

⁷⁹⁵ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 72-73.

⁷⁹⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 75. Tradução livre: *“mas uma declaração petitoria, uma declaração na qual a vontade exteriorizada esgota seu sentido na solicitação dirigida a algum outro elemento externo para a realização de certo conteúdo”*.

⁷⁹⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 76.

Nessa senda, o professor espanhol admite a coexistência de diversas espécies de petições. No campo das pretensões de cognição, refere a tricotomia fundamental que serve como critério de classificação básica das pretensões processuais e, erroneamente, atribuída à classificação das ações. Menciona, desse modo, a distinção entre as petições nas quais se reclama a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica⁷⁹⁸, as petições em que se reclama a constatação ou fixação de uma situação jurídica⁷⁹⁹ e as petições nas quais se reclama a imposição de uma situação jurídica⁸⁰⁰, designadas habitualmente com os respectivos nomes e pretensões constitutivas, declarativas e de condenação⁸⁰¹.

Indo além no conceito, Guasp cuida de explicar que por petição fundada deve-se entender aquela que invoca um fundamento autêntico ou não. No entanto, o fundamento da pretensão processual não é o seu motivo, invocado ou não, mas os acontecimentos da vida em que se apoia não para justificá-la, mas para reduzi-la, isto é, para delimitar de um modo exato o pedaço concreto de realidade a que a pretensão se refere. O fundamento da petição, pois, não é permitir ao juiz, no caso de ser certo, pronunciar-se a favor da petição, mas é o que permite ao Juiz, previamente conhecer que âmbito particular da vida é o

⁷⁹⁸ De acordo com Guasp, “la característica de estas pretensiones se halla, como indica su nombre, en que lo que pide la parte al órgano jurisdiccional es que la declaración de voluntad de este último produzca un estado jurídico, que antes no existía, en la situación o conjunto de situaciones a que la pretensión se refiere” (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Tomo primero. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1968. p. 219).

⁷⁹⁹ Esta classe de ações “tiene como característica esencial la de que la petición de la parte que la constituye tende a la mera constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente, no a su imposición a persona distinta ni a la producción de una nueva” sendo elas “una de las manifestaciones más trascendentales de la concepción autónoma de la función procesal” (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Tomo primero. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1968. pp. 218-219).

⁸⁰⁰ Com efeito, a imposição da situação jurídica “se verifica haciendo pesar sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación, que pronuncia frente a él el órgano jurisdiccional; como el objeto de la obligación es siempre una prestación, de aquí que se llame también a este tipo de pretensiones, pretensiones de prestación. La característica de las pretensiones de condena debe buscar-se, por lo tanto, en la especial intimación que se pide del órgano jurisdiccional; si la obligación impuesta por la condena es incumplida, como la obligación jurídica material anterior, queda abierta la vía de la ejecución forzosa, lo que se expresa diciendo que la sentencia de condena, a diferencia de la declarativa y constitutiva, es un título ejecutivo” (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Tomo primero. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1968. p. 220).

⁸⁰¹ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 78. O autor também oferece uma divisão no que tange às pretensões de execução, abordando-as de acordo com a conduta física reclamada do juiz, em dar ou fazer (GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 80).

que a pretensão trata de designar⁸⁰². O titular da pretensão deve, desse modo, particulariza-la. Porém, a particularização jurídica não se obtém com a mera descrição de uma situação abstrata ideal, mas referente a acontecimentos concretos da vida que a especifiquem. A petição que compreende a pretensão processual, desse modo, deve ir apoiada na invocação de tais acontecimentos, os quais fundam a pretensão (fundamentos), porém *“no como cimentos en que se basa, sino como muros que la delimitan”*⁸⁰³.

A pretensão processual existe independente de seus motivos, necessitando, para tanto, singularizar-se das demais figuras análogas e imagináveis teoricamente. A individualização da pretensão se opera com o seu fundamento. Todavia, os acontecimentos de fato que individualizam a pretensão e os fundamentos em sentido amplo que determinam os motivos da atuação do juiz possuem uma clara diferença. Com efeito, os fundamentos, enquanto acontecimentos delimitadores da petição processual, serão somente fatos, enquanto os argumentos se agrupam nas conhecidas categorias dos motivos de fato e dos motivos de direito⁸⁰⁴.

Disso tudo, pode-se extrair a síntese da estrutura da pretensão processual. Esta, segundo Guasp, *“és una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de outra, ante un terceiro supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen”*⁸⁰⁵.

Com isso, é possível passar à análise da função da pretensão processual. A ideia que preside o ponto, de acordo com Guasp, é o de que a

⁸⁰² GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 82. Conforme Guasp, a invocação do fundamento opera não como justificante, mas como determinante da própria pretensão: “si el actor reclama la devolución de un bien en concepto de propietario, en la pretensión procesal invoca la propiedad del bien no como motivo de su solicitud, sino como contorno que le sirve para fijar, de todas las posibles relaciones que guarda con el bien reclamado, aquella a la que concretamente refiere su solicitud” (Idem. Ibidem., p. 82).

⁸⁰³ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985, p. 83. Na sua obra *“derecho procesal”*, Guasp considera que a justificação jurídica da pretensão poderia ser chamada de *“fundamento, título o causa de pedir: causa petendi de la misma”* (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Tomo primero. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1968. p. 226).

⁸⁰⁴ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 84.

⁸⁰⁵ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 84-85.

pretensão é o objeto do processo. Ocorre que, desse modo, uma vez engendrado o processo, a pretensão vai determinar a sua subsistência até que o tratamento que à pretensão processual deva dar-se tenha alcançado sua finalidade instrumental. Dito de outro modo, *“la pretensión procesal mantiene funcionalmente en vida al proceso”*⁸⁰⁶. Isso não significa, no entanto, que o processo não possa sofrer variações, afinal nada obsta que a pretensão processual, conservando sua existência, experimente um certo desenvolvimento durante a pendência processual, o que explica justamente as modificações que pode sofrer ao longo de tal pendência. A pretensão tem, portanto, uma função de conservar o processo, sem prejuízo de uma possível modificação do próprio processo em que deduzida a pretensão. Além disso, a pretensão tem a função de determinar a conclusão do processo, de modo que quando a pretensão desaparece o processo se elimina assim mesmo. Se a pretensão é satisfeita, é sinal que o processo chegou a seu fim normal e foi concluído mediante a decisão judicial, uma declaração de vontade que decisoramente examina e atua ou denega a atuação de uma pretensão processual⁸⁰⁷. Resumidamente, do ponto de vista funcional, a pretensão pode, segundo Guasp, ser definida como *“aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso com su próprio nacimiento, mantenimineto y conclusión”*⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 85. Tradução livre: *“a pretensão processual mantém funcionamento vivo o processo”*.

⁸⁰⁷ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. pp. 86-87.

⁸⁰⁸ GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 88. Tradução livre: *“aquela atividade que origina, mantém e conclui um processo com seu próprio nascimento, manutenção e conclusão”*.

9 O conceito contemporâneo de pretensão processual no pensamento de Darci Guimarães Ribeiro

Na doutrina brasileira, poucos autores se dedicaram ao tema da pretensão processual. Um dos poucos processualistas a trabalhar e repensar o tema da pretensão processual foi Darci Guimarães Ribeiro. Dada tal particularidade, seu livro sobre o tema será trabalhado com o devido vagar no presente capítulo.

9.1 Considerações iniciais

Partindo das teorias clássicas sobre o estudo da pretensão processual, notadamente Rosenberg, Carnelutti e Guasp, as quais já foram tratadas no presente trabalho, Darci Guimarães Ribeiro, notável processualista gaúcho, oferece a principal teoria acerca do conceito contemporâneo de pretensão processual. O autor, sob a influência de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, mas indo além do pensamento dos referidos juristas, inicia sua obra abordando *“el ordenamiento jurídico desde una perspectiva sociológica”*, o que faz a partir do estudo sistemático de diversos conceitos, como direito objetivo, direito subjetivo, pretensão material e ação material⁸⁰⁹. No segundo capítulo do

⁸⁰⁹ No prólogo da obra do processualista gaúcho, Joan Picó i Junoy, sintetiza muito bem este primeiro capítulo: *“el estudio sistemático de conceptos se inicia con el de derecho objetivo, que tiene por función principal jerarquizar los intereses de la sociedad y no crear derechos. Esta jerarquía cumple dos funciones: una psicológica, que consiste en orientar la conducta de las personas para favorecer su adhesión espontánea, creando en ellas el hábito general de obediencia; y otra judicial, en la medida en que sirve de directriz al juez en su tarea de aplicar los valores que anteriormente esa sociedad ha establecido como esenciales. Al jerarquizar el Estado los intereses de las personas en sociedad, a través del derecho objetivo, concede para determinados intereses una situación de ventaja en detrimento de otros, y esta ventaja objetiva, que representa la función psicológica del ordenamiento jurídico, explica lo que suele denominarse derecho subjetivo. Cuando a esta aptitud de poder exigir de otro la realización de una prestación, se le suma un estado de exigibilidad, estamos ante la pretensión material. Ésta necesita siempre contar con la voluntad del obligado para satisfacerla, pero cuando ello no ocurre, el titular de la pretensión material insatisfecha puede utilizar la acción material, esto es, puede ‘agere’, en el sentido físico y común de la palabra, puede buscar la realización de su pretensión independientemente de la voluntad del obligado. De este modo, la acción de derecho material es un mecanismo para la realización de la pretensión material cuando no exista la colaboración espontánea del obligado, y comporta la posibilidad que tiene el titular del interés de sujetarlo, a través del poder coactivo del Estado, al cumplimiento de una prestación. De haí, que el autor destaque que los tres estados jurídicos derecho subjetivo, pretensión material y acción material pueden representarse gráficamente por tres verbos: tener, querer y actuar”* (PICÓ I JUNOY, Joan. Prólogo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 12). Tradução livre: “o estudo sistemático de conceitos se inicia com o de direito objetivo, que tem por função principal hierarquizar os interesses da sociedade e não criar direitos. Esta hierarquia cumpre duas funções: uma psicológica, que consiste em orientar a conduta das pessoas para favorece sua

seu livro, Darci Ribeiro aborda “*el monopolio de la jurisdicción y sus consecuencias*”, momento no qual são desenvolvidos os conceitos de *pretensão à tutela jurídica* e de *ação processual*⁸¹⁰. O terceiro capítulo é dedicado ao “*estudio sistemático de la pretensión procesal*”, momento em que o cerne da abordagem contemporânea do tema vem à tona. A respeito podem ser destacados três pontos que serão aqui estudados a partir do pensamento do professor gaúcho: “a pretensão processual como efeito da ação processual”, “a pretensão processual como reflexo jurídico da ação material” e a “pretensão processual como objeto do processo” e seus “elementos individualizadores”.

9.2 A pretensão processual como efeito da ação processual

Conforme Darci Ribeiro, “*la acción procesal es el derecho público y subjetivo inmediato de ejercer contra el Estado la pretensión a la tutela*

adesão espontânea, criando nelas o hábito geral de obediência, e outra judicial, na medida em que serve de diretriz ao juiz em sua tarefa de aplicar os valores que anteriormente essa sociedade estabeleceu como essenciais. Ao hierarquizar o Estado os interesses das pessoas em sociedade, através do direito objetivo, concede para determinados interesses uma situação de vantagem em detrimento de outros, e esta vantagem objetiva, que representa a função psicológica do ordenamento jurídico, explica o que geralmente denomina-se direito subjetivo. Quando esta aptidão de poder exigir de outro a realização de uma prestação, se soma um estado de exigibilidade, estamos diante da pretensão material. esta necessita sempre contar com a vontade do obrigado para satisfazê-la, mas quando isso não ocorre, o titular da pretensão material insatisfeita pode utilizar a ação material isto é, pode ‘agere’, no sentido físico e comum da palavra, pode buscar a realização de sua pretensão independentemente da vontade do obrigado. deste modo, a ação de direito material é um mecanismo para a realização da pretensão material quando não exista a colaboração espontânea do obrigado, e comporta a possibilidade que tem o titular do interesse sujeitá-lo, através do poder coativo do Estado, ao cumprimento de uma prestação. Daí, que o autor destaque que os três estados jurídicos direito subjetivo, pretensão material e ação material podem representa-se graficamente por três verbos: ter, quere e atuar”.

⁸¹⁰ Desse modo, no referido capítulo, segundo Joan Picó i Junoy, “*se estudia como el Estado ha assumido el monopolio de la jurisdicción, impidiendo a los individuos actuar privadamente en la realización de sus intereses, y creando para él el deber de prestar la efectiva tutela jurisdiccional a cualquier persona que lo solicite. La suma de estas dos actuaciones genera para todos los individuos que vean afectados sus intereses, por un lado, una promesa de protección judicial, denominada pretensión a la tutela jurídica, - que se sitúa en un momento estático y preprocesal de la jurisdicción -; y por outro, un derecho público y subjetivo inmediato, denominado acción procesal, consistente en ejercer contra el Estado esta pretensión a la tutela jurídica - que representa el momento dinámico de la jurisdicción*”. (PICÓ I JUNOY, Joan. Prólogo. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 12-13). Tradução livre: “*se estuda como o Estado tem assumido o monopolio da jurisdição, impedindo aos individuos de atuar privadamente na realização de seus interesses, e criando para ele o dever de prestar a efetiva tutela jurisdiccional a qualquer pessoal que o solicite. A soma destas duas atuações gera para todos os individuos que vejam afetados seus interesses, por um lado, uma promess de proteção judicial, denominada pretensão á tutela jurídica, - que se situa em um momento estático e preprocessual, consistente em exercer contra o Estado esta pretensão à tutela jurídica - que representa o momento dinâmico da jurisdição*”.

*jurídica*⁸¹¹. A concepção da ação processual como um direito apresenta-se como revés do dever do Estado em prestar justiça⁸¹² e, ao mesmo tempo, como direito público subjetivo fundamental, portanto, de caráter público⁸¹³. Por outro lado, a ação processual é *exercida contra o Estado* e, pois, constitui “*el aspecto dinámico del acceso a los tribunales*”⁸¹⁴. Com efeito, “*la noción de acción procesal presupone la idea de un acto y no la de un poder*”⁸¹⁵, embora seja certo que “*el derecho de ejercer presupone lógicamente el poder de exigir, sin el cual sería puro arbitrio y violencia ilegítima*”⁸¹⁶. E, nesse aspecto, a *pretensão à tutela jurídica* figura como causa legitimadora da ação processual⁸¹⁷. Daí que “*no se puede confundir el poder de exigir del Estado,*

⁸¹¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 87. Tradução livre: “a ação processual é o direito público e subjetivo imediato de exercer contra o Estado a pretensão à tutela jurídica”.

⁸¹² Nesse sentido, “*la acción procesal es un derecho (‘ius agendi’) por el hecho de haber monopolizado el Estado la jurisdicción, por lo que, en consecuencia, se ha adjudicado el deber incondicional de prestar justicia a todos los interesados. Luego, existiendo el deber de prestar justicia por parte del Estado, existirá, en contrapartida, el derecho de pedirla por parte de los individuos (Justizgewährungsanspruch), ya que a todo derecho debe corresponder un deber que lo garantice*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 89). Tradução livre: “a ação processual é um direito (‘ius agendi’) pelo fato de haver monopolizado o Estado a jurisdição, posto que, em consequência, adjudicou o dever incondicional de prestar justiça a todos os interessados. Logo, existindo o dever de prestar justiça por parte do Estado, existirá, em contrapartida, o direito de pedir-la por parte dos indivíduos (Justizgewährungsanspruch), já que a todo direito deve corresponder um dever que o garanta”.

⁸¹³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 92.

⁸¹⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 93. Tradução livre: “o acesso dinámico do acesso aos tribunais”.

⁸¹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 93. Tradução livre: “a noção de ação processual pressupõe a ideia de um ato e não a de um poder”.

⁸¹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 93. Tradução livre: “o direito de exercer pressupõe logicamente o poder de exigir, sem o qual seria puro arbitrio e violência ilegítima”.

⁸¹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 118. Importante advertir que “*el hecho de que la pretensión a la tutela jurídica sea la causa legitimadora de la acción procesal, no quiere decir que sea un efecto de aquélla, primero, porque siendo la pretensión solamente un poder de exigir, no se realiza en el mundo de los hechos por ser un concepto abstracto, por consiguiente, no puede ser considerada como un acto, y si no es un acto no puede producir efectos en un mundo en el que no exista; segundo, porque pertenecen a dos mundos distintos, eso es, mientras la pretensión a la tutela jurídica es preprocesal y corresponde más bien al derecho político, la acción jurídica es procesal y, por lo tanto, pertenece al derecho procesal*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 118). Tradução livre: “o fato de que a pretensão à tutela jurídica seja a causa legitimadora da

que es estático y pertenece a la pretensión a la tutela jurídica, con el derecho de ejercer contra el Estado, que es dinámico y pertenece a la acción procesal⁸¹⁸. A ação processual, nessa senda, somente existe quando é exercida, ou seja, enquanto ato, na medida em que “como ejercicio de la pretensión a la tutela jurídica, presupone, logicamente, un agere, en el sentido físico y común de la palabra, pues necesita una actividad humana para realizarse⁸¹⁹”.

A ação processual, na medida em que é um ato jurídico, tem como causa a pretensão à tutela jurídica, mas também produz um efeito que lhe é natural, qual seja, a pretensão processual: “ésta es efecto del ejercicio de la acción procesal porque ambas pertenecen al mismo mundo jurídico, esto es, al derecho procesal⁸²⁰”. Justamente por isso, “siempre que se ejercita la pretensión procesal (efecto) lógicamente se estará ejercitando la acción procesal (causa legitimadora), como también es verdad que cuando se ejercita la acción procesal (causa legitimadora) se estará ejercitando la pretensión procesal (efecto)⁸²¹”.

Nesse aspecto, reconhecendo o caráter abstrato e universal da ação processual, o jurista afirma que “la realización efectiva y adecuada de los derechos e intereses legítimos asegurados por las constituciones más modernas, parte obligatoriamente del análisis concreto de las situaciones

ação processual, não quer dizer que seja um efeito daquela, primeiro, porque sendo a pretensão somente um poder de exigir, não se realizado no mundo dos fatos por ser um conceito abstrato, por conseguinte, não pode ser considerada como um ato, e se não é um ato não pode produzir efeitos em um mundo em que não exista; segundo, porque pretendem a dois mundos distintos, isso é, enquanto a pretensão à tutela jurídica é pré-processual e corresponde melhor ao direito político, a ação jurídica é processual e, portanto, pertence ao direito processual”.

⁸¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 93. Tradução livre: “não se pode confundir o poder de exigir do Estado, que é estático e pertence à pretensão à tutela jurídica, com o direito de exercer contra o Estado, que é dinâmico e pertence à ação processual”.

⁸¹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 87. Tradução livre: “como ejercicio de la pretensión a la tutela jurídica, presupõe, logicamente, un agere, no sentido físico e comum da palavra, pois necessita uma atividade humana para realizar-se”.

⁸²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 119. Tradução livre: “esta é efeito do exercício da ação processual porque ambas pertencem ao mesmo mundo jurídico, isto é, ao direito processual”.

⁸²¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 119. Tradução livre: “sempre que se exercita a pretensão procesal (efeito) lógicamente se estará exercitando a ação processual (causa legitimadora), como também é verdade que quando se exercita a ação processual (causa legitimadora) se estará exercitando a pretensão processual (efeito)”.

subjetivas traídas al proceso”, o que não seria obra da ação processual, mas da pretensão processual⁸²². A ação processual, exercitada pela demanda, ou seja, pelo “*acto realizado por el demandante con la intención de incoar un proceso*”, terá como efeito a pretensão processual, surgindo, a partir desta, duas atividades ao juiz a serem realizadas: a primeira delas “*se refiere al análisis de la pretensión procesal, debiendo su satisfacción ser incondicional, en la medida en que el juez realizará esta pretensión simplemente con examinar y actuar sobre la misma, independientemente del resultado*”; já a segunda atividade diz respeito à “*análisis de la acción material deducida a través de la pretensión procesal, que solo será realizada si el demandante posee razón*”, estando, pois, “*condicionada a su fundamentación, motivo por el cual sólo será estimada una vez que esté adecuadamente fundamentada*”⁸²³.

9.3 A pretensão processual como reflexo jurídico da ação material

Com o objetivo de demonstrar como surge a pretensão processual e o seu conteúdo, de modo a assentá-la como verdadeiro objeto do processo, Darci Ribeiro, após conceituá-la como “*la declaración de voluntad hecha por el actor, a través de una petición fundada, para obtener una sentencia*”⁸²⁴, passa a traçar alguns aspectos centrais do conteúdo da pretensão processual enquanto reflexo jurídico da ação material. Se, por um lado, a pretensão processual surge como efeito da ação processual, cuja causa é a pretensão à tutela jurídica, tudo consequência lógica da proibição de autotutela e do

⁸²² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 120. Tradução livre: “a realização efetiva e adequada dos direitos e interesses legítimos assegurados pelas constituições mais modernas, parte obrigatoriamente da análise concreta das situações subjetivas trazidas ao processo”.

⁸²³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 122. Tradução livre: A ação processual, exercitada pela demanda, ou seja, pelo “*ato realizado pelo demandante com a intenção de iniciar um processo*”, terá como efeito a pretensão processual, surgindo, a partir desta, duas atividades ao juiz a serem realizadas: a primeira delas “*se refiere a análise da pretensão processual, devendo sua satisfação ser incondicional, na medida em que o juiz realizará esta pretensão simplesmente com examinar e atuar sobre a mesma, independientemente do resultado*”; já a segunda atividade diz respeito à “*análise da ação material deduzida através da pretensão processual, que somente será realizada se o demandante possuir razão*”, estando, pois, “*condicionada a sua fundamentação, motivo pelo qual somente será estimada uma vez que esteja adecuadamente fundamentada*”.

⁸²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 123. Tradução livre: “a declaração de vontade feita pelo ator, através de uma petição fundada, para obter uma sentença”.

monopólio da jurisdição, é certo que a pretensão processual traduz a reclamação de uma atuação do órgão jurisdicional. Mais do que isso, “*cuando el individuo a través de la pretensión procesal solicita del órgano jurisdicional una actuación frente a determinada persona, esta exigiendo del órgano la realización de su acción material*”. Dito de outro modo, “*está exigiendo del Estado que sujete al obligado al cumplimiento de una prestación*”⁸²⁵.

Com efeito, o exercício da ação processual transporta ao processo a ação material, “*jurisdiccionalizándola, y transformándola en pretensión procesal para que el Estado pueda realizarla*”⁸²⁶. Nesse sentido, é possível afirmar que “*la pretensión procesal es, pues, el reflejo jurídico de la acción material*”⁸²⁷. Vale dizer, a pretensão processual é, ontologicamente, diferente da ação material. Não é a ação material. Nem a ação material é simplesmente deduzida ou afirmada no processo por meio da ação processual. Ela é transportada ao processo e transformada em pretensão processual.

9.4 A pretensão processual como objeto do processo

Ao analisar o tema o objeto do processo, o professor gaúcho busca fazê-lo a partir de uma dupla perspectiva: sua natureza jurídica e seus elementos individualizadores. Após discorrer sobre as diversas teorias sobre o objeto do processo, dividindo-as nas chamadas concepção material e processual do objeto processo⁸²⁸, o autor conclui que a noção atualmente predominante é

⁸²⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 124. Tradução livre: “*quando o indivíduo através da pretensão processual solicita do órgão jurisdicional uma atuação frente a determinada pessoa, está exigindo do órgão a realização de sua ação material*”. Dito de outro modo, “*está exigindo do Estado que sujete o obrigado ao cumprimento de uma prestação*”.

⁸²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 124-125. Tradução livre: “*jurisdiccionalizando-a, e transformando-a em pretensão processual para que o Estado possa realizá-la*”.

⁸²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 125. Tradução livre: “*a pretensão processual é, pois, o reflexo jurídico da ação material*”.

⁸²⁸ De acordo com o autor, “*existen basicamente dos grandes orientaciones que procuran definir la naturaleza jurídica de este instituto: la primera, es la llamada ‘concepción material’, porque no separa el objeto del proceso del derecho material; la segunda, es la llamada ‘concepción procesal’, exactamente porque desvincula el objeto del derecho material, manteniendo aí una postura eminentemente procesal*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 129).

puramente processual⁸²⁹. Nessa senda, partindo, pois, de uma noção processual do objeto do processo, Darci Ribeiro afirma ser necessário “averiguar cuál es la materia litigiosa que compone un proceso”, uma vez que “no hay proceso puramente abstracto que exista por sí y para sí mismo, razón por cual todo proceso tendrá un objeto”⁸³⁰.

Desse modo, a pretensão processual, que “se mantiene hasta el final del proceso”⁸³¹, pode ser considerada como o objeto do processo e, sobre ela, “recae toda la actividad de los sujetos procesales”⁸³². O processualista explica melhor a colocação da pretensão processual como sinônimo de objeto do processo, a partir de três pontos: (a) a pretensão processual é uma “declaración de voluntad específica con el fin de obtener un concreto pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales, en donde esta asume la función esencial de individualizar el tipo de declaración de voluntad”⁸³³. Por se tratar de uma declaração de vontade, ela é caracterizada pelo verbo *querer*, não se tratando, pois, de uma mera afirmação de direito, sendo “preferible para identificar la idea-base del objeto del proceso la fuerza expresiva del concepto petición (Begehren) al de afirmación del derecho”⁸³⁴; (b) além disso, referida declaração de vontade “no se realiza a través de una simple petición, sino a través de una ‘petición’ (petitum) fundada (causa petendi)”, ou seja, “necesita estar justificada, motivada”; (c) por fim, a declaração de vontade “se dirige hacia el Estado con la finalidad de ‘obtener

⁸²⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 131.

⁸³⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 131. Tradução livre: “averiguar qual é a materia litigiosa que compõe um processo”, uma vez que “não há processo puramente abstracto que exista por si e para si mesmo, razão pela qual todo processo terá um objeto”.

⁸³¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 131. Tradução livre: “se mantém até o final do processo”.

⁸³² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 132. Tradução livre: “recai toda a atividade dos sujeitos processuais”.

⁸³³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 132. Tradução livre: a pretensão processual é uma “declaração de vontade específica com o fim de obter um concreto pronunciamiento por parte dos órgãos jurisdiccionales, onde esta assume a função essencial de individualizar o tipo de declaração de vontade”.

⁸³⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 134. Tradução livre: “preferível para identificar a ideia-base do objeto do processo a força expressiva do conceito petición (Begehren) ao de afirmação de direito”.

*una sentencia', por lo que el titular passivo de la pretensión procesal se distingue del titular passivo de la pretensión material, que siempre tiene por destinatário el obligado*⁸³⁵.

Em suma, pode-se definir a pretensão processual como “a declaração de vontade feita pelo autor, através de uma petição (pedido) fundada (causa de pedir) para obter uma sentença de um órgão jurisdicional”⁸³⁶, conceito este, inclusive, adotado na Espanha por Joan Picó y Junoy, na obra “La modificación de la demanda en el proceso civil”⁸³⁷. Os limites do objeto do processo, ou seja, da pretensão processual, por sua vez, encontram-se identificados com a *causa petendi* e o *petitum*, como será analisado no próximo item.

9.5 Elementos individualizadores da pretensão processual

Em sua obra, Darci Ribeiro aponta quatro grandes orientações que buscam individualizar o objeto do processo: “la primera, que considera el ‘petitum’ como el único elemento singularizador; la segunda, que valoriza tanto el ‘petitum’ como la ‘causa petendi’; la tercera, que pone el acento en la naturaleza del derecho afirmado; y finalmente la cuarta, que identifica el objeto del proceso a partir de la acción ejercida”⁸³⁸. A importância do tema, ao contrário das opiniões comuns que normalmente costumam restringi-lo à litispendência, coisa julgada e à modificação da demanda, transcendem esses

⁸³⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 135. Tradução livre: referida declaração de vontade “*no se realiza através de una simple petición, mas através de una ‘petición’ (petitum) fundada (causa petendi)*”, ou seja, “*necessita estar justificada, motivada*”, (c) por fim, a declaração de vontade “*se dirige contra o Estado com a finalidade de ‘obter uma sentença’, porque o titular passivo da pretensão processual se distingue do titular passivo da pretensão material, que sempre tem por destinatário o obrigado*”. No mesmo sentido PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 25.

⁸³⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 83.

⁸³⁷ Nas palavras de Joan, “*partiendo de las múltiples teorías existentes sobre el concepto de objeto del proceso – tanto las materiales como las estrictamente procesales –, [...] entendemos por tal declaración de voluntad hecha por el actor, a través de una petición fundada, para obtener una sentencia*” (PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 24). Tradução livre: “*partindo das múltiplas teorías existentes sobre o conceito de objeto do processo – tanto as materiais como as estritamente processuais –, [...] entendemos por tal declaração de vontade feita pelo autor, através de uma petição fundada, para obter uma sentença*”.

⁸³⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 140. Tradução livre: “*a primeira, que considera o ‘petitum’ como o único lemento singularizador; a segunda, que valoriza tanto o ‘petitum’ como a ‘causa petendi’; a terceira, que põe o acento na natureza do direito afirmado; e finalmente a quarta, que identifica o objeto do processo a partir da ação execida*”.

aspectos na obra do professor gaúcho, para possibilitar uma melhor compreensão da tutela jurisdicional efetiva, *“en la medida en que singularizando y determinando estos elementos si tiene un proceso rápido y eficaz: rápido, porque fijado con precisión el objeto del proceso se evita todas las formas de dilaciones indebidas; y eficaz, porque atende al principio de la economía procesal, es decir, permite obtener el máximo de resultados, en un mínimo de actividad procesal”*⁸³⁹.

Conforme já referido, os elementos que singularizam o objeto do processo no pensamento de Darci Ribeiro são o pedido e a causa de pedir, respectivamente, o pedido e a causa de pedir, uma vez que *“el núcleo en torno al cual giran todas las actividades de las partes constituye la petición fundada (a saber, ‘meritum causae’, fondo) presentada por el actor, esto es, el tema decidendum”*⁸⁴⁰. Importante destacar que, apesar de pedido e causa de pedir serem distintos, há entre eles uma *“estrecha conexión de dependência, hasta el punto de no poderse aislar uno de ellos sin comprometer las características del otro”*⁸⁴¹.

9.5.1 A causa de pedir

Conforme Darci Ribeiro, *“la función principal de la causa petendi consiste en traer al proceso aquella parte de la realidad, generalmente conflictiva, sobre la cual el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse”*⁸⁴². No entanto, adverte o autor, não se trata simplesmente da dedução dos fatos da causa, uma vez que estes devem estar revestidos das pertinentes

⁸³⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 144-145. Tradução livre: *“na medida em que singularizando e determinando estes elementos se tem um processo rápido e eficaz: rápido, porque fixado com precisão o objeto do processo se evita todas as formas de dilações indebidas; e eficaz, porque atende ao princípio da economia processual, é dizer, permite obter o máximo de resultados, em um mínimo de atividade processual”*.

⁸⁴⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 146. Tradução livre: *“o núcleo em torno do qual giram todas as atividades das partes constitui a petição fundada (a saber, ‘meritum causae’, fundo) apresentada pelo ator, isto é, o tema decidendum”*.

⁸⁴¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 146. Tradução livre: *“estreita conexão de dependência, até o ponto de não poder-se separar um deles sem comprometer as características do outro”*.

⁸⁴² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 147. Tradução livre: *“a função principal da causa petendi consiste em trazer ao processo aquela parte da realidade, geralmente conflitiva, sobre a qual o órgão jurisdiccional deverá pronunciar-se”*.

consequências jurídicas pretendidas pelo autor, na medida em que “*devem constituir a situação de vantagem objetiva que lhes confere consequências jurídicas*”⁸⁴³. Desse modo, o direito subjetivo vem ao processo através da causa de pedir⁸⁴⁴, que consistirá as *razões jurídicas* aportadas pelo demandante ao processo para fundamentar o seu pedido⁸⁴⁵.

Com base nessas premissas, pode-se considerar a causa de pedir como “*o conjunto de fatos essenciais contemplados na situação de vantagem objetiva que servem de base à obtenção das consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo em um determinado momento e espaço*”⁸⁴⁶. Em tal conceito, destaca-se que os fatos são tomados de forma não separada do direito, uma vez que a relevância destes assenta-se justamente na obtenção das consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo⁸⁴⁷. Trata-se de *fatos essenciais*, pois a causa de pedir abarca os acontecimentos concretos da vida que servem de fundamento para as consequências jurídicas pretendidas e capazes de justificar o pedido⁸⁴⁸.

Mas não é só isso, superando os problemas que envolvem a dicotomia teórica entre teoria da substanciação e da individualização, o professor gaúcho considera que *os fatos essenciais devem estar contemplados na situação de vantagem objetiva*, para explicar que a causa de pedir não é composta somente pelas questões deduzidas pela parte, mas, também, por todas as questões que compõem os pressupostos constitutivos da situação de vantagem jurídica que poderiam ser deduzidas ao tempo da demanda, ou seja, “*o conjunto de fatos essenciais que configuram a causa petendi está integrado pelas questões deduzíveis do suposto situação de vantagem jurídica, sejam*

⁸⁴³ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. pp. 63-64.

⁸⁴⁴ Vale dizer, “*a situação de vantagem objetiva frente ao interesse de outro capaz de produzir as consequências jurídicas pretendidas*” (RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 64).

⁸⁴⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. pp. 63-64.

⁸⁴⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 66.

⁸⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 66.

⁸⁴⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 66.

ou não deduzidas no processo”⁸⁴⁹. Por outro lado, o núcleo essencial da causa de pedir está na obtenção das consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo, o que significa dizer que o conjunto de fatos essenciais “*serve unicamente de base para que a parte possa extrair as consequências jurídicas necessárias a fim de fundamentar seu petitum*”⁸⁵⁰. Dito de outro modo, “*o quid da causa petendi está composto pelas consequências jurídicas que a parte extrai dos fatos, e não dos fatos em si mesmos considerados, já que estes, isoladamente considerados não originam nem legitimam o petitum*”⁸⁵¹.

Ademais, assumem importante papel da delimitação da causa de pedir as circunstâncias especiais e temporais que balizam os fatos essenciais para a produção das consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo. Isso porque existem certos fatos da vida que podem acontecer de forma idêntica, porém em momento diverso, sendo imprescindível delimitar o aspecto temporal e especial dos fatos para delimitar a causa de pedir⁸⁵².

Por fim, cumpre referir que “*individualizar uma petição através da causa de pedir não é o mesmo que motivá-la, isto é, uma coisa é identificar o objeto do processo, a pretensão processual, e outra distinta é fundamentá-la para que prospere*”⁸⁵³. Daí a importância de distinguir as *razões jurídicas* (consequências jurídicas) e a *qualificação* jurídica. Enquanto aquelas impõem limites à atividade do juiz, na medida em que identificam o objeto do processo, a qualificação jurídica diz respeito à aplicação de uma norma jurídica, e não vincula o juiz, já que este é livre para aplicar a norma mais adequada ao caso concreto⁸⁵⁴.

9.5.2 O petitum

⁸⁴⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 67.

⁸⁵⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 68.

⁸⁵¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 69.

⁸⁵² RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 72.

⁸⁵³ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 72.

⁸⁵⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 75.

O pedido pode ser desdobrado em pedido *imediato* e *mediato*. O primeiro diz respeito à natureza da prestação jurisdicional postulada, se declarativa, constitutivo, condenatória, executiva ou mandamental. O segundo concerne ao bem da vida que diz respeito à tutela judicial requerida⁸⁵⁵. Enquanto o pedido imediato deve ser certo, o que não se excepciona pois ligado à natureza da prestação jurisdicional, o pedido mediato em regra deve ser determinado, admitindo-se exceções, quando será genérico, como nos casos do art. 286, I, II e III, do CPC⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. p. 78.

⁸⁵⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.215, p. 61-85, jan. 2013. pp. 79-80. Para não extrapolar os limites da presente dissertação, questões envolvendo a congruência do pedido e da sentença não serão abordadas na presente dissertação. A respeito ver, RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 156-158.

10 Análise crítica dos elementos de classificação da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito

Alguns autores têm oferecido valiosas tentativas de uma releitura do tema das relações entre direito material e processo no Estado Democrático de Direito, tudo a partir de uma análise crítica das teorias clássicas antes trabalhadas. No presente capítulo, tendo como foco principal a doutrina nacional, serão trabalhadas as principais propostas lançadas nesse sentido, oferecendo-se uma visão crítica a seu respeito, buscando, sempre que possível, conciliá-las.

10.1 Ação processual na doutrina contemporânea

Ainda que presente no direito positivo brasileiro (art. 267, VI, CPC), a chamada teoria eclética da ação encontra-se superada⁸⁵⁷, sendo quase unânime pela doutrina brasileira e estrangeira a adoção da teoria abstrata da ação⁸⁵⁸. No entanto, o fato de a ação processual ser abstrata e universal não obscurece em nada as críticas que a ela foram lançadas pelo próprio Liebman no sentido de que o foco no seu estudo é insuficiente para lidar com as relações entre o direito material e o processo. Afinal, como já analisado no ponto 6.2 do presente trabalho, está certo Liebman ao afirmar que o conceito de ação processual, *“nella sua estrema astrattezza e indeterminatezza, esso non há rilevanza alcuna nella vita e nel funzionamento pratico del processo, perchè, spettando a chiunque in qualsiasi circostanza, non permette di distinguere caso da caso, né di stabilire un collegamento tra il processo e la fattispecie concreta per la quale esso viene proposto”*⁸⁵⁹.

Daí a impossibilidade de efetuar uma classificação da tutela jurisdicional partindo da ação processual, uma vez que, devido ao seu caráter abstrato e

⁸⁵⁷ Sobre as irrepreensíveis críticas à teoria eclética da ação, ver o ponto 6.3 do presente trabalho.

⁸⁵⁸ Sobre a teoria abstrata da ação ver o ponto 4.2 do presente trabalho.

⁸⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950. p. 63. Tradução livre: *“na sua extrema abstração e indeterminação, ele não tem relevância alguma na vida e no funcionamento práctico do processo, porque, cabendo a qualquer um em qualquer circunstância, não permite distinguir caso a caso, nem estabelecer uma ligação entre o processo e a fatispécie concreta pela qual ele vem proposto”*.

universal, “estas cualidades por si sólo alejan cualquier intento de clasificación, ya que para clasificar cualquier objeto se exige obligatoriamente elementos concretos capaces de individualizarlo de los demás”⁸⁶⁰. Do mesmo modo, Ovídio Baptista da Silva considera uma contradição classificar algo sem substância e igual a todos, indistintamente concedida, como o caso da ação processual⁸⁶¹. Nisso, parecem concordar os principais processualistas brasileiros contemporâneos⁸⁶².

10.2 Teorias ternária e quinária

Outro ponto comum na quase totalidade da doutrina atual é a classificação *quinária* no âmbito da discussão envolvendo a tutela jurisdicional efetiva, em desprezo à teoria ternária. Dito de outro modo, não há grandes divergências no tocante à existência de um *poder de exigir* do Estado que este preste tutela jurisdicional, exercido mediante a ação processual. No conteúdo dessa tutela jurisdicional (elemento de classificação) é que residem as grandes discussões doutrinárias, como será visto mais adiante. No entanto, consenso é a possibilidade de classificar as sentenças de procedência (não obstante as divergências sobre a sua natureza no âmbito da tutela jurisdicional)⁸⁶³ em cinco classes.

A classificação ternária⁸⁶⁴ toma como ponto de parte o binômio cognição-execução, encarando-as como atividades distintas, sucessivas e complementares, “en donde el examen de la litis y la confirmación del derecho

⁸⁶⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 159. Tradução livre: “estas cualidades por si sólo alejan cualquier intento de clasificación, ya que para clasificar cualquier objeto se exige obligatoriamente elementos concretos capaces de individualizarlo de los demás”.

⁸⁶¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 179.

⁸⁶² A respeito, ver também o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Luiz Guilherme Marinoni, desenvolvidos neste capítulo.

⁸⁶³ No ponto, destaca-se principalmente a divergência entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Luiz Guilherme Marinoni, o qual considera as sentenças como técnicas processuais.

⁸⁶⁴ A classificação ternária é defendida no Brasil por alguns renomados processualistas, como é o caso de Humberto Theodoro Junior, para quem “tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, nº 499. p. 470).

se lleva a cabo en una relación procesal distinta de la que efetivamente realizará el derecho, produciendo, como consecuencia, la debida transformación en el mundo de los hechos”⁸⁶⁵. Tal classificação não responde às necessidades impostas pelo direito fundamental à tutela efetiva, na medida em que *“toma como base criterios exclusivamente procesales a la hora de clasificar las pretensiones, no tomando en consideración el vínculo existente entre el derecho material y el derecho procesal”*⁸⁶⁶.

A classificação quinária pode ser encontrada em Pontes de Miranda, que classifica as ações de direito material (e também as sentenças de procedência), segundo o quanto de eficácia, em cinco categorias: declarativas – “note-se que as relações jurídicas, de que são conteúdo direitos e pretensões, ou de que direitos ou pretensões derivam, antes de tudo *existem* -; *constitutivas* – “positivas ou negativas; isto é, geradoras ou modificativas, ou extintivas”; *condenatórias*; *mandamentais* ou *executivas*. De modo que, para Pontes de Miranda “o que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem dentro delas, em espectração de efeitos. Não só, por conseguinte vermo-las *por fora*, com as suas características exteriores, mas também *por dentro*”⁸⁶⁷. No Brasil, tal classificação encontra forte defesa na obra Ovídio A. Baptista, o qual, no entanto, visualiza a existência de cinco classes de sentença, mas somente

⁸⁶⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 174. Tradução livre: “onde o exame da litis e a confirmação do direito se leva a cabo em uma relação processual distinta da que efetivamente realizará o direito, produzindo, como consequência, a devida transformação no mundo dos fatos”.

⁸⁶⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 186. Tradução livre: “toma como base criterios exclusivamente processuais na hora de clasificar as pretensões, não tomando em consideração o vínculo existente entre o direito material e o direito processual”. Conforme Darci Ribeiro, “esto se debe a que esta doctrina parte de un concepto abstracto de acción con la intención de justificar la autonomía del derecho procesal, en consecuencia, las modalidades de tutela jurisdiccional sólo podían proporcionar una realización también abstracta de los intereses protegidos. Este planteamiento es comprensible en la medida en que la búsqueda de una autonomía para el proceso presupone lógicamente el alejamiento del derecho material” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 186). Tradução livre: “isto se deve a que esta doutrina parte de um conceito abstrato de ação com a intenção de justificar a autonomia do direito processual, em consequência, as modalidades de tutela jurisdiccional somente podiam proporcionar uma realização também abstrata dos interesses protegidos. Este enfoque é compreensível na medida em que a busca de uma autonomia para o processo pressupõe logicamente o afastamento do direito material”.

⁸⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 131.

quatro classes de ações de direito material, na medida em que considera inexistente no plano material a ação condenatória⁸⁶⁸.

Na verdade, para bem entender a dicotomia entre a classificação ternária e quinária, é preciso verificar que a primeira parte da absoluta separação entre cognição e execução, de modo a retirar do processo de conhecimento *“toda e qualquer ação que apresentasse, depois da sentença de procedência, alguma atividade jurisdicional interna e inerente à demanda”*⁸⁶⁹. Derruída essa artificial distinção, que concebe no processo de conhecimento somente o aspecto normativo, dele retirando qualquer alteração no mundo dos fatos, é possível assentar a primazia da teoria quinária da sentença, com a qual, segundo Darci Guimarães Ribeiro, busca-se, *“un proceso rápido, permitiendo en ciertos casos una ejecución inmediata; y eficaz, asegurando adecuadamente los derechos de forma preventiva o represiva”*⁸⁷⁰.

10.3 Conteúdo, eficácia e efeitos da sentença

Os *efeitos* de uma sentença se diferenciam do seu conteúdo e da sua eficácia, uma vez que, enquanto o conteúdo e a eficácia são elementos internos da sentença, sua essência, integrando-a, os efeitos são externos, projetando-se para fora da sentença. Daí ser possível afirmar que a eficácia, que está no conteúdo da sentença, seja a causa dos possíveis efeitos, os quais, originados do seu conteúdo, se projetam e se manifestam fora da sentença. Por conseguinte, *“el contenido de la sentencia, por ser causa, es mayor que los efectos que produce, esto es, una sentencia puede contener*

⁸⁶⁸ Conforme Ovídio Baptista da Silva, “embora exista, em nosso sistema, sentenças condenatórias, não existem, no direito material, pretensões e ações condenatórias. Daí a distinção entre a classificação das sentenças (conservadas as cinco classes propostas por PONTES DE MIRANDA) e a classificação das ações (de direito material). Contando com as cinco categorias de ações, somente dispomos de quatro pretensões e ação no direito material” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 100). Para uma análise pormenorizada da questão, ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 233-252.

⁸⁶⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*: v.1, t.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 115

⁸⁷⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 187. Tradução livre: “um processo rápido, permitindo em certos casos uma execução imediata; e eficaz, assegurando adequadamente os direitos de forma preventiva ou repressiva”.

*diversas eficácias y producir efectos también diversos que pueden ocurrir o no*⁸⁷¹.

A eficácia é o elemento através do qual o conteúdo de uma sentença se diferencia de outros conteúdos, sendo possível considerá-la como o componente que qualifica seu conteúdo e permite distingui-las⁸⁷². Daí se afirmar que *“la eficacia es el elemento central del contenido de la sentencia, su energía, que está representada por los diferentes verbos existentes en los contenidos de las sentencias”*⁸⁷³. Com efeito, enquanto as eficácias caracterizam-se pelos verbos específicos que traduzem as peculiaridades de cada um deles dentro da sentença, os efeitos estão fora da sentença, *“ya que son un posterius con relación a las eficácias, algo externo que se proyectan a partir de ellas”*⁸⁷⁴. Nesse sentido, afirma Ovídio A. Baptista que “os efeitos hão

⁸⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 171. Tradução livre: “o conteúdo da sentença, por ser causa, é maior que os efeitos que produz, isto é, uma sentença pode conter diversas eficácias e produzir efeitos também diversos que podem ocorrer ou não”. Conforme Darci Guimarães Ribeiro, “de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la sentencia de condena se caracteriza por la declaración de existencia de una prestación y por la consecuente imposición de una sanción establecida en la ley en virtud del acto ilícito cometido por la otra parte, perteneciendo estas dos eficácias al contenido de la sentencia. Este contenido, a su vez, produce entre otros posibles efectos, el ejecutivo, que consiste en la apertura del proceso de ejecución a través de la creación del título ejecutivo, puesto que predomina el principio *nulla executio sine titulo*, pero que puede no producirse, una vez que el vencedor no proponga la pretensión ejecutiva. Tenemos, por lo tanto, dos momentos distintos en la sentencia de condena: el primero, constituido por su contenido (rectius, declaración de culpa + imposición de una sanción legal), y el segundo, constituido por su efecto ejecutivo que, a pesar de haber nacido del contenido, se proyecta fuera de la sentencia de condena” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 171). Tradução livre: “de acordo com a doutrina majoritária, a sentença de condenação se caracteriza pela declaração de existência de uma prestação e pela consequente imposição de uma sanção estabelecida na lei em virtude do ato ilícito cometido pela outra parte, pertencendo estas duas eficácias ao conteúdo da sentença. Este conteúdo, por sua vez, produz entre outros possíveis efeitos, o executivo, que consiste na abertura do processo de execução através da criação do título executivo, posto que predomina o princípio da *nulla executio sine titulo*. Temos, portanto, dois momentos distintos na sentença de condenação: o primeiro, constituido pelo seu conteúdo (rectius, declaração de culpa + imposição de uma sanção legal), e segundo, constituido pelo seu efeito executivo que, apesar de ter nascido do conteúdo, se projeta fora da sentença de condenação”.

⁸⁷² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 171.

⁸⁷³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 171-172. Tradução livre: “a eficacia é o elemento central do conteúdo da sentença, sua energia, que está representada pelos diferentes verbos existentes nos conteúdos das sentenças”.

⁸⁷⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 172. Tradução livre: “já que são um posterius com relação às eficácias, algo externo que se projetam a partir delas”.

de ser, por definição, exteriores ao ato que os produz, à medida que, até mesmo, o pressupõem existente e capaz de produzi-los, vale dizer, eficaz⁸⁷⁵.

Segundo professor Darci Ribeiro “*las pretensiones y, en consecuencia, las sentencias son híbridas, es decir, generalmente poseen más de una eficacia*”⁸⁷⁶. Frente a essa realidade, a doutrina majoritária costuma adotar o critério da *eficácia preponderante* contida na sentença⁸⁷⁷. A constatação de que nenhuma sentença nasce pura, talvez seja, de acordo com Araken de Assis, o maior mérito de Pontes de Miranda enquanto processualista⁸⁷⁸. Com efeito, segundo o jurista alagoano, “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva”⁸⁷⁹. Não há, nem nunca houve, pois, sentença pura, de modo que a qualidade de cada uma resulta da qualidade ou intensidade de um dos elementos⁸⁸⁰.

⁸⁷⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 461. Apesar das divergências teóricas envolvendo o tema da coisa julgada, Barbosa Moreira também parece adotar o mesmo entendimento quanto à distinção entre eficácia e efeitos, ao afirmar que “o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Sairava, 1989. p. 176).

⁸⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 172. Tradução livre: “as pretensões e, em consequência, as sentenças são híbridas, é dizer, geralmente possuem mais de uma eficácia”.

⁸⁷⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. pp. 172-173. É importante advertir que, para o professor gaúcho, a eficácia preponderante está contida não somente na sentença, mas “dentro de la declaración petitoria del actor” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 173). Tradução livre: “dentro da declaração peitória do autor”.

⁸⁷⁸ De acordo com Araken de Assis, “talvez o maior mérito de Pontes de Miranda, enquanto processualista, tenha sido seu denodo na afirmativa radical de que nenhuma ação nasce pura. Teve a intuição de considerar a ação um conjunto de eficácias, e de classificá-las através da carga principal, matizando os demais efeitos encontrados no respectivo feixe eficaz. Extraordinário e invulgar, o abandono dos critérios de gêneros e de espécie ensejou o passo seguinte: a quantificação das ações, numa constante de força quinze, o que, como acentua Adroaldo Furtado Fabrício, até hoje é de difícil inteligência” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 70).

⁸⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 137.

⁸⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 290. Conforme Ovídio Baptista da Silva, “na verdade, as sentenças contém mais de uma eficácia, sendo impossível, ou ao menos muito rara, a ocorrência de sentenças que sejam puramente declaratórias ou apenas condenatórias, ou constitutivas, ou executivas ou somente mandamentais, sem que qualquer delas não contenha, em doses menos intensas, outra ou outras eficácias” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117).

Para Pontes de Miranda, toda a sentença favorável: *declara* algo, mesmo que seja apenas que poderia ser exercida a pretensão à tutela jurídica ou o interesse do autor; *constitui* pelo menos a si mesma, ao passo que não havia antes sentença, e passa a haver; *condena* o réu no mínimo a sujeitar-se a força e a eficácia da sentença e as consequências processuais; *manda*, que se verifique no registro, certidões e outros atos; e, “ainda se *não retira bem da vida de um para outro patrimônio*, põe na esfera jurídica do autor o julgado, que é *plus* em relação à situação da esfera jurídica do réu, em que este se pôs em atitude, ou foi posto em atitude, que justificou o *minus* expresso na decisão”⁸⁸¹.

Nessa perspectiva, considera-se a) *que o peso de eficácia das ações e das sentenças é constante*; b) *que há cinco elementos que compõem o peso, em ordem decrescente, chamando-se força ao primeiro*, c) *que é o preponderante e dá a classe à ação ou à sentença*, e d) *que o segundo (eficácia imediata) e o terceiro elemento (eficácia mediata) são de importância considerável*⁸⁸². No bojo das suas explicações, encontra-se a chamada teoria da “constante 15”⁸⁸³. Desse modo, segundo a teoria de Pontes de Miranda, “cada sentença deverá conter as eficácias conhecidas, distribuídas em doses diferentes, a ponto de ser possível quantificá-las matematicamente, descobrindo-se em todas as sentenças uma soma constante de eficácias”⁸⁸⁴.

Conforme Araken de Assis, “fácil é decompor a sentença de despejo e comprovar, na prática, a asserção básica de Pontes”. Com efeito, tal sentença “comanda, preponderantemente, a restituição do bem locado (eficácia principal:

⁸⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 141. Mais adiante, segue explanando o processualista que “*em toda sentença, há, pelo menos, a declaratividade de ‘Vistos e examinados os presentes autos (...)’, ‘Acordam os juízes do tribunal (...) e semelhantes enunciados. Em toda sentença há, pelo menos, a constitutividade que resulta de ter sido proferida. Em toda sentença, há, pelo menos, a condenatoriedade, que vem à composição da condenação nas custas, e a que consiste em reprovar-se o exercício da pretensão à tutela jurídica, como autor ou como réu. Em toda sentença, há, pelo menos, a mandamentalidade do ‘Publique-se, registre-se (...)’ ou semelhante mandamento. Em toda sentença, há, pelo menos, a executividade que deriva de se pôr na esfera jurídica de alguém (evitemos dizer no patrimônio de alguém, pois nem sempre é patrimonial o interesse) a prestação jurisdicional, à custa do que se deixa, com sinal contrário, na esfera jurídica de outrem*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 155.).

⁸⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 295.

⁸⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 139.

⁸⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

executiva); desfaz o contrato (eficácia imediata: constitutiva); declara o direito do autor à recuperação da coisa (eficácia mediata: declarativa); e, estando a locação averbada no cartapácio real, manda cancelar o registro (eficácia mandamental)”. No entanto, o processualista gaúcho adverte: “mais difícil se revela em todos os casos localizar as cinco eficácias. O óbice não invalida, porém, a tese central: dentro do mesmo provimento convivem mais de uma eficácia”⁸⁸⁵.

Tem razão Araken de Assis. Conforme Ovídio Baptista, “é verdade que a concepção de Pontes, ao mostrar que a sentença poderia ser constituída por várias eficácias, não pode ser aceita com os exageros classificatórios, propostos pelo jurista”⁸⁸⁶, uma vez que se trata de verdadeira “sequela do pensamento matemático”⁸⁸⁷ em Pontes de Miranda. No entanto, mesmo devendo ser rejeitada a teoria da constante quinze “nem por isso se lhe deve recusar o mérito de haver insistido no fato de que as sentenças em geral não são puras e que as classificações que dela se fazem levam em conta apenas a eficácia que nelas prepondera”⁸⁸⁸.

Retomando ao ponto, pode-se destacar, dentre as cinco eficácias possíveis da sentença, aquela que servirá de critério classificador da sentença, como já referido, é a *eficácia preponderante*, à qual se seguem as eficácias *imediate* e *mediata*. De acordo com Pontes de Miranda, a eficácia preponderante denomina-se força sentencial. A eficácia imediata é a que sobrevém da sentença sem a necessidade de realização de novo pedido por parte do vencedor, enquanto a eficácia mediata ou é a que concerne a questão prévia ou prejudicial ou a que enseja novo pedido⁸⁸⁹.

10.4 A classificação das ações de direito material

⁸⁸⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 70.

⁸⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 230.

⁸⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 230.

⁸⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117. Ainda conforme Ovídio Baptista da Silva, esta concepção, de inspiração pitagórica, que busca a redução ontológica da realidade social a uma simples expressão numérica, é artificiosa, sem dúvida, e destituída de fundamentação científica. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117).

⁸⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 171-172.

A doutrina de classificação das ações de direito material é uma das mais presentes no direito brasileiro, e deve sua fortuna à obra de Pontes de Miranda e seu desenvolvimento por Ovídio Baptista da Silva⁸⁹⁰. Embora os dois autores classifiquem tanto a ação de direito material quanto as sentenças de procedência, estabelecem, a partir daí, o vínculo entre direito material e processo, dando, na verdade, ênfase ao aspecto do direito material (ação material) como elemento central para a classificação das sentenças de procedência. Daí a advertência de Ovídio Baptista da Silva no sentido de ser ilusória a suposição de que tal classificação seja uma forma apenas processual de classificação das sentenças, na medida em que *“diz respeito à natureza do direito litigioso e reflete a correspondente ação de direito material que há de ser realizada na sentença”*⁸⁹¹.

Conforme Pontes de Miranda, considerando-se que a finalidade primordial do processo é a realização do direito objetivo, tanto o conceito de ação como a classificação das ações por sua eficácia consulta o direito material: *“na própria classificação das ações e das sentenças o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material”*⁸⁹². Daí que doutrinadores que seguem tal teoria entendem que *“há simples troca de ângulo”* em classificar as ações ou as sentenças de procedência, pois *“cuidando das espécies de ação, sopesa-se aquele conteúdo no início do*

⁸⁹⁰ Não cabe aqui fazer uma análise pormenorizada de tal forma de conceber o problema das relações entre direito material e processo, uma vez que o cerne da teoria de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva já foi trabalhado no ponto 11 do presente trabalho.

⁸⁹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 100.

⁸⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 140. No ponto, no entanto, o professor alagoano aduz que *“a margem de liberdade que se lhe deixa é pequena, mas existe”*. Com isso, explica que *nem sempre a carga eficaz da sentença é a que tem ação, nem sempre é a que tem a pretensão processual, pois no momento em que se classificam as ações pelos pesos da sentença que se pretende, “supõe-se que a sentença seja de integral satisfação, ou que se tenha como sentença a soma das sentenças que se obtêm com o exercício da ação”*. Desse modo, *“se a sentença, é em virtude de cognição incompleta, diz-se que a ação tem eficácia mais intensa do que a eficácia da sentença, ou devido a lhe faltar força declarativa, ou mesmo eficácia imediata ou mediata de declaração: a declaratividade, que tem, é suscetível de novo exame. Então, a eficácia declarativa é 2, ou 1”*. É o que *“facilmente se verifica na sentença denegatória na ação de mandado de segurança, caso tenha sido denegado em virtude do direito não ser certo e líquido, bem como com a sentença do juiz ao resolver dúvidas do oficial do registro de imóveis”*. Contudo, quando a cognição for completa, *“a eficácia da sentença favorável ou a eficácia da soma das sentenças parciais favoráveis é igual à eficácia da ação”* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 139-140).

processo; ao perquirir a carga das sentenças, aquilata-se tal núcleo no momento da sua extinção⁸⁹³.

A teoria da ação propõe uma superação da supremacia do processo sobre o direito material, ou seja, da *forma* sobre a *substância*⁸⁹⁴. Nisso, apresenta uma crítica bastante contundente às perspectivas da ciência processual imbuídas em afastar do processo o estudo da ação de direito material, ao considerar que “a ‘ciência’ processual, depois de apropriar-se de categoria conhecida como ação, proíbe seu emprego fora do processo”⁸⁹⁵. Nessa linha, conforme acusa Ovídio Baptista da Silva, é de se espantar que a ação, considerada para muitos, indiscutivelmente *abstrata*, poderia, “por alguma virtude sobrenatural, produzir várias ações dotadas de ‘conteúdos’ diferentes”. Trata-se de fenômeno que decorre da prévia eliminação das pretensões e ações do campo do direito material. Afinal, “trabalhando apenas com o “direito subjetivo”, torna-se impossível estabelecer ligação entre o direito material – concebido apenas como direito subjetivo – e o direito processual”⁸⁹⁶.

Nesse sentido, após se constituir como ciência e apropriar-se do conceito de ação, passou a recusar-se a aceitar que possa haver outra ação, que não a processual, melhor dizendo, que possa existir ações de direito material. Sobre o ponto, Ovídio Baptista da Silva adverte que aqueles que como ele sustentam a existência de ações no direito material “não pretendem,

⁸⁹³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 69-70. De acordo com o autor, no entanto, “a mudança de perspectiva possui consequências de relevo, porém. No primeiro caso, leva-se em conta a ação afirmada pelo demandante; no segundo, a ação julgada existente. Daí, a classificação abrange todas as ações propostas e ajuizáveis; mas, examinando o fim do processo, ela serve apenas às sentenças de procedência, porquanto, desestimada a demanda, nenhum direito e respectiva ação material tocava, na realidade, ao autor. A sentença de improcedência é somente declaratória” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.70).

⁸⁹⁴ Conforme Ovídio Baptista da Silva, “a supremacia do processo sobre o direito material, em última análise, a supremacia da *forma* sobre a *substância*, que foi a ideia fundamental a sustentar a autonomia do direito processual e seu lamentável afastamento do direito material, como se vê, acaba insinuando-se até nas concepções de juristas de vanguarda, preocupados com a efetiva modernização do processo e com sua indispensável aderência ao direito material (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 179).

⁸⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 211.

⁸⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 214.

*nunca pretenderam, eliminar a ação processual ou dela apropriar-se inteiramente, ou por metade*⁸⁹⁷.

Na verdade, o grande diferencial da teoria de Pontes de Miranda e de Ovídio Baptista da Silva está em conciliar aquilo que parecia inconciliável para a doutrina que cuidou de trabalhar com a autonomização do processo em relação ao direito material: a ação de direito material e a “ação” processual. Nisso, pode-se notar, certa aproximação com a teoria civilista, principalmente quando esses autores nominam a ação de acordo com a natureza do direito material, como, por exemplo, a ação reivindicatória, ação de consignação em pagamento, ação de despejo, etc. Importante ressaltar, inclusive, que Ovídio Baptista da Silva não desconsidera as classificações das ações utilizadas pelos velhos processualistas, bem como aquelas que dividem as ações em imobiliárias, monitórias, etc., uma vez que considera todas elas legítimas. Todavia, prefere classificar a ação e a sentença pela sua respectiva eficácia, apenas porque *“este critério classificatório é mais relevante para a ciência processual, pelas consequências que de cada sentença decorrem*⁸⁹⁸.

A classificação das ações de direito material, nessa senda, é uma classificação que parte do *agir do titular do direito subjetivo para realizá-lo*. Trata-se de uma classificação voltada para o plano do direito material, ou seja, *“das respectivas ações de direito material, que constituem a substância dos respectivos processos onde elas se encontram*⁸⁹⁹.

Desse modo, a classificação gravita em torno da *ação declaratória, ação condenatória, ação constitutiva, ação mandamental e ação executiva*. Ovídio Baptista da Silva, no entanto, classifica as ações em quatro classes, na medida em que exclui a ação condenatória do plano do direito material, sem que isso signifique abandonar a existência de uma relação obrigacional da qual se origina a sentença condenatória e à qual o processo deverá ficar vinculado⁹⁰⁰. Além disso, o professor Ovídio, diferentemente de Pontes de Miranda, prefere

⁸⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 214-215.

⁸⁹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

⁸⁹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

⁹⁰⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 234.

denominar “*execuções reais as ações que ele denominava executivas lato sensu*”⁹⁰¹.

10.5 A classificação das formas de tutela jurisdicional

Apresenta-se Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como opositor ferrenho da doutrina de Pontes de Miranda. Para ele, este teria reduzido o conceito de pretensão a um *flatus vocis*, razão pela qual não haveria razões para que se continuasse insistindo na sua existência. Aduz o processualista que exigir através da “ação” processual seria confundir esta com a pretensão. Afirma que Pontes de Miranda, ao justificar a existência da pretensão de direito material na ação declaratória, acaba confundindo elementos de direito público – exigência de tutela estatal -, com elementos de direito privado – ação de direito material, direito subjetivo⁹⁰².

Conforme Alvaro de Oliveira a teoria pontiana concede maior relevo aos fatores materiais do que aos processuais, posto que o conceito de “ação” processual apresenta-se de modo obscuro⁹⁰³. Entende que o mestre alagoano

⁹⁰¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 234. A propósito, leciona Ovídio A. Baptista da Silva: “recusamo-nos a tê-las como espécie apenas *lato sensu* executivas a partir de um pressuposto aceito pelo próprio jurista, para quem, se alguma forma de execução pudesse indicar como *lato sensu* executiva esta seria a execução por crédito do Livro II do CPC, pois ‘a forma mais primitiva’ de execução é a ‘execução pura contra a qual o réu é que vinha a juízo com a sua ‘ação’ contrária’. A execução obrigacional já corresponde a um instrumento jurídico elaborado com algum refinamento conceitual, próprio de estágio mais evoluído no desenvolvimento histórico do Direito. Ações de execução (por créditos) e ações executivas (*execuções reais*) preenchem, portanto, o campo da atividade jurisdicional executória. Por esta razão, cremos que a denominação de *execuções reais* àquelas demandas que contêm em si mesmas a execução, guarda fidelidade à sua natureza e evita que se elabore um tipo de classificação em que elas seriam chamadas ações executivas *lato sensu*, por serem apenas *aproximadamente* executivas, reservando-se às execuções por crédito a condição de verdadeiras (*stricto sensu*) ações executivas. A suposição de que as execuções fundadas numa *pretensão real* sejam formas anômalas de demandas, apenas *lato sensu* executivas, seria uma ideia falsa, que não guarda fidelidade à história da função executiva. A execução que elas contêm é tão ou mais genuína do que a execução por créditos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 234).

⁹⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 44.

⁹⁰³ De modo que, “ora é equiparada à demanda ou à lide, e conceituada como ‘negócio jurídico com o qual o autor põe o juiz na obrigação de resolver a questão, ainda que seja’ se cabe a contestação, ou o mandamento, ou a execução’. À base da legitimação para esse negócio jurídico estão a capacidade de ser parte e a pretensão à tutela jurídica (uma e outra pré-processuais). Da demanda é que surge o dever concreto de resolver; o de dar sentença favorável é dependente de ser fundada (‘precedente’) a ação” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45).

retoma o conceito de pretensão de Windscheid e lhe confere a denominação de ação de direito material⁹⁰⁴, bem como acresce ao esquema a ação abstrata, e, de modo concretista, proclama na mesma linha de Plósz e Degenkolb, que o autor não teria direito a uma sentença favorável, mas sim a uma sentença de qualquer conteúdo, a qual se presume justa. De modo que observa a ligação da doutrina pontiana à expressão cunhada por Wach, muito embora se utilize do conceito de pretensão à tutela jurídica em sentido diverso. E segue concluindo que “embora não confesse, faz o conceito de ação de direito material desempenhar o mesmo papel do direito justicial material de Goldschmidt. Este, recorde-se, não só colocava a acionabilidade do direito na norma jurídica material, como também conceituava o direito justicial material como direito material privado orientado contra o Estado”⁹⁰⁵.

Revolta-se contra a alegação de que o resultado final do processo corresponderia à ação material, a qual seria desenvolvida pela parte fora do processo, pois no seu entendimento estaria sendo ignorada “a função exercida pelo juiz no processo, fruto do monopólio estatal da prestação jurisdicional e dos desenvolvimentos granjeados pelo direito público, principalmente de natureza constitucional”⁹⁰⁶. Assim, no mesmo sentido de Liebman, crê ser o processo um instrumento de realização do direito material, contudo tal finalidade é alcançada através do agir do Estado, assegurada, pois, a efetiva vigência da ordem jurídica. E segue lecionando que a “ação” processual, “enquanto direito, tem por objeto imediato aquela decisão, dirigindo-se contra

⁹⁰⁴ De modo que “Pontes de Miranda nada mais fez do que reproduzir nesse passo o velho e ultrapassado pensamento de Windscheid, que configurava uma *actio* material denominando-a *Anspruch* (pretensão), enquadrando-a como posição material (e não processual), consistente na faculdade de impor a vontade própria pela via judicial. Essa concepção conduz ao equívoco de contemplar a ação processual como fenômeno pertencente à esfera substancial” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 60).

⁹⁰⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46. Sobre o tema, o processualista leciona que “para o grande jurista alemão, as normas de direito privado se endereçariam ao particular e, ao mesmo tempo, ao juiz, que deveria lhes garantir a atuação, ou, o que resulta no mesmo, regulariam tanto a conduta do particular quanto a sanção que é imposta pelo Estado. Nessa visão, o direito privado material e o direito justicial material seriam apenas dois lados de um único e mesmo domínio jurídico” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 49).

⁹⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47.

quem pode e deva emaná-la, isto é, o juiz, na sua qualidade de órgão do Estado”⁹⁰⁷.

O ato de conceber o direito do indivíduo diretamente contra o adversário seria o mesmo que pôr o fim no lugar do meio e objetivar a absorção no direito privado de uma quantidade de natureza diversa⁹⁰⁸. O argumento de que o conceito de ação de direito material seria a maneira e o modo mais eficaz e efetivo para se realizar o direito subjetivo privado⁹⁰⁹ também é amplamente combatido por Carlos Alberto, uma vez que este entende que “com o monopólio estatal da administração da justiça, a ação só pode ser pensada como um poder dirigido contra o Estado, pois só esse pode garantir a tutela jurisdicional dos direitos e determinar os pressupostos pelos quais deve ela ser outorgada”. Desse modo, assegurando não se tratar de um direito privado, pois representa um direito revestido de natureza pública que, em razão de seu caráter, direção, conteúdo e requisitos se diferencia da pretensão privada⁹¹⁰, expõe que o reconhecimento da autonomia do processo em relação ao direito material mostra-se exagerada⁹¹¹.

A coercibilidade estatal posta no direito subjetivo privado também restou rebatida pelo processualista gaúcho. Este, ao perfilhar que o direito subjetivo exhibe essa potencialidade, ressalva que se trata de elemento conexo “ao direito público constitucional e não ao privado a ser exercido pela ação (processual), cuja realizabilidade, em face do não-cumprimento voluntário, dá-se no plano jurisdicional (salvo poucas exceções)”⁹¹². Assim sendo, considera exata a conceituação de Paul Roubier acerca dos direitos subjetivos, os quais são definidos como prerrogativas vantajosas estabelecidas pelo direito objetivo, munidas de proteção judicial⁹¹³.

⁹⁰⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47.

⁹⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 47-48.

⁹⁰⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 48.

⁹¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 49.

⁹¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 49.

⁹¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 50.

⁹¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 50.

A teoria pontiana ao abordar a ação de direito material como uma tentativa de relacionar o direito material com o processo, também foi apontada por Alvaro de Oliveira como “fadada ao insucesso, porque passava por cima da característica mais marcante do ambiente processual, ou seja, a incerteza consubstancial do direito litigioso”⁹¹⁴. Denota-se sua aceitação da possibilidade de denominar a força realizadora do direito material de ação de direito material, contudo, adverte que o problema não se traduz apenas em aspectos terminológicos, porque o conceito de ação de direito material, “de caráter eminentemente material, freqüentemente privado, é que não resiste a um exame lógico e sistemático, quando posto em confronto com o sistema processual, de cunho eminentemente público e constitucional”⁹¹⁵.

Em relação ao exercício da ação de direito material juntamente com a “ação” processual, considerando a impossibilidade de reconhecimento da existência do direito antes do contraditório, Alvaro de Oliveira entende que “não há como admitir a ‘ação de direito material’, já no início da demanda, pois consiste em algo que está ínsito ao próprio direito subjetivo, que faz parte da sua essência”⁹¹⁶, e, portanto, a existência da ação de direito material “só poderá ser averiguada no final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a eficácia da própria sentença”⁹¹⁷.

⁹¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50. A partir do momento em que o direito material é posto em lide, “torna-se obviamente incerto, assim como a ação de direito material, que por hipótese dele constituiria parte essencial. À evidência, semelhante visualização do fenômeno apresenta face notadamente privatística, porque põe todo o acento no conceito de ação de direito material (parte integrante do direito material), ignorando o que ocorre no plano do direito processual e a força imperativa da sentença, haurida no direito público e na soberania do Estado-juiz” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 50).

⁹¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

⁹¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52. Aprofunda-se alegando que “se a essência do direito constitui o agir para sua integral realização, representando a ação de direito material a inflamação do direito depois da lesão (a ‘metamorfose’ de Savigny), a sentença haveria de ser sempre favorável, porquanto a demanda pressuporia por hipótese a existência do direito” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 52).

⁹¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O problema da eficácia da sentença. In: Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 47.

Para o processualista a questão é clara: “não se pode exercer o que não se tem”⁹¹⁸.

Após traçar uma análise sobre a afirmação da ação de direito material, constata que esta é apenas um *slogan*, uma vez que após afirmada – “e não exercida, ao contrário do que se apregoa, porque obviamente afirmação não se exerce -, o agir é realizado exclusivamente por meio da ação processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a seqüência procedimental estabelecida em lei”⁹¹⁹. Ainda, a ação de direito material, mesmo após a decisão do litígio não reaparece visto que a eficácia e a força da sentença surgem do comando emitido pelo juiz, incidindo na esfera substancial das partes como consequência do império resultante do exercício da jurisdição e da soberania do Estado: após tomada a decisão – antecipatória ou sentença de mérito -, fica o juiz em tese permitido a interferir no mundo sensível, pois antes ainda não teria havido a ação de direito material, sendo certo que este agir do juiz não deve ser equiparado ao agir do particular em razão da natureza diferenciada da tutela jurisdicional e a forma de que se reveste, visando à reconstrução da realidade fora do processo e não apenas em mera reprodução seguida de imposição imperativa do decidido. De modo que, a afirmada ação de direito material confunde-se com o resultado do processo ou com a tutela jurisdicional, “de tal sorte, no quadro da realização do direito material, a introdução do conceito de ação material constitui um desnecessário desdobramento do conceito de ação processual, como desde muito está assentado na ciência processual”⁹²⁰.

⁹¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 47.

⁹¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53.

⁹²⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53. Recorda o processualista que “as normas reguladoras do processo, geralmente de direito público, dirigidas especialmente à função jurisdicional, não se preocupam diretamente com o direito material pretendido, e ao mesmo tempo o sujeito da conduta prevista na norma de direito material certamente não é o órgão judicial. O juiz não age, exerce ato de seu ofício, que podem conduzir a transformações no mundo sensível, mediante o exercício dos poderes que lhe são conferidos por regras de direito público, totalmente distintas das regras de direito privado” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53). No mesmo sentido ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 49.

Ao que disciplina a teoria pontiana acerca da ação de direito material ser dirigida contra o adversário e a ação processual ser endereçada contra o Estado, o processualista repugna a referida assertiva, posto que no momento em que o autor pleiteia a tutela jurídica, “nada pede ao demandando, mas ao órgão judicial, e o que ele pede não lhe pode ser concedido pelo demandado, mesmo que por este querido”⁹²¹. Assim, afirma que a pretensão de direito material é diversa da pretensão de tutela jurídica, encontrando-se esta no plano jurisdicional⁹²².

Manifesta-se pontual ao afirmar que jamais negou à ação de direito material a sua natureza do plano do direito material, e recorda que inúmeras vezes destacou este aspecto justamente por nele habitar a “fraqueza de semelhante elaboração doutrinária: fazer recair no direito privado ou material algo que é próprio do direito constitucional e do direito processual”⁹²³.

Acreditando tratar-se de confusão entre os dois planos, em que se destaca a valoração do plano do direito material, acentua que a esfera processual não se apresenta como meramente instrumental e, ao analisar no que consistiria a ação de direito material, discorda novamente do mestre alagoano. Para tanto, leciona que caso a teoria fosse correta, à falta de agir do sujeito passivo deveria corresponder um agir igual ao do juiz. Todavia, destaca que o agir da parte distingui-se do agir judicial, pois este é dotado de imparcialidade e imperatividade dos seus atos em razão da soberania estatal, de modo que os fenômenos dos dois planos – direito material e processo -, embora relacionados apresentam caráter diverso que impossibilita a equiparação da eficácia do direito material com a eficácia jurisdicional, decorrendo, pois, o reconhecimento da existência de dois planos distintos. Em razão “das diferenças fundamentais entre os dois planos, nem o indivíduo pode declarar, condenar, constituir, mandar ou executar - praticar em suma atos de

⁹²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 55.

⁹²² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 55.

⁹²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 56.

império - (as normas que regulam o ofício jurisdicional são dirigidas apenas ao órgão judicial), nem o juiz pode [...] praticar atos típicos das partes”⁹²⁴.

A essência do processo seria matéria desconhecida para as teorias materiais acerca do objeto litigioso, uma vez que desconsideram que no processo não se discute a respeito de um direito realmente existente, mas sobre um direito afirmado. Ao requerer a condenação do réu ao pagamento de soma em dinheiro, o autor tão somente afirma ser titular de um direito. Ou seja, o direito é afirmado pelo autor, contudo, a existência ou não desse direito é outra questão que será esclarecida somente na sentença. Caso a demanda seja acolhida, o direito exercido é confirmado, caso seja desacolhida, será negado. Desse modo, discordando da definição propagada por Habscheid acerca do objeto litigioso, para quem este seria “o direito, cuja tutela o autor requer com a demanda”, defende que o direito material e o objeto da pretensão tratam-se de institutos distintos, pois a simples “circunstância de se tratar apenas de um direito afirmado e não de um realmente existente já indica a falta de identidade entre o objeto da pretensão processual e o direito material”⁹²⁵.

As teorias abstratas da ação processual, muito embora tenham o mérito de elucidar a autonomia do direito processual em relação ao direito material, não contribuem para o entendimento das formas e do conteúdo da tutela jurisdicional pedida e exercida com a própria ação. Na visão de Alvaro de

⁹²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 57. Sendo as duas atividades inconfundíveis, “quando se fala, por exemplo, em tutela inibitória, reparatória ou ressarcitória, está-se a examinar o fenômeno com vistas do direito material. A inibição, no plano processual, dá-se com o mandamento, assim como a reparação desemboca na condenação e futura execução da obrigação de pagar, ou a restituição com a execução para entrega de coisa. É claro que o direito substancial é matéria-prima com que trabalha o juiz, ingressando no processo como mera afirmação, passando depois a ser objeto de prova e realidade acertada, afirmada ou declarada, capaz de ser imposta coativamente pelo órgão judicial, quando necessário (tutela condenatória, mandamental e executiva lato sensu). Todavia, a eficácia da tutela jurisdicional não se equipara à do direito material. Trata-se de fenômeno exclusivo do plano do direito processual, que só pode ser classificado e compreendido a partir de elementos específicos e próprios desse plano. Não levar em conta devidamente tal aspecto pare ter sido o limite e a insuficiência maior das teorias correntes a respeito do assunto, tanto dos defensores da ação de direito material, quanto dos perfilhados com a ação processual abstrata. Além do mais, igualar a atividade do juiz à do privado é empobrecer o direito processual e lhe retirar meios importantes para a necessária efetividade, tão significativa no contexto atual” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 57-60). No mesmo sentido ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 299.

⁹²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62.

Oliveira, “essas tutelas jurisdicionais, contudo, para serem realmente efetivas, não podem ser abstratas, devem se adequar concretamente ao caso para poderem satisfazer de forma efetiva a crise sofrida pelo direito material e realizar justiça”⁹²⁶. Assim, do mesmo modo que o professor Ovídio Baptista, constata que a “ação” processual una e abstrata não pode ter conteúdo declaratório, constitutivo ou mandamental sem tornar-se ações da tradição civilística⁹²⁷. Para ele, a ideia de ação abstrata “parece não levar na devida conta que as diversas formas procedimentais reagem também sobre a ação, o agir em juízo, determinados poderes, faculdades e ônus diversos: um só ato é comum a todo o tipo de ação (decorrentes do poder abstrato de colocar em andamento o procedimento), mas os outros atos posteriores, podem ter dimensão diversa”⁹²⁸.

Proclamando revelar-se a ação processual no agir das partes em juízo, a diferencia da tutela jurisdicional prestada pelo órgão jurisdicional, em virtude de decorrer não do meio, mas do resultado do processo, da imperatividade e da soberania do juiz como ente estatal. Do mesmo modo, estabelece que a tutela jurisdicional não se confunde com a decisão material do juiz, sendo que esta apenas constitui a definição da controvérsia – em conformidade com os poderes que o ordenamento confere ao juiz para exercer sua função -, e define a tutela como o valor que “daí decorre e as consequências desse valor no plano social, com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessual, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida”. Razão pela qual, “quando se fala em tutela, a *forma* da realização é tão essencial e distintiva quanto a

⁹²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 72.

⁹²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73. Sobre o tema, Ovídio Baptista manifesta-se afirmando que: “O prodígio de alguma coisa que, não tendo substância, por ser igual a si mesma, e a todos indistintamente concedida, possa ser declaratória, constitutiva ou condenatória, é uma contradição que não chega a ofender a racionalidade dos juristas que lidam com processo” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 179).

⁹²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 45.

finalidade. Mormente porque há entre ambas uma relação dialética, uma influenciando a outra”⁹²⁹.

Embora concorde com a importância da readequação da ação processual, entende insuficiente esta medida: “diante da necessidade ingente de emprestar efetividade (virtuosa) à tutela jurisdicional, impõe-se estabelecer meios e procedimentos adequados, de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e principalmente tutelas jurisdicionais seguras e eficientes, além de adequadas”⁹³⁰. Nesse contexto, considera mais correto falar-se em processo adequado do que numa ação adequada, “mormente porque só assim será possível levar em consideração os valores e garantias próprios de cada sociedade, com atendimento às normas de princípio da segurança e da efetividade e emprego de técnicas que visem a uma realização do direito mais adequada ao caso concreto”⁹³¹.

Com uma roupagem diversa da sociedade de outrora, o direito revela-se como um fator institucional da vida econômica e social, como um “instrumento de potencialização e de impulso da personalidade individual e de realização de relações sociais mais equânimes, para a tutela, não mais formal, mas substancial, da dignidade e do desenvolvimento da pessoa, no âmbito da comunidade”⁹³². Dessa maneira, apenas com base num viés constitucional que será possível solucionar os problemas decorrentes das relações entre direito material e processo e dos contornos da tutela jurisdicional, “visto que aí se situa o núcleo duro do direito fundamental à outorga de jurisdição, desde que o Estado chamou para si o monopólio de prestá-la”⁹³³. Assim sendo, a constitucionalização da tutela jurisdicional dos direitos é o elo entre o direito material e o processo, o qual ocorre através do direito fundamental

⁹²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73.

⁹³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 76. No mesmo sentido ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 291.

⁹³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 76. No mesmo sentido ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O problema da eficácia da sentença*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 52.

⁹³² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 81-82.

⁹³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 82.

constitucional de proteção – ou de tutela -, este constituinte dos direitos do titular do direito fundamental frente ao Estado para ser protegido da intervenção de terceiros⁹³⁴.

Defende que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição, “de envolta com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo, determina também seja assegurada a efetividade real do resultado, aspecto que ressalta o nexó teleológico fundamental entre o ‘agir em juízo’ e a ‘tutela’ jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido”⁹³⁵. Reluzindo, pois, como um direito fundamental do cidadão, “realmente constituiria inafastável incongruência se, assegurado o acesso à jurisdição, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (ainda que meramente afirmada), não se compreendesse aí o exercício do direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada e efetiva”⁹³⁶. Com isso, considera a garantia insculpida no artigo 5º e seus incisos da Constituição brasileira “um poder de exigir do órgão judicial o desenvolvimento completo de suas atividades, tanto instrutórias, necessárias para a cognição da demanda judicial, quanto decisórias, com emissão de um pronunciamento processual ou de mérito sobre o objeto da pretensão processual”⁹³⁷, sendo, sob essa perspectiva, “ineliminável do quadro do direito fundamental de acesso à jurisdição e do processo justo a possibilidade de obter uma eficaz tutela jurisdicional”⁹³⁸.

Além de inserir no plano constitucional a tutela jurisdicional, Alvaro de Oliveira entende necessário investigar a natureza da eficácia e dos efeitos da sentença. Assim, afastando-se da teoria pontiana, para qual a eficácia da sentença decorreria somente da ação de direito material, aduz que a eficácia material não possui conteúdo igual ao comando sentencial de mérito, “porque o comando sentencial é munido de atributos próprios da soberania (imperatividade, possibilidade de execução coativa, vinculação das partes,

⁹³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 83.

⁹³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.84.

⁹³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.84.

⁹³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.84.

⁹³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.85.

etc)⁹³⁹. Adverte, ainda, possuir a tutela jurisdicional uma função autônoma posto que, em razão dos atributos que surgem da vontade do juiz, produz o “restabelecimento do equilíbrio, turbado pelo ilícito ou pelo fato antijurídico. Essa autonomia corresponde à própria autonomia do direito processual em relação ao direito material”⁹⁴⁰. É na natureza instrumental do direito processual, reclamado a intervir ao verificar-se alguma crise no plano do direito material, inclusive em caráter preventivo e abstrato, que se encontra a prova mais notável da relação entre o campo do direito processual e da esfera do direito material⁹⁴¹.

A satisfação do direito subjetivo através do processo é destacado pelo processualista gaúcho, evidenciando a conexão entre a atividade judicial e o direito material. Leciona que a intervenção jurídica ocorre na vida social, em razão de ser o direito “um valor real objetivo, uma realidade que o homem

⁹³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 89-90.

⁹⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 90.

⁹⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 91-92 Explica o processualista que “assim é porque uma das suas finalidades precípua (além da pacificação) consiste na efetiva realização do direito material, de modo a se alcançar a necessária justiça do caso concreto. Mas o processo não é *meramente* instrumental, pois revela um valor próprio, ao estabelecer, como já se destacou, as formas de tutela, com que se pode tornar efetivo o direito material, além da eficácia e dos efeitos próprios da atividade jurisdicional. De tal sorte, a regulação processual constitui um elemento essencial para que o Poder Judiciário possa cumprir sua função na conservação e promoção de uma ordem estatal específica e na garantia da segurança jurídica e, além disso, para a efetivação dos direitos fundamentais, com toda sua carga principiológica, a envolver grande dinamicidade. Também não se verifica instrumentalidade nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Normalmente, a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário na solução de interesses concretizados, vale dizer, decorrentes da incidência de norma abstrata sobre o suporte fático de sua incidência e da norma individualizada (relação jurídica) que daí surge. A evolução da sociedade e do direito passou a exigir, porém, o exercício da jurisdição com o objetivo de tutelar não apenas direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma juridicamente abstrata, independentemente de sua incidência em específicos suportes fáticos. A instrumentalidade, nos termos antes expostos, põe a descoberto a indispensabilidade do direito material para o direito processual, no sentido de que este último não teria razão de ser ou mesmo possibilidade de existir se não contasse com o direito material. Ao mesmo tempo, e correlativamente, sem o direito processual não poderia existir um ordenamento que é caracterizado pela proibição da autotutela. Nesse quadro, o direito material pelo menos não poderia existir como fenômeno jurídico, na medida em que a sua atuação, em vez de ser garantida pelo Estado, seria atribuída a meras relações de força, com a consequência de que o detentor ou os detentores do poder de fato se tornariam os detentores do poder legal, independentemente do estabelecido pelas normas materiais, a determinar a solução dos conflitos não segundo a ‘justiça’, como base em critérios legais, mas por relações de força” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp.93-94). No mesmo sentido ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 307.

encontra na sua vida e defina na sua linguagem e na sua cultura, com base em valores positivamente válidos, para além de toda vontade arbitrária e toda mera subjetividade”⁹⁴².

Sendo a tutela dispensada sempre considerando tanto o pedido imediato – processual –, como o pedido mediato – o bem da vida, conforme Chiovenda –, “fala-se que na sentença de mérito unem-se o direito processual e o material, ou que a mais estreita vinculação entre o direito processual e o material está na sentença, que possibilita a transição do processo no domínio da vida, do direito material”⁹⁴³. E desse modo, “passa-se, assim, da tutela jurisdicional para a tutela do direito, mas em outro nível qualitativo, porque coberto o comando judicial pelo manto da coisa julgada, gozando da imperatividade própria da soberania que impregna a jurisdição”⁹⁴⁴.

Ao abordar a influência do direito material na atividade jurisdicional, leciona que esta gira em torno daquele e, fora dos casos de controle abstrato de constitucionalidade ou inconstitucionalidade – que também se vinculam ao direito material –, a atividade jurisdicional “dirige-se (a) contra o ilícito (transgressão de um dever substancial) e a lesão correspondente, (b) para a prevenção do ilícito e/ou da correspondente lesão ou (c) para a prevenção do agravamento da lesão, procurando favorecer a posição jurídica subjetiva material servida pelo dever ou pela obrigação”⁹⁴⁵.

Observa que a situação material encontra-se presente no próprio ato de introdução do processo – demanda –, através da afirmação do autor revelada na causa de pedir e também surge nas exceções de direito material suscitadas pelo demandado. Com esta visão do processo dotado de dinamicidade,

⁹⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

⁹⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 95-96. O pedido imediato apresenta-se como ponto de confluência e “contém a especificação da tutela jurisdicional pretendida (declarar, condenar, constituir, mandar, executar), estreitamente vinculada ao direito material” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 46).

⁹⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96. Ponto este considerado importante por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em virtude de afastar “a confusão entre os dois planos. A tutela condenatória ou executiva, por exemplo, é tutela jurisdicional (plano processual); a tutela reparatória já consiste na tutela do direito (plano material)” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.96).

⁹⁴⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 97.

acentua que “o direito material é primeiro afirmado, depois objeto de prova, passa a ser realidade acertada ou declarada, e constitui, se for o caso, objeto de cumprimento. De tal sorte, a situação subjetiva pregressa (direito subjetivo e respectiva lesão) apresenta várias facetas no iter procedimental”⁹⁴⁶.

A interferência do direito material na conformação e na organização interna do processo, em virtude de impor adequação subjetiva, objetiva e teleológica entre as duas esferas, também foi destacada pelo processualista⁹⁴⁷. E ressalta que à tutela jurisdicional “trata-se de adequar o permanente conflito entre efetividade e segurança”⁹⁴⁸.

Definindo a tutela jurisdicional como resultante da atividade desenvolvida pelos órgãos estatais que exercem a jurisdição objetivando a proteção do patrimônio jurídico, aduz que este tanto pode ser o direito material como o direito processual, bem como a declaração da inexistência do direito, seja do ponto de vista individual ou coletivo, repressivo ou preventivo⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 98. Elucida que “nos atos introdutórios do processo de cognição aparece como afirmação do autor (esse assume que uma obrigação ou dever foi transgredido e que o direito correspondente foi lesado); a assertiva torna-se, depois, objeto das alegações de fato, das provas, dos argumentos, etc., nisso exatamente consiste o contraditório. Em seguida, no momento em que o juiz estabelece se existe ou não o ilícito alegado, aparecerá como situação declarada pelo juiz ou por ele negada. Até esse momento, a situação subjetiva material constitui um *topos* argumentativo. Ao final, servirá de base, sendo o caso, para o cumprimento da decisão. Trata-se de questão que diz respeito no mais das vezes ao legislador, na tarefa específica de estabelecer previamente a forma de que se deve revestir o processo e as formalidades indispensáveis para a marcha do procedimento” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp.98-99).

⁹⁴⁷ Considera que “a *adequação subjetiva* decorre da situação do sujeito, conforme se tratar, por exemplo, de capaz ou incapaz, de pessoa física ou jurídica, privada ou pública, ou de sujeito sem personalidade; pode variar a legitimação processual das partes; o processo se tornar mais complexo, com a presença da figura de representante ou assistente ou a exigência de atos correspondentes, eventualmente, até, de autorização judicial específica. [...] A *adequação objetiva* pode influir nos efeitos da aquiescência, na natureza da preclusão e da coisa julgada, substituição e sucessão no processo etc. Nos procedimentos especiais, joga grande influência a matéria objeto do processo, de modo a conformar o procedimento, a exemplo da demanda de usucapião, de consignação, etc. A *adequação teleológica* determina a adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição ou finalidades que se pretende alcançar por meio do processo. Basta pensar na fase de conhecimento à vista da fase de execução forçada, ou nos procedimentos ordinário, sumário e especial, na antecipação de tutela ou no processo cautelar” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 99). No mesmo sentido ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. pp. 309-310.

⁹⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 100.

⁹⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 108.

Desse modo, abandonando as ideias de ação material e “ação” processual, Carlos Alberto desenvolve a sua teoria com base na tutela jurisdicional, afastando-se, pois, das teorias tradicionais, deixa de classificar as ações de direito material e as ações de direito processual, para fixar-se na classificação das formas de tutela jurisdicional, e não das sentenças, embora não desconsidere a classificação das sentenças que fariam parte da tutela jurisdicional e, pela sua eficácia preponderante, nominariam e identificariam o conteúdo da forma de tutela (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva).

10.6 A classificação das formas de tutela dos direitos

No Brasil, a ênfase na classificação das formas de tutela dos direitos deve-se à obra de Luiz Guilherme Marinoni. O referido jurista parte da preocupação de evidenciar a falácia da teoria processual clássica, a qual ignorava a própria razão da existência da jurisdição, da ação, da defesa e do processo⁹⁵⁰, e para tanto, propõe 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”⁹⁵¹.

Nesta perspectiva, observa Luiz Guilherme Marinoni que a doutrina, em razão da necessidade de isolamento do direito processual em face do direito material, afastou-se da principal finalidade da jurisdição: tutelar os direitos⁹⁵².

⁹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 247.

⁹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 303.

⁹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 240. Conforme observa, “a escola processual italiana do início do século XX teve o grande mérito de reconstruir o processo a partir de bases publicistas, mas iniciou a história que permitiu ao processo se afastar perigosamente dos seus compromissos com o direito material. A ação abstrata, preocupada – talvez de maneira excessiva – em se despir de toda e qualquer mancha de direito material, não se ligou a qualquer forma processual que pudesse indicar uma relação do processo com as necessidades do direito material. A escola italiana clássica não só negou à ação qualquer vínculo com um procedimento que pudesse apontar para as necessidades do direito material, como também organizou as formas processuais que necessariamente deveriam estar ao redor da ação a partir de critérios unicamente processuais. Seguindo a lógica da neutralidade em relação ao direito material, que já caracterizava a ação – posta no centro do sistema processual -, os processualistas imaginaram que deveriam criar um universo de sentenças igualmente abstratos. Tal lógica supunha que a resposta jurisdicional ao direito de ação também devesse ser isenta em relação ao plano do direito material. Por essa razão, as sentenças obviamente não foram vistas como tutelas aos direitos, ou como instrumentos

Para o processualista, “outorgar à jurisdição o escopo de tutela dos direitos é imprescindível para dar efetividade aos direitos fundamentais, inclusive ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”⁹⁵³. De modo que, a função jurisdicional, concebida dessa maneira, acarreta na perda de sustentação da ação neutra - única -, “já que essa ação é completamente incapaz de atentar para o papel que o direito hegemônico desenvolve diante da sociedade e do Estado”⁹⁵⁴.

Conforme Marinoni, afirmar que a jurisdição deve atender ao direito material “pode significar, simplesmente, que o processo deve acudir aos direitos aos cidadãos pelas normas materiais, o que não expressa algo muito relevante”⁹⁵⁵, fator que se realça “especialmente quando se almeja uma dogmática capaz de permitir a efetiva retomada dos laços entre processo civil e o direito material”⁹⁵⁶.

A atenção à tutela dos direitos acarreta no plano do direito material uma postura dogmática que deixa em segundo plano as normas atributivas de direitos e dedica-se a esfera das tutelas, “local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclamam quando são violados ou expostos a violação”⁹⁵⁷. Assim sendo, muito embora o direito material garanta as formas de tutela, estas não se equivalem aos direitos tão pouco às suas necessidades, posto que é necessário “partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las”⁹⁵⁸.

capazes de propiciar a tutela dos direitos, mas apenas como provimentos de fecho do processo. Pensou-se que o processo poderia existir sem qualquer compromisso com o direito material e com a realidade social” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 240).

⁹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 241.

⁹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 241.

⁹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 243-244.

⁹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 244.

⁹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 244.

⁹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 244. Exemplifica a matéria nos seguintes moldes: a “Constituição Federal afirma que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’ (art. 5.º, X), e que ‘é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem’ (art. 5.º, V). Nesse caso, a Constituição garante de maneira expressa várias formas de proteção ou de

Atentando ao fato de que ter direito é distinto de ter uma forma de tutela adequada à sua proteção, Marinoni leciona que na visão das *formas de tutela dos direitos*, atribuir um direito a alguém depende “de que lhe seja garantida a disponibilidade de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade da sua proteção”⁹⁵⁹, pois “o sujeito só é titular de um direito, ou de uma posição juridicamente protegida, quando esse direito disponha de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de proteção que esta posição exija”⁹⁶⁰.

Menciona que as formas de tutela não devem ser confundidas com a efetividade do processo simplesmente por estarem relacionadas ao plano do direito material, posto que a indagação acerca das formas de tutela ocorre na esfera do direito material, ou seja, antes mesmo de se analisar questões que disciplinam a efetividade processual. Caso contrário, “estaria negada a obviedade de que a pergunta sobre a forma de tutela é um degrau que necessariamente deve ser ultrapassado para se chegar à problematização da efetividade do processo”. Razão pela qual, deve existir uma relação de adequação que paire entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais, além de questionar não acerca das formas de tutela, mas das técnicas processuais⁹⁶¹.

tutela aos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Ou seja, tais normas não se limitam a atribuir ou a proclamar direitos, mas consideram as suas necessidades e afirmam as formas imprescindíveis à sua proteção. Quando a Constituição diz que tais direitos são invioláveis, afirma que eles exigem uma forma de proteção jurisdicional capaz de impedir a sua violação. Mas, além disso, confere a tais direitos, no caso de violação, indenização, deixando claro que eles devem ser protegidos ou tutelados mediante ressarcimento nos casos de dano material e moral. Até aí a Constituição garantiu expressamente as tutelas inibitória e ressarcitória em pecúnia. Perceba-se, porém, que a primeira parte do inciso V do art. 5º, ao dizer que ‘é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo’, garante uma forma de proteção ao direito que não se confunde com a inibitória ou com a ressarcitória pelo equivalente. Trata-se da tutela ressarcitória na forma específica, já que destinada a reparar o dano de modo específico, e não mediante o pagamento do equivalente em dinheiro ao seu valor” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 244- 245)

⁹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 245.

⁹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 245.

⁹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 246. E prossegue lecionando que “quando se indaga sobre a efetividade do processo já se identifica a forma de tutela prometida pelo direito material, restando verificar se as técnicas processuais são capazes de propiciar a sua efetiva prestação. Não é por outro motivo que não se pode misturar tutela inibitória com a sentença mandamental ou tutela ressarcitória pelo equivalente com sentença condenatória” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 246).

Aduz, ainda, que o binômio técnica processual – tutela dos direitos não significa reafirmar a necessidade de adequar o processo ao direito material, em razão de que o desejo real é partir de uma postura dogmática que se preocupe “com as posições jurídicas protegidas e com as formas de tutela necessárias para lhes dar proteção – e não mais apenas com as normas atributivas de direitos -, chegar a uma verdadeira análise crítica da ação e do processo, mediante a verificação da idoneidade das técnicas processuais para prestar as formas de tutela prometidas pelo direito material”⁹⁶².

O dever único da legislação processual é proclamado pelo processualista como sendo o de instituir técnicas processuais que consigam viabilizar a obtenção da tutela que o direito material prometeu, devendo, portanto, preocupar-se com as técnicas processuais – antecipatória, mandamental, etc. - ao invés das tutelas do direito – e.g. a tutela inibitória, a qual pode tanto impedir como inibir seja a violação do direito, seja a sua repetição ou a continuação de uma atividade ilícita⁹⁶³.

É destacada a imprescindibilidade da relação entre as formas de tutela e o direito de ação, pois é mediante este que o sujeito poderá obter uma das formas de tutela do direito material. Pondera o processualista que o direito de ação não deve ser confundido com o direito tampouco com a pretensão à tutela do direito, sendo esta apenas uma potencialidade, que necessita da ação para ser exigida, sendo ou não por esta reconhecida⁹⁶⁴.

Sendo a ação o meio pelo qual se pede a tutela jurisdicional do direito, ao propô-la o autor espera um provimento que, após apreciar o mérito, reconheça a tutela jurisdicional do direito que foi pleiteada. Do que se extrai que “a pretensão à tutela jurisdicional do direito não se contenta com qualquer

⁹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 246. O professor ressalva que “ao se falar em técnica processual, não se pretende – ao contrário das teorias ditas tecnicistas -, elaborar um sistema imune ou neutro, como se o processo civil não fosse destinado a atender aos conflitos dos homens de carne e osso. Ao inverso, a única razão para relacionar a técnica processual e as tutelas dos direitos é demonstrar que o processo não pode ser pensado de forma isolada ou neutral, pois só possui sentido quando puder atender às tutelas prometidas pelo direito material, para o que é imprescindível compreender a técnica processual (ou o processo) a partir dos direitos fundamentais e da realidade do caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 247).

⁹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 248.

⁹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 258.

sentença de mérito, porém só com a sentença de procedência; a sentença de improcedência não presta tutela jurisdicional ao direito⁹⁶⁵. Entretanto, “na hipótese em que a sentença não reconhece o direito material ou julga improcedente a pretensão à tutela jurisdicional *do direito*, ainda assim há prestação de tutela *jurisdicional* (embora não de tutela jurisdicional *do direito*) ao autor⁹⁶⁶”.

Desse modo, destaca a distinção entre a ação e a pretensão à tutela jurisdicional do direito, tendo o direito de ação, pois, como corolários “o direito de influir sobre o convencimento do juiz e o direito às técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela do direito material”, ou seja, “é o direito de ação adequada, garantido pelo art. 5.º, XXXV, da CF. [...] Mas isso não quer dizer que a ação adequada seja dependente da existência do direito material, uma vez que todos tem direito à ação adequada à tutela do direito, sejam ou não titulares do direito material reclamado⁹⁶⁷”.

Apresentando-se a ação como meio adequado à tutela da situação concreta e, permitindo através de seu exercício, o julgamento do pedido e o reconhecimento da pretensão à tutela jurisdicional do direito, bem como para se exigir o uso dos meios executivos capazes de conceder a obtenção da tutela do direito reconhecida pela sentença como devida ao autor, o processualista afirma que o que se julga não é a ação, mas a pretensão à tutela jurisdicional do direito⁹⁶⁸. Ao asseverar que o direito de ação possui como expressão o direito às técnicas processuais adequadas à tutela das necessidades do direito material, destaca que dentre estas técnicas, sobressaem-se as sentenças diferenciadas, os vários meios de execução – multa, busca e apreensão, etc. -

⁹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 258.

⁹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 258. Sobre a tutela jurisdicional do direito, menciona que “implica no dimensionamento da extensão da cognição do juiz, ou seja, na fixação dos limites do debate e da produção das provas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 259). No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

⁹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 258.

⁹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 265.

e as técnicas de antecipação da tutela – arts. 273, CPC, 84, CDC e 461, CPC)⁹⁶⁹.

Ensina que a sentença reflete o “‘modo’ – a técnica – pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos”⁹⁷⁰. Através da sentença, é que o juiz aprecia o pedido do autor e, no momento em que o reconhece como procedente, presta a tutela jurisdicional do direito material. Nesse sentido, as sentenças se diferenciam justamente para possibilitar a prestação da tutela jurisdicional dos direitos de forma adequada e efetiva, classificando-se em declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva⁹⁷¹.

Ao alegar que a classificação das sentenças de procedência não pode servir como classificação das formas de tutela jurisdicional, argumenta que “o significado da tutela somente pode ser encontrado quando se pergunta o que a sentença satisfaz, ou melhor, o que a sentença presta como forma de tutela do direito”⁹⁷². Desse modo, considerando que a aceitação de ser a tutela jurisdicional a própria sentença seria negar todo o esforço de se ter uma ação adequada ao plano do direito material, entende que o conceito da tutela jurisdicional deve ser buscado nas formas de tutela do direito material, bem como a pretensão à tutela jurisdicional do direito deve influenciar na conformação da ação adequada, de modo que “há pretensão à tutela jurisdicional do direito – isto é, à tutela inibitória e não à sentença mandamental, por exemplo – e há direito à construção da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto”⁹⁷³.

⁹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 270. Adverte que “o procedimento, embora possa ser visto como garantia de técnica antecipatória, sentenças e meios executivos, pode ser analisado como algo que se diferencia do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, e nesses termos possui importância por si só, independentemente das técnicas processuais nele inseridas. [...] Somente pode ser visto na perspectiva da aceleração da prática dos seus atos e da limitação da cognição do juiz” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 192).

⁹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

⁹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 270.

⁹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 301.

⁹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 302-303.

Desse modo, classifica as formas de tutela dos direitos como tutela de remoção do ilícito, tutela ressarcitória pelo equivalente, tutela ressarcitória na forma específica, tutela inibitória e tutela contra o inadimplemento contratual.

Elucida que a mera exposição à venda de produtos nocivos à saúde não gera ao consumidor o direito de requerer tutela jurisdicional ressarcitória, mas tão somente o direito de pedir tutela jurisdicional impositiva da observância da norma ou remoção dos efeitos concretos derivados da sua violação – remoção do ilícito -, pois esta exige apenas a atuação da norma e não um remédio que garanta proteção ao sujeito que sofreu um dano⁹⁷⁴. Assim, pontua que a prática de um ato contrário a uma norma de proteção, mesmo que não resulte dano, necessita uma forma de tutela jurisdicional do direito. Circunstância que resulta da inadmissão de que em um Estado constitucional, tenha como função única do processo civil contra o ilícito o ressarcimento pelo dano: inexistindo dano, porém havendo uma situação antijurídica, a tutela jurisdicional deverá estabelecer a situação que lhe era anterior, ou seja, trata-se de uma *tutela jurisdicional de remoção do ilícito*⁹⁷⁵, a qual também é uma tutela específica, pois não se conforma com a transformação do direito em dinheiro⁹⁷⁶.

Todavia, adverte o processualista paranaense que a transgressão de uma norma de proteção poderá acarretar danos aos cidadãos ou até mesmo a

⁹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 243. No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 63-164.

⁹⁷⁵ Caso a tutela de remoção do ilícito inexistisse, “o dever de proteção estatal aos direitos se tornaria impossível e o direito de proteção normativa dos direitos fundamentais quase que inútil” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 250).

⁹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 250. Pondera, ainda, que admitir “uma outra forma de tutela contra o ilícito implica na superação de um dogma que vem desde o direito romano. A assimilação entre ilícito e dano é o resultado de um processo histórico que levou a doutrina a admitir que a tutela contra o ilícito exige uma nova postura dogmática, voltada a explicar a necessidade de uma outra forma, derivada da existência das normas de natureza protetiva, características a um Estado ciente do seu dever de proteção” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 249). Marloni entende necessário repensar o conceito de ilícito civil e o conceito de tutela contra o ilícito, pois considerando que o “elemento dano, em outras palavras, vem sendo exigido como um componente essencial para a configuração do ilícito civil”, verifica-se a ocorrência de uma “mistura entre o ato contrário ao direito e o dano, ou uma falta de distinção entre o ato em si (o ilícito) e sua consequência (o dano)”. Nesse sentido, aduz que ato contrário ao direito e o dano nem sempre ocorreram na mesma hora, sendo possível que o dano – consequência eventual do ilícito - somente ocorra após a prática do ilícito, bem como que um ato contrário ao direito não gere dano (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 248).

direitos transindividuais, como, por exemplo, o direito ambiental. Nesta hipótese haveria a tutela ressarcitória pelo equivalente e a tutela ressarcitória na forma específica. A tutela pelo equivalente seria imposta nos casos em que a consideração do valor do dano fosse a única alternativa ou ainda quando for da preferência do cidadão o ressarcimento em pecúnia, mesmo que seja possível a tutela específica. E segue afirmando que diante de direitos transindividuais, sendo viável a reparação *in natura*, a tutela ressarcitória deverá ser sempre prestada na forma específica⁹⁷⁷. Acresce à sua explicação que em alguns casos, o ressarcimento na forma específica é inviável e, em outros, poderá ser apenas parte da integralidade do ressarcimento⁹⁷⁸.

Assente é a prioridade, levantada por Marinoni, do ressarcimento na forma específica, decorrência direta do direito material⁹⁷⁹. Somente diante da impossibilidade ou ainda nos casos em que o ressarcimento pela forma específica configurar uma forma muito onerosa, é que será admitida a utilização da tutela pelo equivalente monetário, ou seja, quando a prática da tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, “ela somente será excluída por opção do próprio lesado ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional em vista da sua excessiva onerosidade”⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 243.

⁹⁷⁸ Desse modo, seria a hipótese em que houvesse o corte indevido de árvores: “se é possível determinar o plantio de árvores semelhantes às indevidamente cortadas, isso certamente não seria capaz de ressarcir a totalidade do dano, pois as árvores e o próprio ecossistema estariam em uma situação diversa caso o dano não houvesse sido produzido. Em uma situação como essa, o ressarcimento na forma específica deve ser cumulado com o ressarcimento em dinheiro” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252).

⁹⁷⁹ A tutela ressarcitória na forma específica pode ser prestada “não apenas através de um fazer, mas igualmente, mediante a entrega de uma coisa capaz de substituir a destruída ou a roubada. Note-se que a tutela ressarcitória na forma específica objetiva proteger o direito mediante uma reparação que se aproxime da reconstituição do estado que era anterior ao dano, tendo como oposto o ressarcimento, que se limita a dar ao lesado um valor em dinheiro equivalente ao da lesão. De modo que o ressarcimento na forma específica não depende apenas de um fazer, pois também pode ser prestado com a entrega de coisa. Deixe-se claro, contudo, que o lesado sempre tem a opção do ressarcimento na forma específica, a qual, em relação aos direitos transindividuais, nem mesmo constitui opção, pois o legitimado à sua tutela não pode preferir dinheiro no lugar da reparação *in natura*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252).

⁹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252.

Todavia, incorreto mostra-se afirmar que a tutela ressarcitória pelo equivalente é a única resposta ao dever de reparação do dano, posto que, caso assim fosse, além de admitir que todos os bens ou direitos poderiam ser expressos através de pecúnia, estar-se-ia conduzindo à ideia de que o infrator poderia liberar-se da sua responsabilidade mediante simples pagamento de dinheiro, “quando então ter patrimônio seria o mesmo que ter a responsabilidade atenuada. Porém, o lesado não tem um mero direito de crédito sobre o patrimônio do infrator, mas sim o poder de obrigá-lo à reparação”⁹⁸¹.

Diferentemente da tutela inibitória, a qual figura a probabilidade da prática de ato contrário ao direito como pressuposto⁹⁸² e é voltada para o futuro, e não para o passado⁹⁸³, à tutela de remoção do ilícito “basta a ocorrência da violação da norma, sendo desnecessário cogitar, em relação a ambas as tutelas, não apenas sobre a probabilidade e a ocorrência de dano, mas também a respeito de culpa, até porque a exigência dessa última se presta apenas a legitimar a imposição da sanção ressarcitória”⁹⁸⁴.

Também é trabalhada por Marinoni a tutela contra o inadimplemento contratual – tutela específica à obrigação contratual. Naquele sistema que ignora a tutela específica da obrigação, quem necessita do bem e em razão disso realiza um contrato, não tem o seu direito assegurado, “ao passo que o detentor do capital ou do bem possui a possibilidade de, a qualquer momento e inclusive em razão de uma ‘variação de mercado’ que não lhe é benéfica, liberar-se da sua obrigação mediante o simples pagamento em dinheiro”⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 253.

⁹⁸² Trata-se de uma ação de conhecimento de natureza preventiva, cujo objetivo é impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Sua relevância “deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como ‘preventiva’, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 251).

⁹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 255.

⁹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

⁹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 253. Negar a tutela específica à obrigação contratual, configura “contradição, pois admite que as partes se obrigam ao contratar, mas, logo após, estão livres para não atender à prestação assumida, como se o inadimplemento

10.7 A classificação da pretensão processual

A classificação das pretensões processuais parte da necessidade de classificar “*los diversos tipos de declaraciones petitórias realizadas por el autor, con el fin de identificar los mecanismos procesales más adecuados para salvaguardar sus legítimos intereses*”⁹⁸⁶. Tal forma de abordagem do tema considera possível classificar tanto as *pretensões processuais* como as sentenças de procedência⁹⁸⁷. Trata-se de uma diferença que toca ao “*punto de vista desde el cual se analice al proceso*”, vale dizer, se o ponto de vista é o início do processo, a classificação diz respeito às pretensões processuais, se é o fim do processo, a classificação terá como objeto as sentenças de procedência⁹⁸⁸.

No entanto, é inegável a vantagem de classificar a pretensão processual, uma vez que esta, além de um ato concreto e particular de declaração de vontade que é, ainda, o reflexo da ação material, mantém em funcionamento todo o processo⁹⁸⁹. Dito de outro modo, a classificação das pretensões processuais é capaz de abarcar a totalidade dos acontecimentos de todo o *iter* processual, não somente aquilo que existe antes dele, o seu início, o seu fim ou o seu resultado material. Como o tema já foi amplamente abordado no ponto 9 do presente trabalho, não será aqui retomado na sua essência,

fosse um ‘dever livre’ ou um puro ato potestativo, e não algo devido”. De modo que “a inexistência de tutela específica contra o inadimplemento nega a própria natureza da obrigação, cujo fim é o de dar ao credor uma prestação, e não a de lhe conferir um valor em dinheiro” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 253-254).

⁹⁸⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 158. Tradução livre: “os diversos tipos de declarações petitórias realizadas pelo autor, com o fim de identificar os mecanismos processuais mais adequados para salvaguardar seus legítimos interesses”.

⁹⁸⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 158. Conforme adverte Darci Ribeiro, “es evidente que la clasificación que toma por base la sentencia se refiere únicamente aquéllas que son estimatorias, pues la que desestima la pretensión procesal es declarativa negativa, debido al carácter de la subsunción” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 158, nota 644). Tradução livre: “é evidente que a classificação que toma por base a sentença se refere unicamente àquelas que são estimatórias, pois a que desestima a pretensão processual é declarativa negativa, devido ao caráter da subsunção”.

⁹⁸⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 158. Tradução livre: “ponto de vista desde o qual se analise o proceso”.

⁹⁸⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 159.

porém, parte-se destas considerações, para focar a pretensão processual como elemento chave de classificação da tutela jurisdicional nas considerações críticas subsequentes.

10.8 Análise crítica: em busca de uma perspectiva de estudo para o processo civil no Estado Democrático de Direito

As diversas teorias que tentam resolver o problema das relações entre direito material e processo podem ser, no Estado Democrático de Direito, divididas nas quatro vertentes de pensamento trabalhadas nesse capítulo, estudadas, em certo aspecto, a partir dos elementos desenvolvidos nos capítulos precedentes. Para melhor abordar o tema, importante fazer algumas considerações ainda que tendentes a retomar alguns aspectos já trabalhados.

O problema das relações entre direito material e processo, historicamente, inicia com a compreensão de que a *actio*, ou seja, a *ação material* é diferente da *ação processual*. Essa dicotomia, amplamente aceita pelos seguidores da teoria dualista, ocupou exaustivamente a doutrina processual por mais de um século, na medida em que esta lutava para fundamentar a autonomia do processo e conceber a existência de uma ação processual independente da relação de direito material.

O foco exclusivo na *ação material* tem por pressuposto um conceito de processo muito mais ligado ao direito privado e aos indivíduos que figuram na relação jurídica de direito material. Nesse sentido, identifica-se que no Estado Liberal essa teoria tende a prevalecer, na medida em que o conceito de processo tem como ênfase uma noção voltada ao interesse dos particulares e à solução dos seus conflitos.

O avançar do papel do Estado e a publicização do processo, tomada principalmente a partir da obra de Chiovenda⁹⁹⁰, demonstra um deslocamento no sentido de dar uma maior ênfase à ação processual e ao papel do Estado frente ao tema. Por se tratar de uma lenta e gradual atenção, as teorias do direito concreto de ação, que embora permaneçam vinculadas à existência do direito material, já concebem um aspecto público à pretensão à tutela jurídica

⁹⁹⁰ Nesse sentido, ver RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, jul. /set. 2011. pp. 97-132.

estatal, marcam a ponte entre o Estado Liberal e o Estado Social. Esse publicismo exacerbado, que inclusive está na base da separação entre direito material e processo em Bülow, marca as teorias abstratas da ação, que retiram o foco totalmente do direito material e da relação envolvendo os particulares, para pensar no instrumento concedido pelo Estado para a realização dos direitos, no caso o processo e a ação.

O advento do Estado Democrático de Direito impõe uma nova roupagem ao tema. Exige primeiramente que ao problema da tutela jurisdicional seja visualizado no plano do direito constitucional, sem que isso venha a obscurecer as relações entre direito material e processo. Daí a necessidade de visualizar a ação desde o prisma da proibição de autotutela, do monopólio da jurisdição e da pretensão à tutela jurídica, como poder exercido mediante a ação processual. De outro lado, a efetividade da tutela jurisdicional afigura-se como elemento cerne para traçar a necessidade de uma (re)leitura constitucionalizada do tema em questão.

Nisso, permanecem válidas as críticas há pouco referidas, feitas por Liebman (ponto 10.1) quanto ao problema da concepção puramente abstrata da ação. A fim de lidar com o problema, foram trabalhadas quatro perspectivas no presente capítulo, sendo que a teoria dualista (Pontes e Ovídio) e a teoria da pretensão processual (Rosenberg, Carnelutti, Guasp e Darci Ribeiro) foram melhor trabalhadas, no que concerne aos seus pontos principais, também em outros capítulos deste trabalho (ponto 7, 8 e 9).

É possível afirmar que as quatro teorias trabalhadas procuram visualizar o problema a partir de momentos distintos da relação direito material e processo. A teoria dualista deita sua atenção para o momento pré-processual (ação de direito material) e, pois, para o plano do direito material quando existente lesão ou ameaça de lesão ao direito subjetivo. A teoria da pretensão processual cuida da declaração petitória do autor, na qual vem refletida a ação material, e que irá manter o processo como seu objeto. A teoria das formas de tutela jurisdicional prima pelo momento final do processo, na medida em que está preocupada com a forma de tutela jurisdicional conferida ao autor que tem razão. Por fim, a teoria das formas de tutela dos direitos mira na forma de tutela do direito material, no resultado que decorre do processo, fora, pois, do plano processual.

Certamente que todas as teorias apresentam pontos de vista interessantes que, de certo modo, se complementam. No entanto, arriscando ir além dos estritos limites de uma singela dissertação de mestrado, arrisca-se fazer algumas considerações para buscar explicar qual a teoria que melhor resolve o tema no Estado Democrático de Direito.

É inegável a existência de categorias como direito subjetivo, pretensão de direito material e ação material. Ignorá-las exigiria uma reconstrução de temas centrais do direito material, como prescrição e decadência, além de uma plausível explicação para os casos em que o titular do direito exige a sua satisfação ou, pior ainda, que age para realizá-lo. Ovídio Baptista dá um bom exemplo a esse respeito: *“vencida a locação, o inquilino recusa-se a restituir o imóvel locado. O locador não vacila, contrata três ou quatro auxiliares e promove o despejo, lançando na rua os móveis do locatário”*. De fato, ainda com Ovídio, pode-se dizer que *“esta seria uma autêntica ‘ação de direito material’, certamente vedada pelo direito moderno”*⁹⁹¹. E o que dizer da defesa legítima da posse prevista no art. 1210, §1º, do Código Civil, ou da penhora legal do art. 1467, I e II, do Código Civil. Não seriam estas formas de agir privado para realização do direito?

A questão controversa, no entanto, é a possibilidade de classificar esse agir existente no plano do direito material e que é afirmado no processo. O próprio professor Ovídio acabou cedendo diante da teoria de Pontes de Miranda para negar a existência de uma ação material condenatória, cuja conceituação sempre partiu de sua função de permitir a via executiva. Nisso não se pode negar que a crítica do prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira proceda, já que, em outra perspectiva, pode-se considerar, por uma questão de lógica, impossível partir dos mesmos caracteres para classificar coisas que estão em planos distintos, ou seja, a ação de direito material e a sentença de procedência.

Portanto, Carlos Alberto Alvaro de Olivera não consegue explicar satisfatoriamente o que dá conteúdo às suas formas de tutela jurisdicional, pois parte exclusivamente de conceitos do plano processual, ao mesmo tempo em

⁹⁹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65.

que nega a existência de uma ação de direito material⁹⁹². Os dois autores – Carlos Alberto e Ovídio – comungam, todavia, do mesmo posicionamento quanto à aptidão do processo em transformar o direito material. Segundo Carlos Alberto, uma das características mais marcantes do ambiente processual seria “*a incerteza consubstancial do direito litigioso*”, uma vez que, a partir do momento em que o direito material é posto em lide, “*torna-se obviamente incerto, assim como a ação de direito material, que por hipótese dele constituiria parte essencial*”⁹⁹³. Não discrepa desse posicionamento Ovídio Baptista, para quem “*essas ações, quando postas numa relação processual litigiosa tornam-se ações de que o autor se ‘afirma’ titular. Enquanto o processo desenvolve-se, em busca da sentença de procedência, a ação material – tanto a executiva quanto outra qualquer – não passa de uma hipótese, a ser ou não confirmada pela sentença*”⁹⁹⁴. Em outra passagem, o mestre gaúcho é ainda mais enfático: “*no processo, não existem ações de direito material, nem pretensões e nem direitos subjetivos, senão como simples ‘afirmações*”⁹⁹⁵.

Então, se no processo não existe ação de direito material, senão uma mera afirmação, como pode este desenvolver-se até a sentença a partir de uma mera alegação, sem a existência de algo concreto capaz de impulsioná-lo a permear seu desenvolvimento? É justamente por isso que, em outra perspectiva, o próprio Ovídio vem a afirmar que “*a petição inicial contém o*

⁹⁹² Nesse sentido, a contundente crítica de Ovídio A. Baptista da Silva: “Carlos Alberto critica Pontes de Miranda por suas ambiguidades, mas fica-nos devendo uma explicação convincente, que mostre como os ‘desenvolvimentos’ a que ele se refere foram capazes de fazer com que a sentença de procedência não seja expressão do direito e da respectiva ação material do autor vitorioso. Em que poderá consistir esse ‘desenvolvimento granjeado pelo direito público’ que torna o resultado da jurisdição diferente do direito material? Quem produziria essa diferença? Porventura, o juiz, arbitrariamente, em virtude desse ‘desenvolvimento’, que se produziria sem depender do direito material?” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ações e sentenças executivas*. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 220).

⁹⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 50. Importante destacar que, no ponto, Carlos Alberto não deixa claro sua posição no sentido de negar a existência da ação de direito material.

⁹⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ações e sentenças executivas*. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 229.

⁹⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 63. Nesse sentido: “no processo – devemos insistir nisto sempre – não existem o ‘ser’ e o ‘não ser’. Existem ‘afirmações’, ‘alegações’ de que, no plano do direito material, as coisas ‘são’ ou ‘não são’. Apenas isto. Se nos colocarmos ‘dentro’ do processo – durante o estado de *litispendência* – havemos de contar com esta instabilidade inerente ao processo” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 63).

*projeto da futura sentença pretendida pelo autor*⁹⁹⁶. Nesse sentido, “o autor, ao elaborá-la, deve conhecer, com suficiente segurança, a natureza de sua pretensão (de direito material), de modo a poder determinar o tipo de providência judicial por meio da qual ela poderá ter efetiva realização”⁹⁹⁷. Com efeito, “se o autor apenas pretende que o juiz o declare titular de algum direito, limitando o ato sentencial a uma simples declaração, haverá de rematar a petição inicial formulando o pedido para que o juiz assim o declare”⁹⁹⁸. Porém, “se o autor se disser locador, pretendendo, por meio da respectiva ação, retomar o imóvel locado, que o inquilino, segundo sua versão, se recusa injustamente a restituir, certamente a simples declaração de que o autor teria direito à restituição (eficácia declaratória), quando a ação viesse a ser declarada procedente, seria insuficiente e a sentença menor do que o pedido (*citra petita*)”⁹⁹⁹. Neste caso, o juiz, além de declarar que o autor tem direito a retomar o imóvel locado, “deverá na própria relação processual, determinar as providências concretas subsequentes, capazes de tornar efetiva e realizada a pretensão de retomada”¹⁰⁰⁰, hipótese na qual a sentença terá outras eficácias e produzirá outros efeitos que não se encontram na sentença anterior de natureza meramente declaratória¹⁰⁰¹.

Olhando o problema por essa ótica, a classificação que parte da pretensão processual afigura-se muito mais adequada para lidar com o problema. Primeiro, porque ela não desconsidera a existência da ação de direito material. Segundo, porque se constitui no reflexo jurídico da ação material, a qual é jurisdicionalizada e transformada na pretensão processual para que o Estado possa realizá-la. Terceiro, por ser a pretensão processual “*la declaración de voluntad hecha por el actor, a través de una petición fundada,*

⁹⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

⁹⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

⁹⁹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

⁹⁹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

¹⁰⁰⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

¹⁰⁰¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 114.

para obter uma sentença”¹⁰⁰², ela é um ato concreto, caracterizado pelo verbo querer, e não uma mera afirmação.

Desse modo, fica fácil entender porque a pretensão processual é o objeto do processo e se manterá até o fim do processo. Além disso, a classificação da pretensão processual resolve o problema da impossibilidade de classificar a ação de direito material com elementos do processo, na medida em que, por estar no plano processual, não há uma incompatibilidade entre aquilo que constitui a eficácia preponderante da pretensão processual e da sentença, pois estão ambas no mesmo plano e, pois, trabalham com os mesmos elementos. Por fim, a pretensão processual, sem descuidar dos liames entre direito material e processo, inclusive porque, com seus elementos individualizadores desloca o foco da questão da mera afirmação da existência da ação para a causa de pedir e para o pedido, se adapta melhor à ideia de que antes da sentença é impossível falar da existência do direito material¹⁰⁰³.

Nessa perspectiva, também prevalece em relação à teoria que prima pela classificação das formas de tutela dos direitos. Não que tal perspectiva não seja relevante, porém “a ação ‘adequada à tutela dos direitos’, proposta por Marinoni, é concebida como uma ‘ação procedente’; uma ação *concreta*, cujo ‘conteúdo’, no entanto, seria produzido pelo processo”¹⁰⁰⁴. As formas de

¹⁰⁰² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p 123.

¹⁰⁰³ Ideia que, por sinal, é reiteradamente trazida por Ovídio Baptista da Silva: “antes da sentença, haverá apenas ação “afirmada existente”. Depois da sentença de procedência, estaremos em pleno domínio do direito material, reconhecido pelo Estado. *Esta é a ação de direito material!* É o agir idôneo a realizar a respectiva pretensão, demonstrada existente pela sentença e digna de proteção jurisdicional” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ações e sentenças executivas*. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 223).

¹⁰⁰⁴ Conforme Ovídio, “Marinoni substituiu as ações de direito material pelas ‘tutelas’ e adicionou à ‘ação’ processual abstrata *ações processuais* ‘adequadas à tutela dos direitos’, portanto, não mais abstratas, posto que concebidas – ao contrário do que pensa Dinamarco – para a tutela ‘dos direitos’. Entretanto, trata-se de ‘formas’ de tutela. Sendo apenas *formas* – de cujos ‘conteúdo’ nada se diz -, mesmo assim poderiam atingir um estágio superior às ‘necessidades’ do direito material. Não seria o conteúdo das pretensões de direito material (entendido pelo processualista como ‘direitos subjetivos’) a determinar a ‘forma’ da tutela. A nosso ver, quando aludimos a ação adequada à ‘tutela de direitos’, mesmo referindo-nos a ‘direitos’ (no plural), queremos significar direitos dos ‘autores’, ou direitos alegados pelos autores. Não se trata de ‘jurisdição adequada’, mas de ‘ação adequada’, logo ação do autor, não ‘reação adequada do réu’. Por outro lado, não ficou esclarecido a quem caberia a missão de preencher o conteúdo dessas ações processuais concretas, se ao autor, na petição inicial, ou ao juiz na sentença. O certo é que teríamos uma ação abstrata e inúmeras ações concretas que, mesmo assim, não seriam expressões das respectivas pretensões de direito material” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ações e sentenças executivas*. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218).

tutela dos direitos ficam exclusivamente no plano material como um resultado esperado da tutela jurisdicional conferida pelo processo e, portanto, não conseguem apreender a dinamicidade do fenômeno processual, que trabalha com expectativas de direito, mas que, concretamente, serve-se da pretensão processual como seu objeto.

Um último ponto deve ser ressaltado. O equilíbrio entre o papel das partes e do juiz no processo, característica almejada pelo processo civil do Estado Democrático de Direito¹⁰⁰⁵, somente poderá ser encontrado se a ênfase quanto ao elemento de classificação da tutela jurisdicional for a *pretensão processual*. Isso porque a pretensão processual, enquanto “*declaración de voluntad hecha por el actor, a través de una petición fundada, para obtener una sentencia*”¹⁰⁰⁶, tem seu conteúdo delimitado pelo autor e, portanto, não desconsidera o seu papel na formação do processo. Por outro lado, é polarizada pela sentença (providência esperada pelo autor) que emana do Estado-juiz.

Dessa tensão verifica-se a possibilidade do desenvolvimento de um processo mais consentâneo com os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal¹⁰⁰⁷, cujo papel é indispensável para um processo efetivo e democrático.

¹⁰⁰⁵ Nesse sentido, ver NUNES, Dierle. *Proceso civile liberale, sociale e democratico*. In: *Diritto.it*. Disponível em <<http://www.diritto.it/docs/27753-processo-civile-liberale-sociale-e-democratico>>. Acessado em 29 de junho de 2013.

¹⁰⁰⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p 123.

¹⁰⁰⁷ Alicerçado no pensamento de Robert Cover, Owen Fiss e Judhit Resnik, Eduardo Oteiza, em tom provocativo, traça como premissa para analisar o tema do devido processo legal o fato deste ser “*más una pregunta que una respuesta*”, sendo possível perquirir suas origens como “*el significado de una manifestación contra la opresión*”, desde seu reconhecimento embrionário na Carta Magna inglesa de 1215 (OTEIZA, Eduardo. *El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal*. In: ARAZI, Roland [et. al]. *Debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003. pp. 4-6). Hodiernamente, no direito brasileiro, Nelson Nery Jr. erige o *devido processo legal* à condição de *postulado constitucional fundamental do processo civil*, sendo “*base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam*” (NERY JUNIOR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* (processo civil, penal e administrativo) 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77). Conforme o mesmo autor, a doutrina brasileira vêm empregando a expressão para enumerar garantias como a igualdade das partes, a garantia da ação, o respeito ao direito de defesa e ao contraditório, ao passo que a própria Constituição brasileira de 1988 traz uma enumeração, ao longo do seu texto, das garantias que compõem o devido processo, o que seria até despidendo. No entanto, afirma que “*a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações*” (NERY JUNIOR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição*

Federal (processo civil, penal e administrativo) 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 85). Nessa linha, o conteúdo do devido processo legal, no Brasil, pode ser considerado respeitado no processo, segundo Sérgio Porto e Daniel Ustárroz, quando “(a) o acesso à justiça é assegurado, antes, durante e depois da relação processual; (b) as partes encontrarem condições para exercer o contraditório de maneira proveitosa; (c) os atos do processo forem públicos, para viabilizar o controle do exercício jurisdicional; (d) os provimentos forem motivados adequadamente; (e) os poderes públicos respeitarem os valores da imparcialidade impostos pelo juízo natural; (f) não for tolerada a obtenção de provas por meio ilícito; (g) as partes receberem tratamento paritário ou quando a diferença for criteriosa e juridicamente justificada; (h) for respeitado o duplo grau de jurisdição, ao menos naqueles casos que implicam risco de maior restrição aos direitos fundamentais; (i) for obedecida a coisa julgada; (j) o processo se desenvolver em tempo razoável, propiciando aos litigantes desfrutarem dos direitos reconhecidos; e, ainda, (l) os princípios reconhecidos em Tratados Internacionais ou compatíveis com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Republicano forem também respeitados” (PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 122). Para alguns doutrinadores, o devido processo legal costuma ser visualizado em uma dupla perspectiva. Agrega-se, desse modo, ao sentido processual do devido processo, um sentido substancial. Nesse enfoque, afirma-se que uma lei é desconforme ao *substantive due process* quando incorrer na falta de razoabilidade ou de racionalidade, sendo, pois, arbitrária (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 3.). É nesse sentido que Canotilho considera o processo devido como um processo justo de criação legal de normas jurídicas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 487). Na doutrina brasileira recente, Sérgio Luís Wetzel de Mattos faz uma aguda crítica à doutrina tradicional encampada por Carlos Roberto de Siqueira Castro, por entender que esta doutrina não atribui funcionalidade própria ou autônoma ao devido processo substantivo. Em lugar disso, “a doutrina brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós-Constituição Federal de 1988, atribuem ao princípio do devido processo substantivo funcionalidade que é mais propriamente dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109). Dessa forma, entende ser “*lícito concluir que, no direito brasileiro, é possível dar aplicação ao princípio do devido processo substantivo, objetivando-se, assim, o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988)*”. Mas adverte que “o que deve ser evitado, apenas, é a promiscuidade do princípio do devido processo substantivo com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade”, uma vez que tais postulados tratam-se de “*princípios ou cânones hermenêuticos, vale dizer, postulados normativos aplicativos que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras jurídicas, sobretudo de caráter jurídico-constitucional, inclusive, e não exclusiva, o princípio do devido processo substantivo, razão pela qual, “os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade não se confundem, do ponto de vista funcional, com o princípio do devido processo substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição Federal)*” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 109-110 e p. 113). Criticando a noção de devido processo substantivo no Direito brasileiro, tributando a ela tendência de “*embutir em nossa Constituição a jurisprudência americana*”, José Tesheiner afirma que “o poder que se reconheça ao juiz, de negar aplicação à lei que considere desarrazoada, tanto pode servir para fazer justiça, quanto para agravar as injustiças sociais”, trando-se de manifestação de uma tendência de centralização do Direito no Poder Judiciário (TESHEINER, José Maria Rosa. Princípio do devido processo em sentido substancial. In: AJDD – Artigos jurídicos e direito em debate. Disponível em <<http://www.ajdd.com.br>>. Acesso em 04/09/2013). Em outra perspectiva, Humberto Ávila critica a adoção da noção de devido processo substantivo no direito brasileiro, considerando-a triplamente inconsistente: “o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do ‘devido processo legal’ é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o

Afinal, a noção de devido processo legal, fundada em uma série de “*garanzie fondamentali della giustizia civile*”, como bem ensina Michele Taruffo, traz consigo, segundo o professor italiano, a ideia fundamental de que existe “*un nucleo essenziale di principi irrinunciabili che governano l’amministrazione della giustizia civile negli ordinamenti evoluti*”¹⁰⁰⁸, os quais dizem respeito ao juiz, que deve ser independente e parcial, às partes, assegurando-se a elas o acesso à tutela jurisdicional e o direito de defender-se, e ao procedimento “*che deve essere rapido, semplice, accessibile ed efficiente nell’attuazione dei diritti*”¹⁰⁰⁹. Tudo isso encontra-se traduzido nas contemporâneas tendências de estudo acerca da efetividade da tutela jurisdicional, tendo em vista a “*insufficienza della nozione puramente processualistica dell’azione*”¹⁰¹⁰ e a necessidade de valorizar a análise de tal temática dividindo-a no complexo de poderes atribuídos às partes na proposição da demanda, no desenvolvimento do processo e no convencimento do juiz¹⁰¹¹. Ou seja, durante todo o processo, e não somente no seu início.

Da imbricação entre o tema das teorias da ação e do devido processo legal, verifica-se, portanto, que a primazia conferida à figura conceitual e teórica da pretensão processual confere um melhor caminho para que se possa trabalhar o processo civil na sua dimensão constitucional¹⁰¹². Trata-se de

*fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’, quando o seu fundamento reside na posituação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ para representá-los; em terceiro lugar, porque o ‘devido processo legal substancial’, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no ‘devido processo legal procedimental’” (ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de processo*. v. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 162).*

¹⁰⁰⁸ TARUFFO, Michele. *Garanzie fondamentali della giustizia civile nel mondo globalizzato*. *Revista trimestral de direito civil*. v. 17 (janeiro/março 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2004. p. 119. Tradução livre: “um núcleo essencial de princípios irrenunciáveis que governam a administração da justiça civil nos ordenamentos evoluídos”.

¹⁰⁰⁹ TARUFFO, Michele. *Garanzie fondamentali della giustizia civile nel mondo globalizzato*. *Revista trimestral de direito civil*. v. 17 (janeiro/março 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2004. p. 119. Tradução livre: “que deve ser rápido, simples, acessível e eficiente na atuação dos direitos”.

¹⁰¹⁰ DENTI, Vittorio. *Valori costituzionali e cultura processuale*. *Rivista di diritto processuale*. v. 39. Padova: CEDAM, 1984. p. 447. Tradução livre: “insuficiência da noção puramente processualística da ação”.

¹⁰¹¹ DENTI, Vittorio. *Valori costituzionali e cultura processuale*. *Rivista di diritto processuale*. v. 39. Padova: CEDAM, 1984. pp. 447-448.

¹⁰¹² Conforme Luigi Paolo Comoglio, analisando o modelo constitucional do processo civil brasileiro, “*le garanzie individuali ed i principi di struttura, che si aggiungono alla clausola del*

fecunda perspectiva para superação, daquilo que Eduardo Oteiza chamou de “*autismo procesal*”, ou seja, a análise do devido processo legal pura e independente da leitura constitucional¹⁰¹³.

devido processo legal, *ma ad essa idealmente si riportano concorrono a ‘costituzionalizzare’ no soltanto il diritto di azione giudiziaria, ma anche il diritto al processo, conferendo soprattutto a quest’ultimo un particolareggiato ed esteso contenuto*” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de processo*. Ano 23. n. 90. Abril-junho de 1998. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. p. 140.

¹⁰¹³ Conforme o professor argentino, “*la tradición jurídica que anida en nuestros ordenamientos procesales no adjudica un papel esencial al concepto de debido proceso. Ella es autónoma independiente de la lectura constitucional. Podría sostenerse que es autista con respecto al debido proceso*” (OTEIZA, Eduardo. El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal. In: ARAZI, Roland [et. al]. *Debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003. p. 5). Tradução livre: “a tradição jurídica que habita em nossos ordenamentos processuais não adjudica um papel essencial ao conceito do devido processo. Ela é autônoma independente da leitura constitucional. Poderia sustentar que é autista com relação ao devido processo”.

11 Considerações finais

1 O advento do Estado Democrático de Direito impõe uma necessária (re) leitura do processo civil. Nesse sentido, é acertado dizer que os institutos processuais criados no bojo do Estado Liberal devem ser relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo atual Estado Democrático de Direito. Ressaltando-se nessa perspectiva as relações entre direito material e processo, habitualmente tratados a partir da perspectiva do problema da ação e das diversas teorias que versam sobre o assunto.

2 Qualquer teorização acerca do Estado e da sua configuração atual deve, necessariamente, levar em conta a noção de Estado de Direito, o qual, em um primeiro aspecto, pode ser visto como uma conquista lenta e gradual feita por agentes, indivíduos e setores sociais que, frente aos poderes despóticos, buscava segurança para suas pessoas, seus bens e propriedades, exigindo, dessa forma, garantias e proteções efetivas para outras manifestações de sua liberdade.

3 No panorama atual é ressaltada a importância do processo e da jurisdição e o papel proeminente que estes passam a ocupar no Estado Democrático de Direito. A defesa da jurisdição (constitucional), portanto, deve ser vista como um reforço democrático, na medida em que a própria noção de democracia vem sofrendo mutações. Além disso, a jurisdição constitucional pode funcionar como um campo privilegiado para discussões a respeito dos direitos, mormente por contar com um grau de autonomia, inerente ao direito no Estado Democrático, inexistente no âmbito do Legislativo.

4 O monopólio da jurisdição traz consequências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiro, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoa que o solicite. A soma destas duas consequências gera, indistintamente, para todas as pessoas da comunidade, uma promessa de proteção a todos aqueles que necessitam de justiça.

5 A questão da efetividade da tutela jurisdicional passa necessariamente pelo estabelecimento dos vínculos entre direito material e processo, uma vez que este está intimamente ligado com a proibição de autotutela, a pretensão à tutela jurídica e a ação processual. No entanto, esse relacionamento entre direito material e processo sofre diversas modificações no curso da história e da evolução do Estado.

6 Se por um lado pode-se dizer que a doutrina civilista teve a grande importância de colocar em relevo, como fez o próprio Savigny, a existência de duas categorias, uma relativa ao direito material e outra relativa ao processo – mesmo que de forma ainda superficial –, abrindo o caminho, portanto, para a polêmica de Windscheid e Muther, é inegável a sua contribuição no plano – certamente muito mais desenvolvido – da ação de direito material, vertente que certamente não pode ser olvidada. No entanto, a utilização do termo ação, ora para designar a consequência da violação do direito subjetivo, ora para nominar o direito de perseguir a realização do direito violado em juízo, demonstrava a mistura de duas realidades, deixando carente de explicação o caso da sentença de improcedência, muito embora, possa se argumentar, que os autores civilistas estavam muito mais preocupados com uma análise das questões relativas ao direito material.

7 A polêmica entre Windscheid e Muther, ao confrontar a *actio* romana com a *Klage* germânica, criou o conceito de ação como direito subjetivo diferenciando-a do direito material. Dessa polêmica, assim como as teorias unitárias que, baseadas no questionamento acerca da participação do processo na formação do direito, deixam o direito subjetivo de lado, também foram fruto dessa polêmica as teorias dualistas, as quais tem no processo apenas um meio instrumental, estabelecendo um liame entre o plano do direito material e a esfera do plano material.

8 Bülow foi extremamente importante ao separar a relação jurídica processual da relação jurídica de direito privado. Além disso, o jurista alemão afirmou de forma peremptória que a relação jurídica processual não somente teria requisitos próprios (pressupostos processuais), como também tinha natureza de direito público. Seu grande mérito foi reconhecer que o processo civil precisava ser teorizado de forma autônoma em relação ao direito privado.

9 A teoria do direito abstrato peca em razão de seu excessivo abstracionismo, conatural à emancipação decorrente da reivindicação de autonomia do direito processual e da ação frente ao direito privado. O problema todo reside em uma perspectiva de exclusão, no sentido de que as duas ações (uma na perspectiva do direito material e outra na perspectiva do direito processual) não poderiam conviver harmonicamente, cada uma teorizada desde o seu plano, buscando-se, num ir e vir, elos entre ambas.

10 Para a teoria de Adolf Wach, a pretensão declarativa é uma das modalidades da pretensão de proteção ao direito, possuindo natureza de direito público, porém diferenciando-se do direito civil e direito processual, para ser enquadrada na modalidade da *pretensão de proteção do direito*, ou, também, do *sistema dos recursos para a proteção dos direitos*. Importante no desenvolvimento da chamada pretensão declaratória negativa é a admissão da possibilidade de buscar a proteção estatal mesmo quando inexistente o direito subjetivo cuja sentença deverá declarar inexistente.

11 Para Chiovenda, a ação se traduz no *poder jurídico de realizar* a condição para a atuação da vontade da lei. Esse poder jurídico, para Chiovenda, é que um direito potestativo, ou seja, o poder do titular do direito de produzir, mediante uma manifestação de vontade, um efeito jurídico no qual tem interesse, ou fazer cessar uma situação desvantajosa, que é direcionado em face do adversário, o qual não está, pois, obrigado a nenhuma prestação, mas sujeito aos efeitos jurídicos da ação.

12 A teoria concreta de Chiovenda não consegue explicar a sentença improcedente, na medida em que, em sendo reconhecida inexistência do direito subjetivo, automaticamente admitir-se-ia que o autor não tinha “ação”. Ao endereçar a ação em face do réu, e não contra o Estado, Chiovenda incorre em um retrocesso dentro da teoria da ação, pois a partir de Bülow se passou a considerar a ação como um direito público, e a relação processual como vinculação com o Estado.

13 Com o objetivo de unir a esfera do direito material com o plano processual e, acreditando que a ação deve corresponder a um suporte fático determinado e individualizado, Liebman condiciona a existência da ação a determinados requisitos, os quais denominou de “condições da ação”, devendo ser analisadas de modo preliminar. Na ausência de uma das condições da

ação, entende Liebman que estar-se-á diante do caso em que o juiz não terá outra saída senão decretar a carência da ação, hipótese na qual o magistrado, em razão de não ter analisado o mérito da demanda, não estaria exercendo um ato de jurisdição, mas tão somente uma espécie de filtragem preliminar, circunstância pela qual concluiu que ação e a jurisdição são dependentes entre si.

14 A teoria de Liebman muito contribuiu para o debate processual em razão de ter traçado de modo preciso a separação entre mérito e *condições da ação*. Todavia, seja qual for o modo escolhido pelo magistrado para declarar a impossibilidade jurídica do pedido, sempre significará que o pedido do autor não procede, analisado, portanto, o mérito em qualquer circunstância.

15 A teoria dualista da ação parte da existência do plano do direito material e do plano do direito processual. No plano do direito material, importa analisar os conceitos de direito subjetivo, pretensão de direito material e ação de direito material. No plano processual tem importância, principalmente, a análise da pretensão à tutela jurídica e da ação processual.

16 Na perspectiva da teoria dualista, não existe direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Desse modo é errôneo afirmar-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo, bem como falaz a alegação no sentido que foram simultâneos.

17 A pretensão de direito material é a posição subjetiva dotada de exigibilidade, tendo, portanto, como titular uma pessoa, possível sujeito de direitos ou de deveres. É o *poder de exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa*.

18 Enquanto o exigir corresponde ao conteúdo da obrigação e da pretensão, necessitando do agir voluntário do obrigado, a *ação de direito material* é um *agir* do titular ativo do direito que visa a sua realização, independentemente da vontade ou comportamento do obrigado.

19 A ação de direito material é, pois, o poder que surge após o exercício infrutífero da pretensão e corresponde à faculdade que tem seu titular de *agir para sua realização*.

20 No plano processual ou pré-processual, não se deve confundir o direito de acesso aos tribunais com o exercício deste direito, que se chama

“ação” processual. O direito de acesso aos tribunais é um *prius* lógico e, conseqüentemente, distinto da categoria a que se dá o nome de “ação” processual.

21 A ação de direito material é afirmada no processo como existente na petição inicial. No entanto, se a ação for julgada improcedente, terá havido, sem dúvida, “ação” processual, de começo ao fim, legitimamente exercida, mas o autor que a exercera não tivera, no caso, a ação declaratória ou constitutiva que afirmara possuir. Daí a dualidade dos planos (processual e material), e a forma como, a partir do estudo da ação e da “ação” encontram-se, na teoria dualista de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva, os vínculos e entrelaçamentos entre direito material e processo.

22 Conforme a teoria monista propagada por Rosebner, toda pretensão processual tem um objeto que não se identifica com o objeto possível do direito material que lhe serve de base. A petição dirigida à declaração de uma consequência jurídica não é independente do objeto da pretensão formulada, pois deve fazer conhecível necessariamente o seu objeto, assinalando o que o autor pretende e em que extensão, se a condenação é a uma prestação, constituição ou declaração.

23 Na doutrina de Carnelutti o conceito de pretensão restou afastada do plano do direito material, deixando de vinculá-la à existência de um direito subjetivo.

24 No entendimento de Jaime Guasp a base social do processo se coloca na reclamação de um indivíduo frente a outro para saber em seguida o tratamento jurídico recebido. O delineamento jurídico desta concepção de processo extrai do dado social a existência de uma atitude de reclamação do homem relativamente aos seus semelhantes. Ao passo que a pretensão jurídica é engendrada pela pretensão em sentido sociológico torna-se uma pretensão de direito. Porém, imediatamente, ao especificar-se seu tratamento em um setor peculiar do ordenamento jurídico, se converte, nitidamente, em algo mais concreto e limitado, ou seja, numa *pretensão processual*, da qual se dedica toda uma instituição jurídica básica, no caso, o processo.

25 Na visão de Darci Ribeiro, a ação processual apresenta-se como um direito público e subjetivo imediato de exercer contra o Estado a pretensão a tutela jurídica. A concepção da ação processual como um direito é um revés do

dever do Estado em prestar justiça e, ao mesmo tempo, como direito público subjetivo fundamental, portanto, de caráter público. Para a realização efetiva e adequada dos interesses legítimos deve ser realizada uma análise concreta acerca das situações subjetivas trazidas ao processo, o que seria obra da pretensão processual, a qual difere ontologicamente da ação processual.

26 Não há grandes divergências no tocante à existência de um *poder de exigir* do Estado que este preste tutela jurisdicional, exercido mediante a ação processual. No conteúdo dessa tutela jurisdicional (elemento de classificação) é que residem as grandes discussões. No entanto, consenso é a possibilidade de classificar as sentenças de procedência (não obstante as divergências sobre a sua natureza no âmbito da tutela jurisdicional) em cinco classes.

27 A classificação ternária não responde às necessidades impostas pelo direito fundamental à tutela efetiva, na medida em que *“toma como base criterios exclusivamente procesales a la hora de clasificar las pretensiones, no tomando em consideración el vínculo existente entre el derecho material y el derecho procesal”*.

28 A classificação quinária pode ser encontrada em Pontes de Miranda, que classifica as ações de direito material - e também as sentenças de procedência -, segundo o quanto de eficácia, em cinco categorias: declarativas; *constitutivas; condenatórias; mandamentais* ou *executivas*.

29 A doutrina de classificação das ações de direito material é uma das mais presentes no direito brasileiro, e deve sua fortuna à obra de Pontes de Miranda e seu desenvolvimento por Ovídio Baptista da Silva. Embora os dois autores classifiquem tanto a ação de direito material quanto as sentenças de procedência, estabelecem, a partir daí, o vínculo entre direito material e processo, dando, na verdade, ênfase ao aspecto do direito material como elemento central para a classificação das sentenças de procedência.

30 A existência da ação de direito material no início da demanda é rechaçada pela teoria defendida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em virtude de que somente no final do processo poderá ou não ser auferida a sua existência. O resultado final do processo não corresponderia à ação de direito material em virtude de que estar-se-ia ignorando a atividade exercida pelo juiz.

31 A doutrina capteneada por Marinoni, destacou a imprescindibilidade da relação entre as formas de tutela e o direito de ação, em razão de ser

mediante este direito que o sujeito poderá obter uma das formas de tutela do direito material. A sentença reflete o “modo” – a técnica – pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos. Através da sentença, é que o juiz aprecia o pedido do autor e, no momento em que o reconhece como procedente, presta a tutela jurisdicional do direito material.

32 O foco exclusivo na *ação material* tem por pressuposto um conceito de processo muito mais ligado ao direito privado e aos indivíduos que figuram na relação jurídica de direito material. Nesse sentido, identifica-se que no Estado Liberal essa teoria tende a prevalecer, na medida em que o conceito de processo tem como ênfase uma ação voltada ao interesse dos particulares e à solução dos seus conflitos.

33 Por se tratar de uma lenta e gradua atenção, as teorias do direito concreto de ação, que embora permaneçam vinculadas à existência do direito material, já concebem um aspecto público à pretensão à tutela jurídica estatal, marcam a ponte entre o Estado Liberal e o Estado Social.

34 A teoria dualista deita sua atenção para o momento pré-processual (ação de direito material) e, pois, para o plano do direito material quando existente lesão ou ameaça de lesão ao direito subjetivo. A teoria da pretensão processual cuida da declaração petítória do autor, na qual vem refletida a ação material, e que irá manter o processo como seu objeto. A teoria das formas de tutela prima pelo momento final do processo, na medida em que está preocupada com a forma de tutela jurisdicional conferida ao autor que tem razão. Por fim, a teoria das formas de tutela dos direitos mira na forma de tutela do direito material, no resultado que decorre do processo, fora, pois, do plano processual.

35 É inegável a existência de categorias como direito subjetivo, pretensão de direito material e ação material. Ignorá-las exigiria uma reconstrução de temas centrais do direito material, como prescrição e decadência, além de uma plausível explicação para os casos em que o titular do direito exige a sua satisfação ou que age para realizá-lo.

36 A teoria de Carlos Alberto Alvaro de Olivera não consegue explicar satisfatoriamente o que dá conteúdo às suas formas de tutela jurisdicional, pois parte exclusivamente de conceitos do plano processo, ao mesmo tempo em que nega a existência de uma ação de direito material.

37 A classificação que parte da pretensão processual afigura-se mais adequada, em razão de não desconsiderar a existência da ação de direito material, bem como se constituir no reflexo jurídico da ação material, a qual é jurisdicionalizada e transformada na pretensão processual para que o Estado possa realizá-la, e ainda, por ser a pretensão processual a declaração de vontade realizada pela parte autora mediante uma petição fundada visando a obtenção de uma sentença.

38 A classificação da pretensão processual resolve o problema da impossibilidade de classificar a ação de direito material com elementos do processo, na medida em que, por estar no plano processual, não há uma incompatibilidade entre aquilo que constitui a eficácia preponderante da pretensão processual e da sentença, pois estão ambas no mesmo plano e, pois, trabalham com os mesmos elementos.

39 A pretensão processual, sem descuidar dos liames entre direito material e processo, inclusive porque, com seus elementos individualizadores desloca o foco da questão da mera afirmação da existência da ação para a causa de pedir e para o pedido, se adapta melhor à ideia de que antes da sentença é impossível falar da existência do direito material.

40 A classificação que parte da pretensão processual também prevalece em relação à teoria que prima pela classificação das formas de tutela dos direitos, uma vez que as formas de tutela dos direitos ficam exclusivamente no plano material como um resultado esperado da tutela jurisdicional conferida pelo processo e, portanto, não conseguem apreender a dinamicidade do fenômeno processual, que trabalha com expectativas de direito, mas que, concretamente, serve-se da pretensão processual como seu objeto.

41 O equilíbrio entre o papel das partes e do juiz no processo, somente poderá ser encontrado se a ênfase quanto ao elemento de classificação da tutela jurisdicional for a pretensão processual, posto que ela tem seu conteúdo delimitado pelo autor e, portanto, não desconsidera o seu papel na formação do processo. Por outro lado, por ser polarizada pela sentença, a qual emana do Estado-juiz, resultada desta tensão a possibilidade do desenvolvimento de um processo mais consentâneo com os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal, cujo papel é indispensável para um processo efetivo e democrático.

Referências

- ABREU, Leonardo Santana. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México: 2000.
- _____. Evolución de la doctrina procesal. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, n. 12-13, 1992, t. II.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. O problema da eficácia da sentença. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.
- _____. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.
- AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos. *Revista Forense*. v.216. Rio de Janeiro, 1966.
- _____. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista Forense*. v.193, p.30-49. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- ARCILA, Carlos Ramírez. *Teoría de la acción*. Bogota: Editorial TEMIS, 1969.
- AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos, moción de valencia y declaración de azul*. 2ª ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Cumulação de ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de processo*. v. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. O potencial transformador dos direitos 'privados' no constitucionalismo pós-88: igualdade, feminismo e risco. *Revista dos Tribunais*. v.882, p. 45-60, abr. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BAPTISTA, Paula. *Compendio de teoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do Brasil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Sairava, 1989.
- _____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*. v.8, n.31, p. 199-209, jul. 1983. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, estado e constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36 n. 142 abr./jun. 1999.

BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Norberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 20ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 7, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (I): a contribuição da prolusione de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.216, p. 57-70, fev. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALLEGARI, André Luís. STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Quinta edizione emendata e aggiornata. Volume primo. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1956.

_____. Giuseppe Chiovenda. *Rivista di diritto processuale*. Volume XIV – Parte I. Anno 1937 – XV. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.

_____. Sistema del diritto processuale civile. Padova: CEDAM, 1936.

CARPI, Federico. Giuseppe Chiovenda professore a Bologna. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

CASTRO MENDES, João de. *O direito de acção judicial*. Lisboa: 1959.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986.

_____. *Instituciones de derecho procesal civil* (istituzioni di diritto processuale civile). 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948.

_____. Adolf Wach. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. III – parte I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1930.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: N. Jovene, 1923.

_____. Azione. In: SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Vol. I. A-CAV. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900.

CIPRIANI, Franco. Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de processo*. Ano 23. n. 90. Abril-junho de 1998. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.93, p. 263-276, jan. 1990.

CORRÊA TELLES, José Homem. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier –Livreiro Editor, 1880.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1951.

CRUZ E TUCCI, José Rogerio. AZEVEDO, Luis Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991.

DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di diritto processuale*. v. 39. Padova: CEDAM, 1984.

DÍAZ, Elías. La universalización de la democracia: los hechos y los derechos. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Enrico Tullio Liebman. V. 27. *Revista de Processo Sao Paulo, rev. dos tribunais*, 1982.

_____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. New York: A. M. Kelley, 1969.

ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação – direito de demanda*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

_____. *Direito de ação. Direito de demandar*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942.

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

FAIREN GUILLEN, Víctor. *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Globalização econômica e reforma constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, p. 11-19, fev. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. In: *Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC*. Ano 4. N. 16 outubro/dezembro 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Paulo de. *Direito processual subjetivo*. São Paulo: s/editora, 1953.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan./mar. 2009.

GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Carência de ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, p. 29-56, out. 2008.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de direito do estado*. N. 4 (outubro/dezembro de 2006) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. La “fortuna” di chiovenda. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXII, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2ª ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985.

_____. *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Tomo primero. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1968.

JAGUARIBE, Hélio. A Democracia de Péricles. In: *A Democracia Grega*. Brasília: UNB, 1981.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5ª Ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

_____. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV (1950). Milano, Dott. A. Giuffè, 1950.

LIMA GUERRA, Marcelo. Condições da ação e mérito no processo cautelar. *Revista de Processo*, n.º 78, ano 20, Abril-Junho de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191-203.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Reconhecimento e garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito Curitiba, fundação da universidade federal do parana*, 1994/95. n. 28.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional: ordem científica (1928-1956)*. Curitiba: Juruá, 2009.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: Imp. Vitoria, 1940-1947.

MANCINI, P S; PISANELLI, G Condatti; SCIALOJA, Antonio. *Commentario del codice di procedura civile: per stati sardi*. Volume IV. Torino: UTET, 1890.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATTIROLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELENDO, Santiago Sentís. *Teoría e práctica del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1959.

MERCADER, Amílcar. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Buenos Aires: EDIAR, 1944.

MIRANDA, Jorge. A democracia representativa: princípios e problemas gerais. *Estudos eleitorais*. Brasília: TSE, 1997.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Florianópolis: Mimeo, 1995.

MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. 7ª ed. volume primo. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1913.

_____. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra Editore, 1890.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MUTHER, Theodor. Sobre a doutrina da “actio” romana, do moderno direito de ação, da ‘litiscontestatio’ e da sucessão singular nas obrigações: crítica ao livro de Windscheid, L’actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: *Polemica intorno all’ “actio”*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954.

NERY JUNIOR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* (processo civil, penal e administrativo) 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Condições da ação. *Revista de Processo*, nº 64, ano 16, Outubro-Dezembro de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciência jurisdiccional. *Revista de processo*. v. 220. Jun/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Reedição. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. In: *Diritto.it*. Disponível em <<http://www.diritto.it/docs/27753-processo-civile-liberale-sociale-e-democratico>>. Acessado em 29 de junho de 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009. LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

OTEIZA, Eduardo. El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal. In: ARAZI, Roland [et. al]. *Debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.

OVEJERO, Mariano. Advertencia. In: ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Medico: Editorial Stylo, 1944.

PALACIOS, Juan José Monroy. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra editores, 2004.

PEKELIS, Alessandro. *Il diritto come volontà costante*. Padova: CEDAM, 1930.

PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale: nelle somme sue ragioni e nel suo ordine natureale*. Vol. I. Parte I. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1864.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PINTO, Victorino. A autonomia da acção. *Justiça*. V. 7. Porto Alegre: Centro da boa imprensa, 1935.

PISANI, Proto. Il processo civil di cognizione a trent'anni dal codice. *Rivista di diritto processuale*, 1972.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. São Paulo: Bookseller Editora e Distribuidora, 1998.

_____. *Democracia, Liberdade, Igualdade: Os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Comentários ao código de processo Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. A acção rescisória contra as sentenças. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934.

PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PUGLIESE, Giovanni. *Polemica intorno all' "actio" di Windscheid e Muther*. Sansoni: Firenze, 1954.

RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, jul. /set. 2011, pp. 97-132.

RAMIRES, Maurício. Aspectos da relação entre a independência judicial e a responsabilidade disciplinar dos juízes por suas decisões – os casos português e brasileiro. *Revista da AJURIS* – v. 38 – n. 121 – Março 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n. 215, p. 61-85, jan. 2013.

_____. Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito UNISINOS: mestrado e doutorado/ orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

_____. A concretização da tutela específica na nova ordem constitucional. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Efetividade da sentença constitutiva. *Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro*. Org. Geraldo Cordeiro Jobim, Marco Félix Jobim, Denise Estrela Tellini. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2010.

_____. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNIINOS, 2009.

_____. Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, anuário/2004*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, Unisinos, 2005.

_____. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.

ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.

SANTOS, Moacyr Amaral. *As condicoes da acao no despacho saneador*. São Paulo: Liv. dos Advogados, 1946.

SATTA, Salvatore. *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964.

_____. Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo. *Rivista di diritto processuale civile*. Volume XIV – Parte I. Ano 1937, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

SAVIGNY, M.F.C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista dos Tribunais*, v.635, p. 7-13, set. 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de processo civil: v.1, t. 2*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Curso de Processo Civil. Volume 1. Processo de Conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A ação condenatória como categoria processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Democracia moderna e processo Civil. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903.

STAFFEN, Márcio Ricardo. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuck de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jurgen Habermas. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 4. Nº 12. Jul/Set 2010. Porto Alegre: HS Editora Ltda, 2010.

STEIN, Ernildo Jacob. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. A cura di R. Guastini e G. Rebuffa. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Dicembre 2003, Anno LVII – n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

_____. Garantias fundamentais da justiziacivil no mundo globalizado. *Revista trimestral de direito civil*. v. 17 (janeiro/março 2004). Rio de Janeiro: Padua, 2004.

_____. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

TESHEINER, José Maria Rosa. Princípio do devido processo em sentido substancial. In: AJDD – Artigos jurídicos e direito em debate. Disponível em <<http://www.ajdd.com.br>>. Acesso em 04/09/2013

_____. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, nº 499.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos modernos do conceito de ação. *Revista dos Tribunais*. v.497. São Paulo, 1977.

VERDU, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. 1. ed. Bolonia: Publicaciones Real Col. España, 1975.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo , v.11, n.43, p. 178-185, jul. 1986.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Estudio preliminar por Niceto Alacalá-Zamora y Castillo. v. 1. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.

_____. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WINDSCHEID, Bernhard. L' "actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno. In: *Polemica intorno all' "actio" di Windscheid e Muther*. Sansoni: Firenze, 1954.

WINDSCHEID, Bernhard. L' actio. Replica a Th. Muther. In: *Polemica intorno all' "actio"*. Traduzione a cura di Ernst Heinitz e di Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.