

**RETOMANDO A POLÊMICA EM TORNO DA AÇÃO: APONTAMENTOS
COMPREENSIVOS A UMA DISPUTA TERMINOLÓGICA¹**

***GETTING BACK THE CONTROVERSY AROUND THE ACTION:
COMPREHENSIVE APPOINTMENTS TO A TERMINOLOGICAL DISPUTE***

Lucas Buril de Macêdo

Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado em Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Processual Civil. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado em Pernambuco. lucasburilmb@gmail.com

Maurício Schibuola de Carvalho

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós Graduando em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogado em Pernambuco. mau0309@gmail.com

RESUMO: A proposta deste texto é, a partir de uma perspectiva compreensiva, demonstrar que há alguma razão nas várias linhas conceituais em torno da ação. Basicamente, o intuito é provar que cada um dos célebres empregos do vocábulo “ação” tentou descrever um fenômeno jurídico diferente, pelo que, ao contrário de serem conceitos incompatíveis e excludentes, eles devem conviver e se complementar para uma percepção total da problemática jurídica. Todavia, certamente convém, por precisão terminológica e para evitar ambiguidades, a seleção de termos distintos para designar cada um dos objetos conceituais.

¹ Artigo recebido em 15/11/2017 e aprovado em 21/03/2018.

PALAVRAS-CHAVE: Ação. *Actio*. Ação Material. Ação Processual. Polêmica.

ABSTRACT: The proposal of this text is, from a comprehensive perspective, to demonstrate that there is some reason in the various conceptual lines around the action. Essentially, the intent is to demonstrate that each of the word “action” famous uses tried to describe a different juridical phenom, whereby, instead of being incompatible concepts which exclude each other, the ideas should be used together to complement each other for a complete perception of the legal problem. However, certainly the most adequate is the selection of different terms to designate each of the conceptual objects, as a requirement of terminological precision and to avoid ambiguities.

KEYWORDS: Action. *Actio*. Action in substantial law sense. Action in procedural law sense. Controversy.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Disputa em torno da Ação na formação da ciência processual; 3. O que é uma Ação; 3.1. Prolegômenos; 3.2. A Ação Material; 3.3. A Ação Concreta; 3.4. O Direito de Ação; 3.5. A Ação Eclética; 4. Ações e a Polêmica sobre a Ação – Um Conflito Terminológico sobre vários conceitos.

1. Introdução

Há cerca de dois séculos, é assunto recorrente na doutrina o estudo da teoria da ação, objeto de relevantíssimos escritos com as mais diversas perspectivas, que têm como marco a antiga polêmica entre WINDSCHEID e MÜTHER. Normalmente, vê-se nos textos sobre ação, sejam aqueles que têm uma pretensão propositiva ou nos que abordam o tema de modo meramente descritivo ou didático, várias linhas dedicadas à polêmica quanto ao verdadeiro significado deste conceito, que tem suma relevância para a ciência processual – chegando parcela da doutrina a apontar ser ele o responsável pelo próprio nascimento do direito processual como objeto de conhecimento autônomo.

Porém, a problemática que circunda a ação foi bem mais além das ideias sustentadas na famosa (primeira) polêmica; a famosa disputa em torno do conceito de ação foi sucedida de tantas outras, com quase tantos conceitos quantos são os autores que

dedicaram páginas ao assunto.² Não foram poucos os juristas que dedicaram esforços para responder à tormentosa questão: *o que é uma ação?*

Todavia, como se costuma repetir, o interesse pelo estudo detido deste tema iniciou-se a partir da publicação do livro “*A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*” por BERNHARD WINDSCHEID, em 1856, que daria vida ao exaltado debate com THEODOR MÜTHER. Ambos os juristas germânicos escreveram textos que, talvez de um modo que não pudessem prever, marcaram vivamente a história da ciência processual, e o protagonista da disputa foi justamente o conceito romano de *actio* – mais precisamente a definição do jurista Celso, reproduzida por Ulpiano, e a sua transição para o direito pandectista. Até este marco temporal, a *actio* era estudada sem contraposição relevante, mas o tema viria a ganhar um papel fundamental na própria afirmação do direito processual como ciência e inaugura a contraposição entre a teoria imanentista e as teorias dualistas.

Muito embora o debate sobre a ação tenha sido travado em um passado que já pode ser qualificado como remoto para a história da jovem ciência processual, isso não significa que sua relevância seja apenas histórica. De fato, com a afirmação da ação de direito processual, ou simplesmente “direito de ação”, e a sedimentação da autonomia da ciência processual, várias outras polêmicas sobre a definição conceitual da ação vieram a lume. Na doutrina italiana, todos os processualistas clássicos dedicaram linhas para tratar do problema e quase invariavelmente colocando-se em conflito diversas concepções do que seria a ação.³ No Brasil, houve um relativamente recente e importante debate, consolidado na coletânea “*Polêmica em torno da ação*”, da qual participaram relevantes nomes do processo civil brasileiro e que oxigenou a clássica disputa.

Neste espaço, pretendemos resgatar, mais uma vez, a problemática em torno da ação. Não há a pretensão de se esgotar os vários conceitos adotados, que cambiam muito em

² “O conceito de ação talvez seja o mais polêmico entre todos os do Direito Processual. Iniciada a divergência há um século, até hoje não se harmonizam doutrinadores sobre o que seja ação” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 17; ver também p. 18, aludindo ao grande número de conceitos).

³ Calamandrei chega a justificar a grande quantidade de controvérsias acerca do conceito de ação na variação da noção de Estado e da respectiva relação entre ele o cidadão, ou seja, a partir da balança liberdade e autoridade que se punha por trás de cada uma das ideias defendidas: CALAMANDREI, Piero. *La relatività del concetto d'azione. Opere giuridiche* – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 429-431. Semelhantemente, aduzindo que a ação, se observada do ângulo público ou privado leva a diversas conclusões: MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1987, v. 47, p. 109.

vários aspectos. Não é exagero afirmar que são quase tantas as cores dadas à ação quanto foram os artistas dedicados a colori-la. Não é uma obra afeita a muitas réplicas, mas a constantes reconstruções e desconstruções. As principais ideias serão, aqui, reunidas em suas linhas mestras, com o intuito de deixar claras suas principais características e o contexto em que foram concebidas.⁴

As noções de ação que serão abordadas detidamente são, em uma apertada síntese, a civilista, a concretista, a processual e a eclética.

Desde logo cumpre fazer uma advertência ao caro leitor: não há aqui a pretensão de eleger ou batalhar por um conceito *correto* – até porque, além de um tanto enfadonho neste ponto, é bastante questionável assumir a correção de conceitos, ao menos sem o estabelecimento prévio de critérios metodológicos a partir dos quais se julgará quanto ao seu acerto, dado que os conceitos são mais voltados à *utilidade* ou *inutilidade* técnica. Aliás, muito ao contrário das várias pretensões exclusivistas que precederam esta construção: busca-se demonstrar que cada um dos conceitos utilizados tem consistência com algum fenômeno jurídico que busca representar e que, por isso mesmo, cada um deles possui sua particular utilidade.

2. A disputa em torno da ação na formação da ciência processual

2.1. Breve relato histórico acerca da origem e da evolução do conceito de ação

Para se compreender as origens do conceito de ação, é essencial saber um pouco do procedimento dos sistemas romanos, cada um mais ou menos referente a uma fase da história de Roma: monarquia, república e império.⁵ Os dois primeiros procedimentos, o do

⁴ Por outro lado, isso significa também que não será o foco da abordagem a preocupação com eventuais carências deste conceito para descrever novas realidades, que é uma questão suscitada por Ada Pellegrini: “A *ação*, por sua vez, como direito (ou poder) à jurisdição, também vem sofrendo mudanças conceituais, conforme as alterações que se notam na configuração de jurisdição. E institutos já conhecidos (como a reclamação aos tribunais), assim como institutos novos (como a antecipação da prova fora da situação de urgência) escapam do conceito clássico de ação, em que alguns se esforçam para enquadrá-los. Há também mudanças no *princípio dispositivo*, em face dos poderes ampliados do juiz – sobretudo, mas não só, nos processos coletivos – e dos poderes das partes, numa nova simbiose entre *público e privado*, que ainda suscita debates estéreis. E não há exercício de ação na justiça consensual” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria do processo. Paulo Henrique dos Santos Lucon; Ricardo de Carvalho Aprigliano; João Paulo Hecker da Silva; Ronaldo Vasconcelos; André Orthman (coord.). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 30). Todavia, como se verá adiante, não parece que o conceito de ação sofra com os problemas suscitados pela autora, uma vez que o conceito é muito mais ligado ao mecanismo para movimentação da jurisdição do que, propriamente, com o conteúdo do que é sindicado no exercício jurisdicional.

⁵ “Para falar verdade, a Roma dos primeiros reis e dos primeiros tempos da república, não se vive o regime da vingança privada. O litigante, se persegue ele próprio e pela sua força pessoal o objecto da sua

sistema da *legis actiones* (ações da lei, que prevaleceu na monarquia) e o da *per formulas* (formulário, que prevaleceu na república) apresentavam duas fases: *in iure*, perante o magistrado, para escolher a fórmula,⁶ e que terminava com a *litiscontestatio*; e *in iudicio*, perante o juiz privado romano ou árbitro (*iudex*), que terminava com a sentença.⁷⁻⁸ A sentença (solução) só podia ser ditada pelo *iudex* de acordo com o fixado na fórmula oral ou escrita.

Posteriormente, no sistema da *cognitio extra ordinem*,⁹ as duas fases foram unificadas em uma só instância e as partes litigavam diretamente perante o magistrado, que deveria proclamar a sentença.¹⁰ Neste último período, foi quando adveio a célebre conceituação de Celso, posteriormente reproduzida por Ulpiano, que foi o conceito de ação adotado por muitos anos:¹¹ *actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio*

reclamação, se age pessoalmente, deve pelo menos submeter-se a certas regras. O Estado obriga-o a fazer controlar a regularidade da sua acção; são estabelecidos magistrados, a fim de presidirem à boa ordem da justiça; são, no período real, o rei, que secunda, duma maneira difícil de precisar, o colégio dos altos dignitários; depois os cônsules; enfim, a partir do ano 367 antes da nossa era, o pretor. O pretor, doravante, recebe no tribunal os cidadãos prontos a fazer-se-lhes justiça; escuta as suas pretensões, autoriza-os, ou não, a prosseguirem a acção; impõe-lhes ordinariamente cessar com toda a violência antes de ter feito verificar a exactidão das suas afirmações por um árbitro, que em Roma usa o nome juiz” (VILLEY, Michel. *Direito romano*. Porto: Rés-Editora, 1991, p. 40).

⁶ “Para designar a fórmula, as fontes utilizam também o vocábulo *iudicium* (senso estático). *Iudicium*, no entanto, possui significado mais amplo, ora indicando o ato de concessão da própria fórmula, outras vezes todo o procedimento (senso dinâmico), ou, ainda, o julgamento proferido pelo *iudex*” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 74)

⁷ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 286.

⁸ “Se o demandado se opusesse, não reconhecendo a pretensão do demandante (através duma *confessio in iure*) nem pactuando uma transação (*transactio*) com o demandante, a fase *in iure* terminava com a designação do *iudex* que o magistrado mandatava para julgar (*iussum iudicandi*)” (JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 299).

⁹ ROSENBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Campinas: Impactus, 2005, p. 29.

¹⁰ “Mais importante do que essa modificação na órbita do processo privado, foi a unificação das instâncias: com a ingerência da *cognitio* extraordinária do *princeps* ou de seus delegados, em determinadas causas que careciam de tutela jurídica, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal (magistrado-funcionário). Assim, a decisão do magistrado, no novo sistema processual, não mais corresponderá a um parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, mas, sim, a um comando vinculante de um órgão estatal.

Desse modo, pela primeira vez na história do processo privado romano, a sentença não significa mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava mais caráter arbitral, mas, em verdade, consubstancia-se na atuação da autoridade do Estado: *ex auctoritate principis*” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 48).

¹¹ O conceito de ação, no entanto, tem emprego anterior, inclusive já dotado de ambiguidade. Sobre isso, é bastante interessante a seguinte passagem: “L’origine relativamente recente di ‘*agere*’ e ‘*actio*’ aiuta a capire quale può essere stato il significato di questi termini o, più esattamente, perché si siano impiegati questi termini per indicare la categoria di atti sopra menzionata. Bisogna ricordare in proposito che è diffusa l’opinione, pur contestata da alcuni autori, secondo la quale si ebbe uno stretto collegamento nell’antico diritto romano tra l’agire nel processo e l’autodifesa privata, intese come l’impiego della forza da parte del singolo interessato per ottenere quello che affermava spettargli. Quet’opinione è in massima da condividere,

quos sibi debeat, ou seja, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido.¹²

Os romanos desconheciam o conceito de direito subjetivo nos moldes atuais,¹³ conhecendo somente a *actio*, a qual seria, “o meio jurídico para cada um pedir a satisfação de suas pretensões”. Assim: “Para dizer que a Tício tocava um direito, diziam que lhe tocava a *actio*”. Desse modo, afirma-se que o sistema jurídico dos romanos foi concebido em função do processo e dos meios oferecidos por este para a tutela dos interesses dos sujeitos.¹⁴⁻¹⁵

Embora até hoje existam divergências sobre o conceito da *actio*,¹⁶ parece que a ideia não buscava representar o que hoje chamamos de ação em sentido processual. Isso significa que o conceito romano de ação remonta à teoria civilista, ficando localizado no

ma essa non spiega l'uso dei termini 'agere' e 'actio', specie se si tiene presente il loro significato generale. La categoria così indicata comprendeva, infatti, anche atti del tutto strani all'impiego della forza; e, d'altro canto, la sfera semantica, sia di 'actio', sia anche di 'agere', se ci si attiene alle fonti che usano questi termini (cfr. *Thes. linguae lat.*, I. 438 ss., 1367 ss.), includeva riferimenti ad atti di forza simili a quelli dell'autodifesa. Questo riferimento c'era, invece, nei termini relativi a singoli atti come 'vindicare' ('*vindicatio*'), 'manum inicere' ('*manus iniectio*') e simili. La spiegazione del ricorso a 'agere' e 'actio' per indicare qualsiasi atto o complesso di atti rientrante nella categoria suddetta deve dunque cercarsi altrove e precisamente, come sembra più probabile, nella constatazione che uno dei significati di 'agere' e 'actio', un significato antico sviluppatosi poi in alcune variante, è quello di 'recitazione di parole' e 'compimento di gesti rituali' (*Thes. ling. lat.*, I. 440-41), e nell'altra constatazione, coerente con la prima, che il più sicuro aspetto comune dei vari atti indicati con quei termini è proprio la recitazione di formulari, talvolta accompagnata dal compimento di gesti prestabiliti. Su quest'ultimo punto tutte le testimonianze relative alla 'actiones' più antiche, le 'legis actiones', e in ispecie quelle di Cicerone, Gaio e Aulo Gellio, sono concordi. Una delle caratteristiche salienti di tali *actiones* era infatti il formalismo, che nelle *legis actiones* meno antiche si estrinsecava nella pronunzia di parole determinate, da ripetersi fedelmente a pena di nullità, e che nelle *legis actiones* più antiche aveva un'ulteriore manifestazione nel compimento di dati gesti, come il toccare l'oggetto della *vindicatio* con una *festuca* o il mettere la mano sulla spalla dell'avversario (PUGLIESI, Giovanni. L'actio e la 'litis contestatio' nella storia del processo romano. *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979, v. 1, 410-411).

¹² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 99.

¹³ Na verdade, mais precisamente, os romanos não se preocupavam em conceituar o direito subjetivo, embora se afirme que eles intuíram esta noção, cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1987, v. 47, p. 109-110.

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 196.

¹⁵ Compara Liebman: “Hoje vemos as coisas de maneira diferente, porque na sociedade moderna a situação se mostra invertida: as relações entre pessoas apresentam-se na forma de direitos e obrigações de uns perante outros e o processo é apenas o conjunto de meios destinados à proteção dos direitos.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 197).

¹⁶ Nesse sentido, Pugliesi afirma que a 'actio' como conceito destinado ao ato ou o complexo de atos com os quais se afirma um direito em face de um adversário, com o fim de obter a satisfação deste direito apenas surgiu no fim do Século I a.C., e que, para representar esta ideia, usavam-se termos como *vindicar* ('*vindicatio*'), 'manum inicere' ('*manus iniectio*'), 'pignum capere' ('*pignoris capio*'), 'in ius vocare' ('*in ius vocatio*'), e semelhantes (PUGLIESI, Giovanni. L'actio e la 'litis contestatio' nella storia del processo romano. *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979, v. 1, 409-410).

plano do direito material,¹⁷ ao contrário do pugnado por parte da doutrina posterior, até mesmo porque não existia à época da Roma Antiga a definição do “direito de ação” e de “relação jurídica processual”.¹⁸ Tomando tudo isso em conta, parece ser mais preciso afirmar que a “*actio* não era direito subjetivo, nem “ação” processual, era uma autorização para o agir privado”.¹⁹⁻²⁰

A crítica ao conceito de ação como agir privado iniciou-se no século XIX.²¹ Trata-se da já referida grande polêmica acerca do conceito de ação, que teve como expoentes WINDSCHEID e MÜTHER, e viria a se tornar um verdadeiro evento precursor da autonomia do direito processual em face do material.

¹⁷ Sobre a célebre definição romana, observa Chiovenda: “Nihil aliud est actio quam sibi debeatur iudicio persequendi” la doctrina teja proposiciones aparentemente diversas, pero todas incluyendo un concepto de acción que podría considerarse mixto o impuro. Algunos la configuraban como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como el derecho mismo en su tendencia a la actuación; algunos como un derecho nuevo y por sí mismo, nacido con la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente en una duplicación inútil del concepto mismo del derecho. Es necesario tener presente este estado de la doctrina para comprender y justificar el famoso trabajo publicado por Windscheid en 1856” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Perú: Instituto Pacífico Editores, 2015, p. 12).

¹⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 52. Inclusive, essa percepção torna-se clara ao se perceber que a noção de relação processual viria a ser desenvolvida na obra de Oskar Von Bullow, a qual, consoante certo consenso doutrinário, seria o marco inicial da ciência processual, por garantir autonomia à disciplina. Nesse sentido, Cândido Dinamarco ao tratar das fases metodológicas na história do processo civil: “A segunda dessas fases (autonomista, conceitual) teve origem em 1868, com a famosa obra de Oskar Von Bullow proclamou em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu –, a qual difere da relação jurídico-material litigiosa por seus sujeitos (a inclusão do juiz), por seu objeto (os provimentos jurisdicionais) e por seus pressupostos (os pressupostos processuais). A sistematização de ideias em torno da relação jurídica processual conduziu às primeiras colocações do direito processual como ciência, afirmado seu método próprio (distinto do método concernente ao direito privado) e seu próprio objeto material (as categorias jurídico-processuais – jurisdição, ação, defesa e processo)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 388)

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 275.

²⁰ Em sentido diverso: “Segundo a concepção romana, a pretensão jurídico-privada, que está na base da *actio*, não passou de um puro REFLEXO do facto de a ordem jurídica, sob certas condições, prometer a outorga de uma protecção jurídica num PROCESSO a iniciar-se com a *actio* (como acto de demanda). Pelo facto de este conceito central de *actio* pertencer simultaneamente ao direito privado e ao direito processual, compreende-se que o direito ‘formal’ (DIREITO PROCESSUAL) e o direito ‘material’ (DIREITO PRIVADO) constituam, para os Romanos, em todas as etapas da sua evolução jurídica, uma UNIDADE mais forte do que constituem hoje em dia” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 57).

²¹ “O estudo do direito das ações somente foi possível após o descobrimento das Institutas de Gaio, em 1816. Naquele ano, Niebuhr descobriu, na Biblioteca Capitular de Verona, o famoso palimpsesto no qual Santo Anselmo escreveu suas especulações teológicas, em cujo fundo, porém, apareceu o texto das Institutas de Gaio. Com isso foi possível restaurar parte do livro IV, que estava desaparecida, viabilizando o conhecimento sobre os primeiros sistemas processuais” (POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 113).

Em 1856, BERNHARD WINDSCHEID, em sua obra “*A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*”, afirmou ser a *actio* romana o poder de agir contra outrem, conferido pelo pretor, que não seria proveniente de direito ou meio de sua defesa, tratando-se de algo similar ao direito subjetivo moderno. Seria, portanto, algo que é possível exigir de terceiro, nas suas palavras, “*la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial*”.²² Justificava que, em Roma, o direito era declarado na fórmula pelo pretor: concedendo a *actio*, o pretor simultaneamente estava declarando o direito. Logo, no direito romano, o sistema não funcionava mediante direitos subjetivos, mas através de *actiones*.²³ Defendia, também, que não é possível se afirmar, como faziam alguns romanistas, a igualdade entre *Actio* e *Anspruch* (pretensão que brota ao direito, independentemente de ser este violado), uma vez que é elemento alheio à pretensão a perseguibilidade judicial.²⁴

Em 1857, THEODOR MÜTHER, em obra intitulada “*Sobre a teoria da actio romana, do hodierno direito de ação, da litiscontestatio e da sucessão singular na obrigação*”, tece críticas às conclusões da teoria de WINDSCHEID, em um tom raivoso e irônico.²⁵ Define a *actio* romana como toda a atividade do autor até o fim do processo, sendo direcionada ao juiz com a finalidade de ter declarado o seu direito preexistente.²⁶ Não seria a *actio* o direito subjetivo material contra o devedor, ou algo que o valha, mas, de modo mais

²² WINDSCHEID, Bernhard. La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. *Polémica sobre la actio*, p. 7.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Polêmicas do processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 279.

²⁴ GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999, p. 23. Ovídio Baptista ressalta o valor da teoria de Windscheid, embora a critique por confirmar a redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações, processo que já se realizara desde a obra dos compiladores de Justiniano (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polémica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 66). Destacando a necessidade de ter cuidado com o conceito de *Anspruch*, que nem sempre significa efetivamente o que conhecemos por pretensão: DINAMARCO, Cândido Rangel. Polêmicas do processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 282.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Polêmicas do processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 280. Aliás, expõe o Professor Dinamarco, quanto à posição de Muther em relação ao autor e à obra criticados, fazendo referência à crítica que este direcionou aos romanistas em geral de explicarem fenômenos antigos com os olhos dos tempos em que se escreve: “Logo no prefácio, o professor de Königsberg declara-se pessoalmente irritado por não ter o adversário manifestado ‘a devida estima a homens que serão orgulho de nossa nação e da ciência ainda em tempos distantes, aos quais eu por isso mesmo venero no mais profundo da alma, como por exemplo Savigny’. Assume, desde logo, uma posição declarada e acintosamente hostil, anuncia que não dará nenhuma resposta a eventual réplica, diz que nada adiantará vir o contendor mais tarde acusá-lo de não ter entendido bem – *o que está escrito está muito claro, Windscheid devia ter sido prudente quando escreveu sua crítica*” (p. 280-281).

²⁶ COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 21-22.

preciso, o direito público de queixa (*klage* germânica), que envolve propriamente o processo e é direcionado ao pretor.²⁷

Aduziu a existência do direito de agir contra o Estado – a *actio* – cuja prestação exigida seria a concessão da fórmula, o que equivale à tutela jurídica. A concessão da fórmula, assim como da tutela jurídica atual, não seria a mesma coisa que a procedência do pedido do autor, embora afirme que apenas tem direito à fórmula aquele que detém a posição de direito material, ou seja, colocava como requisito para a obtenção da fórmula a existência de direito subjetivo prévio.²⁸ Todavia, o efetivo reconhecimento do direito material apenas adviria com a sentença final do *iudex*, e não com a concessão da fórmula pelo pretor.²⁹

Exercido o direito de agir com os seus pressupostos presentes, tem o Estado o dever de conceder a fórmula, para, em seguida, exercer a coação necessária frente ao réu, a fim de que ocorra o cumprimento da obrigação.³⁰ Não era possível ao pretor negar a concessão da fórmula se preenchidas as condições gerais, podendo o requerente fazer queixa contra aquele em caso de negativa arbitrária.³¹ Enquanto o pedido de concessão da fórmula tinha como obrigado o Estado³² ou o pretor, a tutela final consequente obrigaria o particular. Desse modo, vê-se o aparecimento de teoria que separa o direito à tutela jurisdicional do direito subjetivo material do particular.³³

²⁷ LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 217.

²⁸ “A *actio* não era um direito, ou faculdade, tendo por sujeito passivo o adversário, mas um direito perante o magistrado, o qual era obrigado a emitir em favor do autor a fórmula adequada; ela difere do direito subjetivo substancial, seja pela diversidade do sujeito passivo, seja pela observação de que há direitos não amparados pela ação. O ordenamento de Roma não era, pois, como queria Windscheid, um sistema de ações, mas um verdadeiro *sistema de direitos*, tanto quanto os da atualidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas do processo civil cit.*, p. 281). Vale destacar que o excerto é uma explicação do entendimento defendido por Theodor Muther, e não uma tomada de posição do autor.

²⁹ LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 217.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 1, p. 194.

³¹ GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999, p. 24.

³² “Juridicamente o Estado romano é o conjunto dos seus cidadãos; já o diz o seu nome, *populus Romanus* (bem como *civitas* ou *res publica*, derivada de *populus*)” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 116-117).

³³ Sobre as ideias defendidas por Muther, há crítica no sentido de que o autor germânico “não se limitou a atribuir novo conceito à *actio*: ele simplesmente apropriou-se do nome conferido a um fenômeno do direito privado para designar outro pertencente ao direito público” (MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 143). Do mesmo modo, há também quem repete ao autor grande visão: “Por isso é que Muther é o pai de todas as teorias da ação, em que se desvinculam ação de Direito subjetivo” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito subjetivo, pretensão e ação*. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1987, v. 47, p. 119).

Ainda em 1857, WINDSCHEID defende seu ponto de vista, embora acate parte da teoria de MÜTHER, em seu livro “*A Actio. Réplica ao Dr. Theodor Muther*”, somando a ação processual à pretensão de direito material; sem modificar, portanto, o seu entendimento, já que não exclui a *actio* romana do plano do direito privado. *Nota-se que, ao final, actio, para Windscheid, passou a ter dois significados: poder de agir contra outra pessoa e a concessão da tutela processual para assim fazê-lo.*

Percebe-se, aqui, que o debate envolveu, de modo pungente, a relação entre direito material e processo, e, por isso, ganhou grande relevância para a posterior afirmação da autonomia do direito processual.³⁴ Após o aparecimento do primeiro livro de WINDSCHEID e da réplica de MÜTHER, houve muitas obras escritas sobre o conceito e a natureza da ação, mas quase nada de definitivo foi construído.³⁵

Seja como for, o debate gerou certa confusão entre os estudiosos, de modo que não é possível falar em ação, simplesmente, sem alguma ambiguidade. É possível, ou mesmo provável, em um diálogo sobre o tema, se ele não for precedido de um esclarecimento sobre o lugar de fala, que, ao se mencionar “ação”, o sujeito falante invoque uma noção e os seus interlocutores projetem outras ideias, diversas da que se pretende utilizar. A chance de erros comunicacionais, decorrentes da multiplicidade de conceitos atribuídos ao termo, é imensa.

Passa-se a relatar o desenvolvimento das várias ideias em torno do conceito de ação, que, da visão romana de um fenômeno de direito material passa a ser, paulatinamente, transposto para o direito processual, incorporando várias e diversas características. Esta alteração tem uma função retórica estratégica, que se passa a analisar.

³⁴ “O mérito fundamental dessa disputa, aquele que resume em si todos os demais, foi o de despertar a ciência jurídica para a importância do direito público, se não acima ao menos ao lado do direito privado; a partir daí, haveria de ser breve o passo para a fundação de um verdadeiro *direito processual científico e sistemático*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas do processo civil. Fundamentos do processo civil moderno*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 282).

³⁵ Afirmação emblemática de PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 17.

2.2. A retórica da declinação da ação material como uma estratégia de legitimação da ciência processual

Não são poucas as obras de Teoria Geral do Processo que abordam, em proposta de perspectiva *evolutiva*, as várias teorias sobre a ação.³⁶ E isso tem um significado relevante.

Nelas, costuma-se iniciar pela *actio* romana, referida como pertencente à teoria sincrética ou imanentista da ação ou, simplesmente, como ação civil. Nesta teorização, afirma-se que não se havia percebido, ainda, que a ação seria um fenômeno que transborda o direito material, alocando a ação nesta seara. Ao se mencionar a ação (*actio*), sob essa perspectiva, faz-se referência a uma categoria de direito material, que é algo mais que o direito em si, mas um verdadeiro estado em que seu titular poderia impor ao sujeito passivo a situação jurídica de que é titular. A ação civil é uma manifestação da autotutela, e assim o é diante da permissão dada aos particulares para que, por si, defendessem os seus direitos.

A esta teoria contrapõem-se as teorias autonomistas, que passam a transpor o direito substancial e alocar a ação no plano processual. Inicialmente, destacou-se a teoria concretista da ação, com ilustres processualistas em suas fileiras, como ADOLF WACH e GIUSEPPE CHIOVENDA. Segundo a ideia de ação autônoma e concreta, a ação seria o direito a uma sentença de procedência – devendo preencher as *condições da ação* para o reconhecimento do direito.³⁷ Portanto, nesta linha conceitual, a ação desprende-se do direito material, sendo deslocada para o processo, mas essa cisão não é completa, uma vez que a ação pressupõe a sentença de procedência, isto é, o reconhecimento da existência do direito material.

Avançando, vê-se a teoria autonomista e abstrata da ação, onde a dissociação entre direito material e processo chegaria ao seu ápice. Conforme esta teorização, comumente imputada a DEGENKOLB e PLÓSZ – que teriam, sem comunicação, pensado a teoria, cada um autonomamente e ao seu modo –, a ação seria um poder processual que nada tem a ver com a efetiva existência do direito material afirmado. Isso significa que a ação, conforme a teoria autônoma e abstrata, é erigida a um conceito puramente processual, significante do poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional, independentemente da efetiva

³⁶ “O grande mérito das modernas pesquisas científicas consiste não só em distinguir com nitidez o direito subjetivo e a ação, como também em definir o nexu que os une” (BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 110).

³⁷ Interessante perceber que as condições da ação estiveram presentes desde a própria concepção da ação, variando de sentido conforme a respectiva teoria da ação, cf. COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 17.

existência de qualquer situação jurídica material.³⁸ Haveria, portanto, exercício da ação mesmo nos casos de improcedência, isto é, quando a decisão judicial concluísse pela inexistência do direito material afirmado.³⁹

Pois bem. Essa breve digressão serve a um propósito: destacar que *a afirmação da ação processual, com a conseqüente morte da ação material, serviu a um propósito científico e estratégico específico: desvencilhar o direito processual civil do direito material, tornando-o mais do que um mero capítulo deste e afirmá-lo como uma ciência autônoma. De fato, a noção de actio acabou sendo um peculiar cabo-de-guerra entre os defensores da autonomia do direito processual que, para consagrar a sua ciência, modificaram um velho conceito, transformando-o na representação de um fenômeno diverso e que não se confundia com aquele que o termo romano buscava representar.*⁴⁰ Partiu-se da *actio* romana até, através da defesa da supressão dela, alcançar-se o chamado direito de ação.

Perceba-se que não se defende aqui que este foi o único propósito da virada conceitual em torno da ação, o que seria escandaloso e absurdo. De fato, a noção de ação processual defendida teve o desiderato de deixar claro que seria possível a todos e a qualquer um ir ao Estado pleitear a tutela jurídica e, por conseguinte, estabelecer o dever deste de, ao menos, outorgar uma resposta. Desse modo, a ação processual veio também para cumprir uma função legitimadora de cunho político, a de firmar o dever estatal de responder a todos que se afirmem titulares de um direito.⁴¹

³⁸ Descreve Chiovenda as teorias de Degenkolb e Plosz: “...considerando que también aquel que por último pierde la litis, sin embargo, es admitido a promoverla y a conducirla, y buscando fuera de la litis un fundamento jurídico a este poder, lo determinaron en el derecho de accionar en juicio, derecho subjetivo público, independiente de la correspondencia efectiva de un derecho privado, también por alguno de estos escritores llamado ‘abstracto’” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Perú: Instituto Pacífico Editores, 2015, p. 15).

³⁹ PEKELIS, Alessandro. A Ação. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1941, v. II, ano 1, p. 66-89. Alessandro Pekelis vê como ponto em comum entre as supracitadas teorias da ação a apresentação de situação de vantagem do indivíduo em relação ao Estado, enquanto como ponto de divergência a comparação da ação com outras situações de vantagem existentes no ordenamento jurídico, principalmente o direito subjetivo.

⁴⁰ Nesse sentido, vê-se, entre muitos outros, ao tratar da evolução do conceito de ação, a seguinte afirmação: “Desde a segunda metade do século XIX, com a renovação dos estudos científicos, acentuaram-se, sobremaneira, a função elevada e independente do Direito Processual, especialmente o Civil, e seu importante valor social”, e, depois, a seguinte conclusão: “Determinou-se, então, e conseqüentemente, a *autonomia da ação* que, desvinculando-se da concepção civilística clássica, na qual se fazia elemento do direito subjetivo material, passava a configurar-se como direito – *direito de ação*” (TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 7-8).

⁴¹ Destacando a importância histórico-política da processualização do conceito de ação: PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 51-52.

E não é só isso. Há também uma justificativa teórica.

O conceito de ação estava ligado, mesmo em Roma, à realização do direito. Pragmaticamente, ao menos no início da história, essa realização fazia-se através da autotutela. O próprio sujeito poderia tutelar o seu direito, o que destaca a noção de impositividade. A partir do momento em que se viu uma modificação na efetivação dos direitos, que saíram, numa observação prática, da realização pelo próprio titular para o monopólio da sua efetivação pelo Estado-juiz, tem-se um dado relevante que precisa ser levado em conta pela ciência jurídica. De fato, houve uma mudança jurídica relevante a impulsionar o movimento do conceito de ação: se, *antes*, o agir privado era autorizado, antes ou após o referendo judicial, levando à obviedade da necessidade de um conceito jurídico que o representasse; *depois*, viu-se o próprio agir privado *proibido de um modo geral*, tornando-se ilícito e sendo a efetivação das situações de vantagem quase que completamente internalizada na atuação jurisdicional. Essa modificação nos sistemas jurídicos motivou o redesenho realizado na doutrina. Assim, do ponto de vista teórico, o deslocamento do conceito de ação se deu por uma compreensão da pragmática – notadamente, a mudança na dinâmica da tutela dos direitos, que saiu da autotutela para a heterocomposição estatal

Pois bem.

Se o conceito de relação processual foi a base para a construção científica do direito processual civil, a ação processual serviu, por sua vez, como fundamento inevitável da relação processual: trata-se do ato que lhe origina. Ora, como à época o conceito de ação que se conhecia era justamente o pertencente ao direito material, não haveria como desenvolver a nova ideia, e com ela a ciência processual, sem antes eliminar o velho conceito. Uma fatalidade necessária.

Contudo, como se percebe desde a resposta de WINDSCHEID a MÜTHER, o conceito de ação como ato inaugural da relação processual não necessariamente abnega o conceito de ação como impositividade de uma situação de vantagem. Todavia, diante da necessidade de afirmação de uma nova ciência, nada mais adequado do que reclamar um conceito tão importante à civilística e torná-lo um símbolo da recém-inaugurada ciência processual.

Como se percebe, a “morte” da ação material decorreu de um específico contexto histórico e problemático, no qual a continuidade da ciência processual dependia da abnegação do vínculo entre direito material e processo. Estrategicamente, seria, naquele

contexto, bastante difícil, senão realmente impossível, fazerem companheiras as ações de direito material e de direito processual.

Amadurecida a ciência processual, coube a PONTES DE MIRANDA, no Brasil, e diante de sua ligação íntima com o pandectismo alemão, resgatar – ou ressuscitar? – o conceito e demonstrar, pioneiramente, a possibilidade de seu harmonioso convívio com a ação de direito processual. Em seguida, será demonstrado que, cientificamente, não há qualquer consistência na eliminação da ação material: sem ela, a representação do fenômeno jurídico é incompleta.

Para que isso fique claro, passa-se a analisar os respectivos conceitos de ação, além da ideia liebmaniana de ação eclética, nos moldes como compreendidos pelos seus defensores.

3. O que é uma ação?

3.1. *Prolegômenos*

Como já ficou demonstrado, o conceito de ação é cambiante; na verdade, o termo ação tem diversos significados, havendo muita poluição semântica em seu uso: ora ligado ao direito material e ora ligado ao direito processual. O uso do vocábulo “ação” pela doutrina e pela legislação têm quatro principais usos, quais sejam, *i*) ação de direito material, *ii*) ação concreta e *iii*) ação processual ou direito de ação; e *iv*) ação eclética. Além disso, ação também é utilizada para se referir ao meio processual específico utilizado (remédio jurídico processual; tutela específica; procedimento). Os vários significados são totalmente distintos e o uso indiscriminado do termo acaba levando a dificuldades comunicativas, na exata medida em que o falante pode pressupor um significado imputado ao termo enquanto o interlocutor interpreta-o doutra forma.⁴²

Neste texto, a preocupação principal é a assunção de uma postura compreensiva, com o que se demonstrará que a disputa em torno da ação, ao invés de ser uma grande batalha conceitual da mais alta relevância para o direito processual, como seu destaque histórico

⁴² Aliás, justamente por isso, Pontes de Miranda, ao se referir à ação de direito processual, preocupava-se em utilizar a palavra “ação”, entre aspas, a fim de distinguir da ação em sentido material – talvez o uso historicamente mais congruente do termo. Ver, assim: “A ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Bookseller: Campinas, 1998, p. 45).

parece conotar, não passa de um conflito *terminológico*; isto é, busca-se demonstrar que a preocupação dos que enaltecem um dos significados é mais em defender um dos seus variados sentidos, em detrimento de outros, como aquele merecedor de ser albergado pela palavra ação – sem, no entanto, negar efetivamente os fenômenos descritos pelos outros conceitos. Quer-se afirmar aqui, enfim, que *o debate sobre a ação centrou-se na pretensão de exclusividade semântica do termo e não numa percepção necessariamente completa do fenômeno jurídico*. Com isso espera-se provar que cada um dos significados dados à ação tem alguma relevância para a compreensão do ordenamento jurídico, pelo que, ao contrário de se excluírem, devem ser somados para uma perspectiva correta e adequada.

Antes, todavia é preciso explorar cada um dos usos dados à ação, tendo como base os seus principais expoentes.

3.2. A ação material

3.2.1. Distinção entre direito subjetivo, pretensão e ação material

Para entender o conceito de ação *de direito material* é essencial, primeiramente, saber distingui-la da pretensão e do direito subjetivo. Tais conceitos são comumente tratados de modo confuso na doutrina, variando bastante o significado.⁴³ Para evitar que este problema acometa esta pesquisa, passa-se a delinear o significado de tais importantes conceitos consoante a *teoria do fato jurídico*.⁴⁴

O direito subjetivo, como qualquer outra situação jurídica,⁴⁵ dá-se no plano do pensamento; o direito existe ou não existe, pois é um produto da incidência normativa,⁴⁶⁻⁴⁷ ao contrário do que se dá com a sua aplicação, que deve ser implementada no mundo fático

⁴³ Ver, por exemplo, vários conceitos célebres de direito subjetivo expostos em: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito subjetivo, pretensão e ação*. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1987, v. 47, p. 110-116.

⁴⁴ Para uma visão mais completa deste marco, é imprescindível conferir: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, tomo V. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁵ Conceitua Carnelutti a situação jurídica da seguinte forma: “Al ser el interés una posición del hombre, el interés jurídicamente protegido o jurídicamente subordinado constituye lo que se llama situación jurídica. La situación jurídica es, por ello, elemento de la relación, que se compone de dos situaciones combinadas” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uteha, 1944, v. 1, p. 29.).

⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 279.

⁴⁷ Destaca Leonardo Santana de Abreu que ainda hoje se controverte sobre a existência do próprio direito subjetivo, porém com bem menos vigor que antigamente (ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 115). Ainda sobre o direito subjetivo fala o autor: “Por caracterizar-se como uma posição estática, ou uma categoria jurídica estaria, pode ser representado pelo verbo ‘ter’” (Idem, p. 116).

e está sujeita a imprecisões – podendo-se chamar de injustiça a diferença entre o direito efetivamente existente e a sua aplicação.⁴⁸ O funcionamento do direito – portanto, no plano normativo – dá-se da seguinte forma: há a incidência da norma quando houver a ocorrência do fato previsto em sua hipótese fática, o que gera o fato jurídico; o fato jurídico, por sua vez, produz a eficácia prevista na norma, gerando uma situação jurídica; a situação jurídica mais comum é a relação jurídica,⁴⁹ e, nesta, usualmente vê-se como conteúdo um direito de um sujeito em relação a outro, que possui um dever, sendo esta a primeira fase da relação; havendo exigibilidade, nasce a pretensão,⁵⁰ em contraposição à obrigação; finalmente, a relação pode desenvolver-se para um estado em que é possível a sua imposição, estado este que é chamado de ação (de direito material), a que se contrapõe a situação de acionado, sendo de se destacar que a ação normalmente ocorre quando a pretensão não for satisfeita.⁵¹ Em alguns fatos jurídicos, as relações jurídicas decorrentes se dão em ponto cronologicamente diferenciado, isto é, as situações de detentor de direito, pretensão e ação material ocorrem paulatinamente; noutras relações (*rectius*: fatos jurídicos), no entanto, o direito, a pretensão e a ação material nascem concomitantemente. Assim, define-se a ação, de modo resumido, como a “inflamação do direito ou da pretensão”. É também por isso que o mesmo autor recomenda evitar o uso da expressão “direito de ação”, a fim de evitar a confusão entre a ação material e as situações que ela origina.⁵²

Em apertada síntese, a diferença entre a ação e a pretensão é que a primeira tem o caráter de impositividade, enquanto a segunda, de exigibilidade; isto é, a pretensão dá poder ao sujeito ativo da relação jurídica de exigir do sujeito passivo o adimplemento da obrigação, que, caso não cumprida, faz surgir a ação, ou seja, o poder de o titular fazer a

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 60-62.

⁴⁹ Há relações jurídicas processuais e materiais. Distingue Marcos Bernardes de Mello: “No que respeita ao conteúdo eficaz, a relação jurídica de direito material produz direitos e pretensões, eventualmente, ações e exceções que se podem subjetivar, e são oponíveis a sujeitos de direito determinados, ou determináveis, ou a sujeitos passivos totais (alter), conforme sua natureza. Na relação jurídica de direito processual, diferentemente, os direitos e deveres, pretensões e obrigações, portanto, nascem dentro da relação, jamais se projetando para além de seus limites. Os sujeitos de direito são somente aqueles que sejam, no momento, termos na relação (o juiz, o autor e o réu)” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236).

⁵⁰ “A palavra pretensão, conquanto se possa restringir sua compreensão ao emprego utilizado no universo jurídico; ainda assim é polissêmica” (ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 123).

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Bookseller: Campinas, 1998, p. 46.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. V, p. 482.

sua posição jurídica realizada independentemente da colaboração do sujeito passivo.⁵³ O exercício da pretensão pressupõe agir voluntário do destinatário do dever jurídico – cumprimento da prestação –, enquanto a ação supõe ato do titular do direito para a sua realização, independentemente da vontade do obrigado.⁵⁴ Utilizando-se de exemplo de PONTES DE MIRANDA: “se digo ao vendedor que 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”.⁵⁵

Firmando uma linha lógica, em regra, temos que primeiro ocorre o fato, que atrai a incidência da norma, permitindo categorizá-lo como fato jurídico, o qual tem por eficácia o surgimento do direito subjetivo, que pode se tornar exigível (pretensão) e, em caso de não cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo da relação, transforma-se em impositivo (ação de direito material). Há, por sua vez, situações jurídicas correspondentes no polo passivo, quais sejam, respectivamente: o dever, a obrigação e a situação de acionado.

Toda ação de direito material exige a prévia existência de um direito subjetivo, o contrário não é verdadeiro.⁵⁶ É possível ter direito subjetivo sem ação e pretensão, a exemplo do caso da titularidade de crédito ainda não vencido e dos direitos mutilados – como, por exemplo, a dívida oriunda de jogos de azar.⁵⁷ Nesse caso, tem-se o direito subjetivo ao crédito, mas não é possível ainda exercer a pretensão ou a ação, devido à falta da exigibilidade e impositividade, características da pretensão e da ação, respectivamente.⁵⁸

⁵³ Exigere (ex, ago) significa empurrar, reclamar, empuxar, com o fito de que o obrigado cumpra, operar fora para que o obrigado seja exato. Acionar, agere, sem o ex, não: é ir por si, já sem querer mover o obrigado. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, cit., p. 101)

⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., p. 64.

⁵⁶ Nesse sentido: “ao se falar em ação fala-se em uma posição de direito substantivo, então é possível e correto falar em “ação possessória”, “ação ressarcitória”, “ação reivindicatória”, “ação inibitória” etc. Sendo certo que, em todos os exemplos suscitados, o termo ação está empregado em seu sentido material” (MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. A obrigatoriedade da denúncia da lide e os novos aportes teóricos para sua compreensão: uma análise do atual e do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, 2013, v. 225, p. 84).

⁵⁷ Sobre os direitos mutilados, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. VI, p. 40-42.

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 171.

3.2.2. A concepção da ação de direito material

Em decorrência da vedação da justiça de mão própria (autotutela), a ação de direito material normalmente é exercida por meio do exercício da ação processual (pretensão à tutela jurídica) – o que, evidentemente, torna sua visualização mais difícil, na medida em que estaria anteposta à pretensão à tutela jurídica. Já que não pode o próprio titular da situação de vantagem impô-la frente ao sujeito passivo por ato próprio, ele pede ao Estado-juiz para implementar sua ação.⁵⁹ Este, reconhecendo como “procedente a ação”, a satisfaz, concretizando-a. Faz do direito um fato. Isso significa que a ação material é afirmada no exercício da ação processual, cabendo ao Estado-juiz, após certificar a existência daquela, efetivá-la.

Porém, nem sempre para exercer a ação material será necessário impulsionar o Estado para que este preste a tutela jurídica, em alguns casos não é preciso afirmar a ação material por meio de uma relação jurídica processual.⁶⁰ Por exemplo, existem hipóteses nas quais o próprio ordenamento jurídico permite a utilização da justiça de mão própria, surgindo do fato jurídico o direito subjetivo, a pretensão e a ação material simultaneamente. Nesses casos, haverá exercício da ação de direito material sem a necessidade de utilização da via processual. Alguns exemplos: no direito civil, desforço imediato para proteção da posse (art. 1210, § 1º, CC/2002), legítima defesa (art. 188, I, CC/2002), direito e ação do proprietário de cortar os ramos de árvores que ultrapassem o limite vertical do prédio vizinho (art. 1.283, CC/2002); no direito administrativo, a própria autoexecutoriedade dos atos administrativos, a exemplo da interdição de um estabelecimento; no direito penal, o estado de necessidade (art. 24, CP).⁶¹

O que a ação de direito material busca descrever é algo bastante diverso da ação processual. Com a ação material quer se designar um estado do direito subjetivo que, mais do que exigir (pretensão), o seu titular pode fazer o direito se impor. Tal fenômeno é analiticamente indispensável: não se pode confundir a *pretensão*, quando apenas é possível exigir o cumprimento do dever, com o momento em que o sujeito pode requerer ao Estado que faça sua situação jurídica realidade, independentemente da vontade ou cooperação do

⁵⁹ “As ações exercem-se em juízo ou fora dêle. Quem fala de ações, no sentido do direito material, que é o próprio, sômente por *associação* (fato psíquico, extrajurídico) alude à Justiça estatal, ou à própria auto-tutela” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. VI, p. 74).

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. V, p. 478.

⁶¹ Os exemplos são fornecidos por: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 111.

sujeito passivo. Então, parece evidente que os sistemas jurídicos, de um modo geral, diferenciam a mera titularidade de uma situação de vantagem juridicamente relevante; a existência de uma situação de vantagem em que se pode exigir o cumprimento de seu conteúdo, mas que depende da colaboração do devedor para sua realização; e, finalmente, uma situação de vantagem que se pode fazer impor, normalmente mediante atuação do Estado-juiz.⁶²

Aliás, a relevância dessa distinção entre o estado da pretensão e o da ação (imposição) é tão relevante que FRANCESCO CARNELUTTI, ao elaborar sua teoria do direito, que embasa sua concepção de processo, trabalha com a noção de pretensão e, também, com a de *pretensão resistida*, sendo esta indispensável para a ação (em sentido processual).⁶³ Ora, feito um giro para a teoria do fato jurídico, percebe-se que a *pretensão resistida* nada mais é do que o principal fato gerador da *ação em sentido material*, na medida em que retira o direito do grau de exigibilidade e lança-o no de impositividade. Portanto, CARNELUTTI, a partir de uma construção teórica completamente diferente da teoria do fato jurídico, propôs um conceito – certamente diverso – para descrever o mesmo fenômeno jurídico.

São muito comuns as críticas que buscam negar a ação material através de uma preocupação com outros fenômenos, como a decisão de improcedência ou a ação declaratória negativa.⁶⁴ Todavia, tais críticas não são capazes de infirmar a existência de

⁶² Embora trabalhe com conceitos completamente diferentes, a percepção do fenômeno não foi menos exata nas lições de Proto Pisani, como se percebe na seguinte passagem: “In tutte e ter le ipotesi di violazione indicate si è alla presenza di una mancata di cooperazione da parte di un soggetto obbligato, mancata cooperazione che impedisce al titolare della situazione di vantaggio di ottenere tutte quelle utilità che il diritto sostanziale gli attribuisce. Stante il divieto di autotutela privata, il titolare del diritto deve pertanto necessariamente ricorrere al processo, strumento col quale chiedo allo Stato – rappresentato dal giudice – un provvedimento che gli consenta di godere della *res* nonostante la mancata cooperazione doverosa dell’obbligato” (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5 ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 30).

⁶³ “Puede ocurrir que, ante la pretensión, el titular del interés opuesto se decida a su subordinación. En tal caso, la pretensión es bastante para determinar el desenvolvimiento pacífico del conflicto. Pero con frecuencia no sucede así. Entonces, a la pretensión del titular de uno de los intereses en conflicto se opone la resistencia del titular del otro (infra, núm. 124). Cuando esto ocurre, el conflicto de intereses se convierte en litigio. Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uteha, 1944, v. 1, p. 44).

⁶⁴ Contra a noção, “objetou-se que, nos casos em que o autor fosse vencido, isto é, ficasse reconhecido não ter ele o direito subjetivo alegado, restaria sem explicação qual o direito que lhe permitira movimentar a máquina estatal até aquela conclusão. Vale dizer, ficava sem explicação todo caso de ação julgada improcedente, porque a conclusão final seria a de que o autor não tinha direito subjetivo e, portanto, não tinha direito de ação. Ficava também sem explicação a ação declaratória negativa, porque ela se funda precisamente na inexistência de um direito subjetivo material. A manifesta insuficiência dessa doutrina levou-

uma ação material, mas denuncia a necessidade de outro conceito para descrever outro fenômeno: o da movimentação do aparato judiciário para a prestação de tutela jurisdicional.

Realmente, a tentativa de explicar qualquer parcela do fenômeno processual através do conceito de ação material será fadada à frustração e ao erro, pois não é a isto que o conceito substancial de ação serve. Da mesma forma, o conceito de ação processual é insuficiente para descrever o estado de impositividade do direito material.

3.3. A ação concreta

Os concretistas, embora insiram o conceito de ação no âmbito processual, se diferenciam das demais correntes doutrinárias por entenderem estar o exercício da ação relacionado a uma sentença de procedência. Como afirma ADOLF WACH, a ação é a realização de direitos e de pretensões materiais, o que se dá no processo.⁶⁵ Analisando estas ideias, LIEBMAN aponta o mérito desta teoria em colocar o problema em bases modernas e de balançar profundamente as opiniões tradicionais, imputando também ao autor alemão ter conseguido “demonstrar de modo definitivo” a autonomia da ação em relação ao direito material.⁶⁶

Visualiza WACH um direito público exercido frente ao Estado, o qual deve outorgar a tutela, que se dá contra a parte contrária. Ressalta não ser esse direito público emanado de direito privado subjetivo, e nem se confunde com a faculdade, com natureza de direito público, de demandar.⁶⁷ Além disso, o jurista alemão vislumbra que o direito subjetivo deve ser passível de realização e comprovação quanto ao seu conteúdo e à efetividade que

a ao abandono pela quase totalidade dos processualistas atuais” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 18).

⁶⁵ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. por Dr. Juan M. Semon, p. 21. São defensores dessa corrente, também, Schmidt, Hellwig, Pohle e Büllow, cf. COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23.

⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 39-40.

⁶⁷ “La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad, del derecho público, de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico, sostenga una pretensión de protección del derecho. Frente al derecho civil, esta pretensión es independiente en cuanto a sus requisitos previos, sujeta a configuraciones concretas y extraprocerales de hechos, independiente en sus relaciones subjetivas, en su contenido y en su realización. Es el objeto inmediato del proceso civil” (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*, cit., p. 39).

lhes seja atribuída, não se restringindo, por outro lado, a uma conduta ou prestação do devedor da relação obrigacional.⁶⁸

Assim, defende ter o conceito de pretensão, formulado por WINDSCHEID, substituído o de *actio* dos romanos, que não teria mais lugar no ordenamento jurídico atual. Logo, se antes era pronunciada a prescrição da ação, passou-se a pronunciar a prescrição da pretensão.⁶⁹ Ao tratar especificamente da ação declaratória, o jurista alemão afirma que o interesse declaratório se justifica pelo valor que tenha para o autor uma sentença favorável.⁷⁰

GIUSEPPE CHIOVENDA, famoso jurista e tido como o responsável por fundar o novo pensamento científico processual italiano, critica a teoria de WACH, afirmando ser equivocado colocar o Estado como sujeito passivo da ação, pois nenhum litígio o contrapõe aos litigantes. Além disso, embora a ação reconheça a existência de direitos subjetivos públicos, ela expressa remédio empregado para produzir certos efeitos perante o adversário.⁷¹⁻⁷²

Todavia, apesar de crítico, utiliza-se das bases da teoria concretista de ADOLF WACH, entendendo que a ação é o direito a uma decisão favorável, mas elabora a ideia de que a ação é direito potestativo, condicionando o seu exercício à atuação da vontade concreta da lei – elemento bastante presente em sua concepção de processo.⁷³ E, assim, o processualista italiano ilustra a sua visão: “quando dizemos ‘Tício tem ação’, pois, com

⁶⁸ “El axioma del cual debemos partir en el orden jurídico actual, es el siguiente: todo lo que persigue la ley civil, el ordenamiento legal de la convivencia social de los individuos entre sí, debe ser realizable, porque la ley lo quiere y tal como la ley quiere. Los derechos subjetivos deben ser susceptibles de realización y comprobación en cuanto a su contenido y la efectividad que les ha sido atribuida. Lo que llamamos la accionabilidad del derecho, su realizabilidad compulsiva, es sólo la expresión de la afirmación del derecho pero, no reducido a una conducta determinada o una prestación del deudor, y no informa sobre la medida y el modo de realización y comprobación, o de la compulsión.” (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*, cit., p. 46).

⁶⁹ “Él (Windscheid) conquisto un lugar al concepto de la pretensión, em contra de la *actio* que no tiene aplicación em nuestro derecho. La *actio* nata cedió su posición a la pretensión, la prescripción de la acción judicial a la prescripción de la pretensión” (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*, cit., p. 46-47).

⁷⁰ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*, cit., p. 109.

⁷¹ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 60.

⁷² Afirma Chiovenda: “Esto y no outra cosa entendemos que es la acción; de donde inmediatamente aparece 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 la voluntad del particular se encuentre en dicha relación con la voluntad colectiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 11).

⁷³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 24.

isso, entendemos indicar o direito de Tício de obter um resultado favorável no processo”.⁷⁴ Então, CHIOVENDA, colocando expressamente a sua discordância aos abstrativistas, defende *não haver dúvidas da possibilidade de qualquer pessoa – com ou sem razão - ir a juízo, porém essa possibilidade não é a ação, restringindo-se esta ao direito a um resultado favorável no processo.*

Além de tudo isso, um ponto de grande relevo na teoria de CHIOVENDA é a classificação da ação como direito potestativo,⁷⁵ que, se preenchidas as condições da ação, pode ser exercido pelo credor da relação jurídica material para conseguir a decisão ao seu favor.⁷⁶ Lembre-se que direito potestativo é aquele capaz de ensejar, por seu exercício, uma criação, alteração ou extinção de relação jurídica. Assim, a ação seria o poder jurídico do indivíduo de poder produzir determinados efeitos, provocando a atuação da vontade da lei em face do adversário.⁷⁷⁻⁷⁸

Note-se que foi a teoria concreta a primeira a se referir às condições da ação.⁷⁹ Desse modo, para o jurista italiano, as condições da ação seriam as condições necessárias para que o juiz declare a ação existente e dê o pronunciamento favorável ao autor, considerando-as questões de mérito.⁸⁰⁻⁸¹ Diversamente, enquanto o preenchimento das condições da ação, indispensáveis para a existência da ação, leva à sentença de

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Adotaram a ideia, além de Calamandrei e outros processualistas italianos, no Brasil, em crítica a Liebman e Machado Guimarães: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 24-25

⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 28.

⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 29.

⁷⁸ Conforme afirma Satta, não necessariamente a ação pertence ao autor, “uma possibilidade de ação é reconhecida ao réu em certos casos (reconvenção), assim como, muitas vezes, reconvém por via de exceção verdadeira e própria”. (SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 1, p. 179.) Ainda: “Se o juiz disser que a ação não tem razão de ser, dirá que o ordenamento se concretizara (a ação do réu se era adequada), mas o dirá através de um juízo que será sempre aquele que concretizará o ordenamento” (Idem, p. 163.)

⁷⁹ COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.

⁸⁰ As condições da ação não diferenciam de uma teoria para a outra, o que pode ser conferido no seguinte trecho: “Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1.º a existência de uma vontade da lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2.º a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3.º o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 66).

⁸¹ No mesmo sentido: “Realmente as condições da ação são mais simplesmente condições da sentença favorável, se ousarmos manter esses termos” (SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 167).

procedência, a presença dos pressupostos processuais conduz apenas ao pronunciamento judicial – favorável ou desfavorável.⁸²

O mestre italiano, na tentativa de provar a autonomia do direito de ação, diferencia ação de obrigação, embora as considere vinculadas, consistindo aquela em direito distinto e autônomo desta, que surge e pode se extinguir independentemente da obrigação, a exemplo da ação de condenação, a qual se consuma com a sentença definitiva, ainda que a obrigação subsista.⁸³ Ainda, apesar de ambas decorrerem da vontade da lei, é baseada a ação na lei processual, enquanto a obrigação no direito material.

CHIOVENDA diferencia-se de WACH, além de por considerar a ação um direito potestativo, por visualizar a ação como instituto de natureza pública ou privada, a qual será determinada pela vontade da lei que se quer ver realizada.^{84 - 85} Tratando-se a ação de poder coordenado à tutela de certo interesse, adquirirá a natureza deste, seja pública ou privada, patrimonial ou não patrimonial.⁸⁶

SALVATORE SATTA, na mesma linha de pensamento dos concretistas, não reconhece o direito subjetivo isoladamente, necessitando este da ordem jurídica *in concreto*, o que se baseia na visão de que o ordenamento e suas afirmações não são abstrações, vivendo nas

⁸² Acrescenta: “Negando-se a existência dos pressupostos processuais, não se nega a existência da ação, que permanece injulgada. Nega-se que a ação, na hipótese de existir, haja podido fazer-se valer imediatamente ou em prosseguimento do mesmo processo, ou em outro processo. A sentença, portanto, que se pronuncia apenas sobre os pressupostos processuais, ou seja, que declara possível pronunciar-se sobre a demanda ou absolve do prosseguimento da causa, não é favorável nem ao autor, nem ao réu; não concede nem recusa nenhum bem” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 68).

⁸³ Idem, p. 26.

⁸⁴ Ibidem, p. 24.

⁸⁵ Em sentido contrário, Wach afirma: “Pero el derecho al acto de protección del derecho a favor de su titular no sólo existe frente al Estado, sino al mismo tiempo frente a la parte contraria. Ésta deberá tolerar tal acto. El derecho sólo tiene algo que hacer con su respectiva obligación civil, en cuanto se trata de la protección y realización y pueda eliminar el interés en la protección por cumplimiento de la misma. Pero el que el derecho subjetivo de protección no pueda existir sin relación con el individuo contra el cual se busca tal protección, se basa sin duda no sólo en su concepción y finalidad, sino que resalta con toda claridad de los presupuestos, causas de su génesis, en las particulares formas en que se presenta la protección” (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. por Dr. Juan M. Semon, p. 66).

⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 29. A construção é intensamente elogiada por Calamandrei, afirmando que a Chiovenda “va senza dubbio il grande merito dia ver saputo trovare, colla sua concezione dell’azione come diritto potestativo, il punto di equilibrio tra l’interesse pubblico e l’interesse individuale, l’incontro dei quali è stato rappresentato da lui non come la subordinazione dell’uno all’altro, ma come la coordinazione armonica dei due, realizzante in maniera perfetta il temperamento della libertà coll’autorità. Questa teoria di Giuseppe Chiovenda costituisce l’apice di una curva ideale: prima di essa (nelle teorie che abbiamo già ricordate) l’azione si costruisce con una netta prevalenza dell’interesse privato su quello pubblico, dopo di essa (come tra poco vedremo) l’equilibrio si rompe a favore dell’interesse pubblico, che nettamente comincia a prevalere su quello privato” (CALAMANDREI, Piero. *La relatività del concetto d’azione. Opere giuridiche* – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 436).

suas realizações perante os sujeitos. Diante disso, não seria possível falar de direito, objetivo ou subjetivo, antes ou depois da ação, apenas na concretização desta.⁸⁷ Ademais, a título argumentativo, o processualista italiano afirma que, caso se queira falar de direito, talvez se pudesse dizer que o direito tem por conteúdo único a ação.⁸⁸

Também vale mencionar a posição peculiar de LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, que defende ser a ação “a situação jurídica ativa na qual o interesse à justa e pacífica (pela via jurisdicional) composição do conflito de interesses prevalece sobre o interesse do réu à manutenção do *statu quo* e o interesse do autor à realização instantânea de seu direito por todos os meios disponíveis”.⁸⁹ O processualista paulista vai além e defende ser o titular da ação o próprio Estado, a ser exercida pelo juiz e demais auxiliares da justiça por provocação do interessado, o autor, que tem “o ônus fundamental de representar o Estado no exercício do poder de ação”, além de todos os demais ônus processuais: afirmar, alegar, provar e convencer.⁹⁰

Os concretistas, apesar de reconhecerem a autonomia da ação, não chegam ao ponto de considerar a ação o direito abstrato de agir, independente de alcançar uma sentença de procedência. CHIOVENDA demonstra tal autonomia com o exemplo da faculdade de querela penal, que se trata do poder jurídico de produzir a aplicação da norma penal, conquanto o querelante não tenha direito subjetivo à punição do réu culpado.⁹¹ Afirma-se que a ação, justamente por ser identificada de modo concreto, não só é uma condição para a jurisdição, mas também é o seu limite, o que abrangeria tanto o processo civil como o penal.⁹²

A teoria é objeto de algumas críticas, tal qual a de ARAKEN DE ASSIS, que contesta a teoria concreta por vincular a ação ao resultado favorável ao autor, questionando:

Se, porventura, o autor somente satisfaz sua pretensão à tutela jurídica quando tem razão, em outras palavras, logra êxito, se conclui facilmente que, tirante a ação declaratória negativa, a satisfação da pretensão dependerá da existência do direito subjetivo material. Ter-se-ia, então, processo com ação, se houvesse sentença de procedência, e sem ação, se

⁸⁷ SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*, cit., p. 162.

⁸⁸ Idem, p. 164.

⁸⁹ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Existe o direito de ação? *Revista de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1966, 5º volume, p. 11.

⁹⁰ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Existe o direito de ação?, cit., p. 12.

⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 23.

⁹² CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d'azione. *Opere giuridiche* – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 432.

improcedente a demanda. E, neste último caso, existiria ou não processo? Eis uma fortíssima objeção a Wach.⁹³

Mais uma vez, percebe-se que a crítica não se direciona para a consistência interna da teoria analisada, mas busca fazer ruírem as ideias com vistas em outro fenômeno jurídico que não o que pretende ser descrito, logo, critica-se a noção de ação mediante o uso de um objeto diverso do analisado. Trata-se de uma preocupação com um sentido exclusivista de ação que pretende reivindicar o termo para a descrição do fenômeno que entende mais adequado para ela.

Com efeito, o que se vê na teoria autônoma e concreta é o uso do termo ação para representar o *direito à sentença de procedência* ou *direito à tutela jurisdicional do direito*; que, sem dúvida, é um fenômeno diverso do direito à prestação jurisdicional ou ao processo, mas que, igualmente sem dúvida, é um fenômeno jurídico que carece de representação. Como se viu, CHIOVENDA não duvida da existência de um direito de exigir a prestação jurisdicional, mas sua proposta de conceituação da ação tem referência ao direito a obter um provimento de mérito favorável.

3.4. O direito de ação ou ação processual

A noção de direito de ação remete à concepção autônoma e abstrata da ação, que a perspectiva, em síntese apertada, como um direito subjetivo público em face do Estado para a prestação da tutela jurisdicional. É bastante usual a defesa de que a ação (em sentido processual) tem como conteúdo uma pretensão (direito material). Dessa forma, tem-se uma separação entre o âmbito material e o processual, sendo a ação o direito processual que serve para inaugurar o processo, porém sem a perda da relação de instrumentalidade entre as duas searas.

Trata-se, inegavelmente, de visão majoritária, acolhida por muitos autores célebres do direito processual. Com o tempo, a compreensão da ação, vista como o poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional, acabou totalizando-se.

Adotando esse sentido clássico, CALMON DE PASSOS explica que o “direito de ação é o direito à jurisdição, direito concedido *ut civis*, abstraindo-se da existência ou inexistência

⁹³ ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 59.

de qualquer direito material”.⁹⁴ Desse modo, o direito de ação é o direito subjetivo de todo sujeito de direito ou pessoa à intervenção do Estado para a satisfação de seus interesses tutelados pelo direito, haja vista a vedação da defesa privada;⁹⁵ pelo que sem juiz não haveria jurisdição, tampouco ação.⁹⁶⁻⁹⁷ Isso significa que apenas há ação (em sentido processual), como aclara o jurista baiano, através da intervenção estatal.⁹⁸

Portanto, a ação processual é direito eminentemente público,⁹⁹ voltado contra o Estado, que serve para a prestação de tutela jurisdicional.¹⁰⁰ É “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”.¹⁰¹ Por isso a ação processual é dirigida apenas ao Estado, mesmo que, depois de apreciada, venha a ter efeitos na esfera de outra pessoa.¹⁰²

Igualmente, VICENTE GRECO FILHO só visualiza a ação do ponto de vista do direito de pedir a tutela jurisdicional do Estado.¹⁰³ FLÁVIO LUIZ YARSHELL, ao distinguir ação e tutela jurisdicional, concebe aquela como a iniciativa do interessado em estimular a tutela jurisdicional, ou seja, o impulso inicial de instauração do processo.¹⁰⁴ JOSÉ MARIA TESHEINER e RENNAN THAMAY seguem o mesmo direcionamento, declarando abertamente

⁹⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 20.

⁹⁵ Idem, p. 38.

⁹⁶ Ibidem, p. 48.

⁹⁷ Porém Calmon de Passos faz uma ressalva: “Por outro lado, parece-nos incorreto explicar-se o direito de ação como uma espécie do direito de petição, um direito cívico, um direito fundamental do indivíduo. Sem dúvida que nossa Carta Magna (art. 141, §4º) fêz da acionabilidade processual dos direitos individuais, preceituando que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Isso, entretanto, não equivale a fazer do direito de ação, genericamente entendido, um direito cívico, uma espécie do direito de petição” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 53).

⁹⁸ Idem, 85. Atualmente, defende-se, com vários indicativos legislativos, que a arbitragem é jurisdição. Muito embora seja possível discordar-se desta noção, caso ela seja tomada como pressuposto, exigir-se-ia uma adequação conceitual para descrever a ação como “direito à prestação jurisdicional, seja esta estatal ou arbitral”. A correção, portanto, é mínima. De todo modo, como a proposta deste ponto é apenas descrever o conceito autônomo e abstrato, com fidelidade aos autores que o trabalharam, sendo certo que o conceito foi construído antes da ascensão da arbitragem ao *status* de jurisdição. Fica, no entanto, o alerta.

⁹⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42.

¹⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo, 2007, v. 1, p. 43.

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 236. No mesmo sentido: TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 151. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Milennium, 2000, p. 52-53.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 277.

¹⁰³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo, 2007, v. 1, p. 43.

¹⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 55.

a anuência com a teoria do direito abstrato de agir, restando a ação como o poder de provocar o exercício da jurisdição.¹⁰⁵

Igualmente, GALENO LACERDA, ao tecer críticas à teoria civilista da ação, diz nascer o direito subjetivo de ação contra o Estado do que chama de “fato jurídico novo da lide”, o qual consiste na negativa do devedor ao cumprimento da prestação devida ao credor, ou seja, a pretensão resistida.¹⁰⁶ E conclui que a ação sempre será prestação de direito público, cujo sujeito passivo será o Estado.¹⁰⁷ Adotando este mesmo sentido, MOREIRA ALVES afirma que “a ação nada mais é do que a faculdade de provocar o Estado. Isto aliás o Direito germânico-bárbaro dizia muito bem: é uma queixa, é uma reclamação”.¹⁰⁸

Mais do que um direito processual, a ação tem matiz constitucional.¹⁰⁹ O *jus actionis* é um direito fundamental individual, que emana do *status civitatis* e se situa no âmbito jurídico-constitucional, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF/1988, e consiste no poder que tem o sujeito de pedir a prestação jurisdicional ao Estado.¹¹⁰

A ação é, enfim, a iniciativa do interessado em estimular a tutela jurisdicional, ou seja, o impulso inicial de instauração do processo e da relação processual.¹¹¹ A ação, em seu sentido processual, é uma situação de vantagem contra o Estado, que, ao proibir a autotutela, obrigou-se à prestação da tutela jurisdicional. Aquele que exerce a ação tem direito a receber do Estado o processo e uma resposta. Essa resposta pode ser tanto de mérito como também de admissibilidade, isto é, uma mera declaração de que o sujeito que acionou o Estado não tem direito à análise do que foi pedido, por ter faltado no cumprimento de algum de seus requisitos.

Esse ponto é realmente importante: na ideia de ação autônoma e abstrata, justamente por ser a ação processual independente do direito material, qualquer ligação com este seria

¹⁰⁵ TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 151

¹⁰⁶ LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 215.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 225.

¹⁰⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1987, v. 47, p. 121-122.

¹⁰⁹ Sobre o fundamento constitucional do direito de ação muito já se escreveu. Não é propósito deste texto desenvolver o tema das relações entre Constituição e processo, nem mesmo no que toca à ação. Sobre o tema, no entanto, vale muito consultar: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 161-221.

¹¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, cit., p. 53. Incluindo a noção de direito fundamental no conceito de ação: DIDIER JR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 210, p. 50.

¹¹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, cit., p. 55. BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.

uma incoerência, uma promiscuidade conceitual que contamina e aliena o sentido empregado. Desse modo, há o exercício da ação com a exigência de *prestação jurisdicional* e a satisfação deste direito com a resposta do Judiciário, ainda que seja apenas para afirmar que o processo não foi instaurado ou conduzido de modo correto, a ponto de levar à sua extinção sem qualquer manifestação quanto à matéria de fundo, isto é, quanto ao direito material alegado.

A ação processual gera a prestação jurisdicional; não, necessariamente, a tutela. Logo, o *direito a uma prestação jurisdicional* não se confunde com o *direito material alegado* ou mesmo com o *direito à tutela ou decisão de mérito*. Isso significa que a ação processual é exercida quando o juiz extingue o processo sem resolução do mérito por falta de um pressuposto processual ou quando julga o processo no mérito, seja pela procedência ou pela improcedência, indiferentemente. Há satisfação do direito de ação com a resposta judicial, seja ela qual for.

A ação, em seu sentido autônomo e abstrato, é o direito fundamental que os cidadãos têm de direcionarem-se ao Judiciário e requerer dele uma manifestação, o que cria uma relação processual e um processo. O Judiciário atende satisfatoriamente este direito quando outorga qualquer resposta, isto é, um provimento que verse sobre o mérito ou não.

Desse modo, exemplificativamente, o autor que se afirmar titular de determinado direito subjetivo, ainda que tenha dúvida dessa titularidade, e recebe a tutela jurídica do Estado contrariamente aos seus interesses, ou seja, não consegue a sentença de procedência, terá exercido plenamente o seu direito de ação.¹¹² Ação é o pedido de prestação jurisdicional, que é atendido com o pronunciamento do Estado-juiz, seja quanto ao processo em si, declarando não terem sido cumpridos os seus pressupostos ou requisitos de admissibilidade, ou quanto ao mérito, julgando procedente ou improcedente o pedido deduzido pelo autor. O direito de ação não gera a obrigação de o Estado-juiz dar provimento ao pedido, tutelando o direito, ou mesmo de resolver se existe ou não a situação jurídica substancial alegada; basta a prestação jurisdicional, que, inclusive, pode limitar-se a afirmar que faltou o cumprimento de um requisito para a análise do objeto do processo (como, por exemplo, a falta de recolhimento de custas judiciais, a existência de litispendência ou a falta de interesse para agir).

¹¹² ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 63.

Por fim, assim como as demais correntes doutrinárias da teoria da ação, a doutrina do direito de ação também recebe críticas. Afirma-se, por exemplo, a imprecisão terminológica da expressão “direito de ação”, pois, no plano do direito material, se há ação, pressupõe-se o direito. Isto é, para este exame, utilizando-se da terminologia “direito de ação” afirma-se que há um direito que teria por conteúdo uma ação, que, por sua vez, seria o grau de imponibilidade do direito, de modo que haveria uma *contradictio in adjecto*.¹¹³-
114

A crítica é, também aqui e mais uma vez, externa. A ideia de “direito de ação” não utiliza o conceito de ação que a teoria do fato jurídico propõe; a crítica sob análise, pura e simplesmente, pressupõe que este é o conceito certo, pelo que, quando há o uso da expressão “direito de ação” pelos defensores da teoria autônoma e abstrata, lê-se ação aí no sentido material, no entanto é evidente que este não foi o sentido empregado. Por isso, a crítica é direcionada unicamente ao termo e não ao conceito. Ela escolhe fechar os olhos para o significado dos termos usados para, partindo de sua própria visão de mundo, impor à terminologia alheia falhas que não contém – o erro está nos olhos de quem imputa a falha. Insista-se: não é que a teoria autônoma e abstrata tenha utilizado ação, ao falar em direito de ação, no sentido de ação material ou de uma particular situação jurídica que pode ser imposta. Ação é, neste uso, simplesmente a provocação da Jurisdição. Enfim, trata-se de mais uma crítica que possui pretensão exclusivista sobre o termo ação.

Outra crítica se dá no sentido de que, embora o conceito processual de ação tenha sido capaz de liberar o direito processual do direito civil, ela atualmente é tida por responsável por um isolamento exagerado do processo em relação ao direito material, que gera consequências negativas, além de que pautada em uma visão liberal de que todo tipo de direito poderia ser tratado por um procedimento único e genérico. Assim, por exemplo, ANDREA PROTO PISANI defende que este conceito é insuficiente para retratar todas as técnicas procedimentais e formas de tutelas jurisdicionais (procedimentos sumários, técnicas executivas, tutelas provisórias, procedimentos especiais etc.).¹¹⁵

Muito embora a crítica do processualista italiano seja procedente, ela é externa e nada diz sobre a correção ou equívoco do conceito em si. Aliás, a crítica mais se dirige

¹¹³ ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 119.

¹¹⁴ Conforme Leonardo Santana de Abreu, “ao passo que o direito subjetivo e a pretensão tendem à prestação, a ação material supõe combatividade” (Idem, p. 120.).

¹¹⁵ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 52-53.

para os limites do conceito de ação processual do que para o seu conteúdo. Isto é, para chegar ao resultado que ele pretende, é necessário um outro conceito ou conjunto de conceitos. Destarte, para retratar os demais fenômenos, é mais adequado o desenvolvimento de outras teorias e outros conceitos, como os de tutela específica e direito ao procedimento.

3.5. A ação eclética

A teoria eclética, pensada por ENRICO TULLIO LIEBMAN, mistura características da teoria da ação autônoma e abstrata com a da teoria da ação concreta. Esta noção de ação utiliza o conceito, igualmente, como o poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional, mas *condiciona esse poder a alguns requisitos de certa forma ligados ao direito material, quais sejam, as conhecidas condições da ação*. Nesta proposta, haveria ação e, portanto, o poder de exigir a jurisdição, quando estiverem presentes as condições da ação. Ao vincular a ação a determinada realidade fático-jurídica, a teoria eclética restringe a separação absoluta entre direito e processo, própria da teoria abstrata.¹¹⁶

No seu famoso texto “*L’azione nella teoria del processo civile*”, em que forja as principais ideias que baseiam a sua concepção de ação, LIEBMAN preocupa-se em arquitetar uma teoria da ação capaz de descrever o fenômeno sob uma ótica propriamente processual, o que faz a partir do enfrentamento dos conceitos civilista, autônomo e concreto e autônomo e abstrato. O processualista milanês rejeita os conceitos postos por não terem uma correspondência efetiva à realidade, dinâmica e prática da teoria do processo,¹¹⁷ e opta por uma conceituação capaz de, além de garantir independência científica ao objeto de estudo, evitar os perigos de uma abstração ilimitada, mais ligada ao

¹¹⁶ ARRUDA ALVIM. A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 149.

¹¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L’azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 22-53. É muito significativa a seguinte passagem: “Questo rapido esame delle principali dottrine (...) ha dimostrato il loro carattere unilaterale e le conclusioni poco soddisfacenti a cui ciascuna di esse perviene nella configurazione dell’azione, che per un verso o per l’altro appare inadeguata alle esigenze della teoria del processo e alle necessità di chi voglia intenderne il concreto meccanismo pratico. Non risponde a questi requisiti la dottrina che attribuisce all’azione natura ‘privata’, quella cioè di un diritto che corre direttamente da parte a parte; ma coloro che la considerano di natura pubblica non riescono a precisare in modo accettabile il rapporto tra il cittadino e lo Stato. Altrettanto incongruo si è rilevato il carattere ‘sostanziale’, ‘concreto’ che molti attribuiscono all’azione, facendo dipendere la sua esistenza dalla sua fondatezza; ma poi quelli che la considerano ‘astratta’ pervengono a risultati in un certo senso esatti sul piano generale del diritto pubblico e tuttavia non rispondenti ai fini di una sistemazione teorica del diritto processuale” (p. 43).

direito constitucional e que desvincula o direito do processo e, assim, pode perder de vista o papel deste de assegurar aquele com justiça.¹¹⁸

Para LIEBMAN, “a ação se dirige ao Estado e por isso tem natureza sempre pública e um conteúdo uniforme, qual seja o pedido de tutela jurisdicional de um direito próprio (embora varie o tipo de provimento que cada vez se pede ao juiz)”.¹¹⁹ Em poucas palavras, define ação como um direito fundamental de iniciativa e impulso do particular de colocar em movimento o exercício de uma função pública, da qual pretende obter a tutela de suas pretensões.¹²⁰ É, na verdade, o direito instrumental por meio do qual se deduz em juízo a afirmação de um direito ou, em geral, de uma situação jurídica que se quer ver reconhecida, tutelada ou declarada.¹²¹

Para chegar a esta conclusão, ele diferencia direito subjetivo material e ação, dirigindo-se o primeiro à parte contrária e tem natureza privada, enquanto a ação será sempre exercida em face do Estado e tem natureza pública.¹²² Nesse ponto, o processualista italiano é bastante enfático ao contrapor-se às ideias defendidas por CHIOVENDA e por aqueles que assumiram entendimento similar ao dele, especialmente CALAMANDREI e SATTÀ, aos quais imputa um pensamento ilógico e contraditório.¹²³ Defende, igualmente, que a ação não se volta contra o particular, pois, se assim o fosse, o direito privado acabaria por assumir uma característica estranha às suas matrizes e teria natureza diversa: o poder de impor uma decisão, que é função atribuída ao Estado.¹²⁴

Ainda, distingue o poder de ir a juízo – reconhecido a todos e genérico – da ação, a qual se relaciona com determinada situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou do interesse legítimo de seu titular e, ademais, é sempre identificada por suas características: os sujeitos, a causa de pedir e o pedido.¹²⁵ Não é que o processualista milanês ignore ou negue o poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional, mas, para formular sua teoria, ele pretende encontrar um conceito propriamente processual de ação,

¹¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 52-53.

¹¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 149-150.

¹²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 201.

¹²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 31-32.

¹²² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 198.

¹²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile, cit., p. 39.

¹²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile, cit., p. 32.

¹²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 200.

que sirva à vida e ao desenvolvimento desta disciplina. Isto porque a noção abstrata e autônoma da ação, conforme defende, embora seja de extrema importância, é afeita ao direito constitucional e não é capaz de descrever o funcionamento prático do processo, sendo necessário um outro conceito que tenha aptidão para coligar o processo à *fattispecie* concreta proposta.¹²⁶

Ao contrário da doutrina da ação concreta, LIEBMAN diz que a ação não irá garantir um resultado favorável no processo, pois o resultado depende da formação da convicção do juiz através do direito e da situação de fato alegada. O exercício da ação irá fazer com que o autor descubra se tem ou não razão. Nas suas célebres palavras, ação é um risco: “só correndo risco de perder poderá ele procurar a vitória”.¹²⁷

A ação seria o poder conferido à parte de promover e estimular a atividade jurisdicional, conforme predisposto em normas instrumentais; é, portanto, um direito subjetivo instrumental, dirigido contra o Estado, na qualidade de detentor do poder jurisdicional. É o direito à jurisdição.¹²⁸ Ação e sujeição seriam situações correlatas ligadas ao exercício do poder jurisdicional; a primeira é premissa e a segunda sua consequência.¹²⁹

Nesta linha, o ENRICO TULLIO LIEBMAN assevera que a ação não compete a qualquer pessoa e não tem conteúdo genérico: ela se refere a um fato jurídico determinado e precisamente individuado e é o direito a um provimento jurisdicional ao seu respeito. Justamente por isso é que a ação é condicionada a alguns requisitos, verificáveis caso a caso de modo preliminar, quais sejam: o interesse para agir, a legitimação para agir e, dependendo da maturidade da teoria ou do ordenamento jurídico, a possibilidade jurídica do pedido.¹³⁰

Dessa forma é que o jurista italiano reconstrói a ideia das condições da ação, as quais define como requisitos de existência da ação em sentido processual, que, se não estiverem presentes, impedem o julgamento do mérito, e, assim, carecerá o autor de ação, o que, por

¹²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 40-43.

¹²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 200.

¹²⁸ “L’essenza dell’azione si trova proprio nel rapporto che corre nell’ordinamento giuridico tra l’iniziativa del singolo e l’esercizio, in concreto, della giurisdizione, vale a dire nella necessità e nell’efficacia dell’invocazione del giudice perché ‘proceda’; e appartiene all’essenza del processo che il giudice debba determinare, secondo le norme che regolano la sua attività, il contenuto positivo o negativo del suo provvedimento finale” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L’azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 30-31).

¹²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L’azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 45-46.

¹³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L’azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 46-47.

sua vez, leva à extinção do processo sem prestação de jurisdição.¹³¹ Por evidente, LIEBMAN entende que apenas há jurisdição quando há tutela do direito, seja em favor do autor ou do réu. Nesse contexto, sem o atendimento das condições da ação, não haverá ação e tampouco haverá jurisdição, uma vez que esta é definida como a declaração acerca do fato jurídico e direito invocados; portanto, entre ação e jurisdição existe uma exata correlação, não podendo haver uma sem a outra.¹³² Assim, chega a definir as condições da ação também como “condições de admissibilidade do julgamento da demanda”.¹³³ Ao rejeitar a abstração e o concretismo – afirmando que não se poderia defender um direito à procedência, uma vez que dependeria da análise do juiz de questões de direito material e processual –, sua teoria aponta inequivocamente para a ação como o direito à resolução do mérito, a uma solução que nega ou concede a tutela pedida, a uma declaração acerca da situação jurídica afirmada.¹³⁴

Na mesma linha de pensamento, o Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO traduz ação como o direito à sentença de mérito, independentemente de ser o provimento final favorável ou desfavorável.¹³⁵ O mesmo CÂNDIDO DINAMARCO, em obra com BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, defende ser a ação o direito ao pronunciamento do juiz acerca de uma pretensão, pertencendo exclusivamente ao direito processual.¹³⁶ No mesmo sentido, DINAMARCO, agora juntamente com ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, define ação como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”,¹³⁷ e acrescentam ser a ação dirigida

¹³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 153-154.

¹³² LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 47.

¹³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 203.

¹³⁴ “In primo luogo, infatti, la legge conferisce il diritto al compimento degli atti destinati ad attuare la tutela giuridica, ma non garantisce l'esito vittorioso del suo esperimento, cioè l'effettiva concessione di quella tutela, perché il contenuto concreto del provvedimento dipende da condizione oggettive di diritto sostanziale e processuale e dalla valutazione che il giudice ne farà, condizioni che tutte sfuggono al controllo della volontà dell'attore. Questi ha bensì diritto a far conoscere e a far esaminare le proprie ragioni, non invece diritto ad avere ragione o a farsela dare. Se questo è vero per il processo di cognizione, lo è anche, in modo meno appariscente, ma altrettanto sicuro, per il processo di esecuzione, il cui risultato finale dipende sempre indirettamente dall'esistenza del diritto del creditore. Ciò tuttavia non impedisce che l'azione esecutiva possa, fino a che sia valido ed efficace il titolo esecutivo, venir esercitata anche quando manchi il diritto, ed è perciò che anche l'azione esecutiva è estratta” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 31).

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 443.

¹³⁶ DINAMARCO; Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 236.

apenas ao Estado, mesmo que, quando apreciada, venha a produzir efeitos esfera de outra pessoa.¹³⁸ Não é diferente o posicionamento de ALFREDO BUZUID, que sustenta ser a ação ser o pedido de uma sentença de mérito que se direciona contra o Estado.¹³⁹

Igualmente, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE pondera acerca da autonomia relativa do direito da ação, sendo inadmissível falar em independência absoluta de uma categoria processual em relação ao direito material, considerando não ser o processo um fim em si mesmo, mas um instrumento para a efetivação do direito material. E arremata que, embora o poder de provocar a jurisdição seja um direito constitucional universal, o resultado dessa atuação nem sempre operará efeitos no plano da realidade substancial.¹⁴⁰

Vale destacar que, inicialmente, LIEBMAN listava 3 (três) condições da ação: legitimidade para agir¹⁴¹, interesse de agir¹⁴² e possibilidade jurídica do pedido. Porém, posteriormente, na terceira edição de seu *Manuale*, houve a exclusão da possibilidade jurídica do pedido, incluindo os eventuais casos restantes de possibilidade jurídica do pedido como hipóteses de interesse de agir. Essa mesma evolução ocorreu no Brasil, no qual o CPC/2015 passou a não mais prever a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, ao contrário do que ocorria com o CPC/1973.¹⁴³

Seja como for, esta teoria foi adotada no CPC/1973 e, apesar da atual controvérsia acerca de sua pertinência, está presente também no CPC/2015.¹⁴⁴

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*, cit., p. 277.

¹³⁹ BUZUID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 111.

¹⁴⁰ BEDAQUE, José dos Santos. Breves Notas sobre Jurisdição e Ação. In: Camilo Zufelato; Flávio Luiz Yarshell (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 554-555.

¹⁴¹ Define Liebman: “A legitimação para agir é, pois, em resumo, a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 211).

¹⁴² “O interesse de agir é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 207).

¹⁴³ “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

¹⁴⁴ Defendendo que a categoria “condições da ação” tornou-se impertinente ao processo civil brasileiro e que, agora, legitimidade ordinária é mérito, sendo a legitimidade extraordinária e o interesse de agir questões ligadas aos pressupostos e requisitos processuais: DIDIER JR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 255-260. A ideia foi adotada, em seguida: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. E Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, p. 227-235. Por outro lado, a ideia encontra contraposição naqueles que entendem que o CPC/2015 apenas atualizou a teoria eclética, confluindo com Liebman, mantendo-se, portanto, a pertinência da categoria condições da ação. Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho 2011, v. 197, p. 261-269. Igualmente: “O novo Código de Processo Civil

A teoria de eclética, enfim, alude à ação como *direito à decisão de mérito*, à tutela do direito material.¹⁴⁵

Vistas as suas linhas gerais, é de se destacar que a teoria eclética é objeto de muitas críticas.

Uma das objeções baseia-se no mesmo raciocínio pelo qual se criticou a teoria concreta, conforme assinala JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO MESQUITA:

Em tais condições, se o argumento para repelir o direito à sentença de mérito favorável ao autor é o fato de este direito depender da livre apreciação do juiz, como órgão estatal neutro e independente, também servirá o mesmo argumento para repelir um direito à sentença de mérito, porquanto a existência dos pressupostos processuais e das condições da ação depende do mesmo modo da livre apreciação do juiz, na qualidade de órgão estatal neutro e independente.¹⁴⁶

No entanto, a crítica parece pressupor que ação é o direito à prestação jurisdicional, e não à decisão de mérito – que é o conceito de ação adotado por LIEBMAN. Trata-se, portanto, mais uma vez, de uma visão externa e exclusivista de ação.

Por outro lado, há conhecidíssima crítica à ação eclética no sentido de que ela proporciona análise de elementos típicos do mérito a título de admissibilidade do processo, em outras palavras: torna o exame de questões substanciais algo afeito às questões processuais, o que é uma crítica procedente.¹⁴⁷ De fato, as condições da ação, por terem sido concebidas na teoria concreta, nada mais são do que os requisitos para a *sentença de*

não emprega sequer uma vez a locução *condições da ação*, mas esta continua sendo uma categoria processual de primeira grandeza, envolvendo o interesse de agir e a legitimidade *ad causa*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 444). Assim também: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 15-16.

¹⁴⁵ Nesse sentido, Heitor Sica, ao tratar da ação como direito à tutela jurisdicional, aduz que “Essa leitura afina-se de certo modo com a teoria eclética de Liebman, que identifica a entrega da tutela jurisdicional com a prolação da sentença de mérito (em favor do autor ou do réu), situando-se, portanto, no meio-termo entre as teorias *abstrata pura* e *concretista*” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 26).

¹⁴⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres do processo civil, volume I: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. São Paulo: RT, 2005, p. 64.

¹⁴⁷ “Galeno Lacerda e Liebman, em que pese aquele localizar as condições da ação no mérito, distinguem entre o “processo”, criado somente pelo exercício do direito constitucional de acesso aos tribunais, e o verdadeiro processo determinado pela ação processual. Liebman, como visto, chega a sustentar que, no juízo de carência, falecendo ao autor as “condições” da ação, ou seja, os requisitos do provimento de mérito, o juiz não exerce o poder jurisdicional do Estado. Esta nociva característica do ecletismo, além de duplicar inutilmente o espaço do direito processual, que se ocuparia, doravante, dos processos “com” ou “sem” ação e jurisdição, esbarra na própria definição libmeniana de mérito” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 72).

procedência. LIEBMAN, pondo-as como requisitos para a existência da ação, embora em uma posição útil para o tempo em que as concebeu, idealizou uma categoria pouco sustentável do ponto de vista analítico e funcional.

Aliás, é justamente por conta dos inconvenientes de transpor questões de mérito para a égide de uma análise processual, notadamente a possibilidade de quase toda ou mesmo toda decisão de mérito figurar como uma decisão de carência de ação, que surgiu a *teoria da asserção*. Consoante a visão assertista da ação eclética, as condições da ação devem ser examinadas de acordo com o afirmado pelo autor em sua petição inicial, isto é, *in statu assertionis*. Bastaria averiguar o que diz o autor para ver se, em tese, haveria legitimidade e interesse de agir. Caso a prova eventualmente revele que o tanto afirmado pelo demandante é falso, a decisão que versar sobre isso seria de mérito.¹⁴⁸

Isso não quer dizer que a concepção de LIEBMAN seja de todo inválida. A percepção do processualista italiano, muito influente no direito brasileiro, serve para descrever uma realidade importante: há que se destrinchar também um *direito à sentença de mérito*. Isto é, não basta falar em um direito à prestação jurisdicional – que se contenta com qualquer conteúdo, processual ou material – e tampouco em um direito à sentença de procedência, que foi enunciado pela teoria concretista; é fundamental visualizar, entre ambas as situações, o *direito à sentença de mérito*.

Desse modo, a teoria eclética tem a importante função de visualizar o direito a uma sentença de mérito. Todavia, peca na concepção das condições da ação que, ao contrário de tornar a teoria mais precisa, erode bastante a sua consistência.¹⁴⁹ Para preencher o direito à sentença de mérito é preciso, de um modo geral e mais adequado, preencher *os requisitos de admissibilidade do processo*, que englobam tanto as condições da ação, nos sistemas que a adotam, como, especialmente, os pressupostos e requisitos processuais.

¹⁴⁸ Sobre o tema: COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41-47. Ver também: DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 216-219.

¹⁴⁹ “Ao se entender as condições da ação como categoria puramente processual, nega-se a própria essência do instituto que é sempre buscado na relação jurídica de direito material. Além disso, a sentença de carência de ação constitui, por decorrência lógica, sentença terminativa que não aprecia a pretensão do autor e não pacifica definitivamente as relações sociais” (COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 143).

4. Ações e a polêmica sobre a ação – um conflito terminológico sobre vários conceitos

Colocados os conceitos de modo explicativo, seguindo as colocações dos seus principais expoentes, vê-se claramente que cada um dos conceitos – ação material, ação concreta, ação processual e ação eclética – tem um referente diferente. Isto é, *cada um dos conceitos de ação pretende descrever uma situação jurídica distinta, um fenômeno jurídico diverso*.¹⁵⁰

Os conceitos jurídicos servem para designar diferentes usos do direito, com pretensão de descrever fenômenos jurídicos. São técnicos na medida em que, ainda que artificialmente, voltam-se para uma compreensão adequada do funcionamento do direito como técnica institucional para regular a convivência social.

Além disso, os conceitos – não só jurídicos – modificam-se com o tempo, apresentando significado diferente de acordo com o contexto histórico apresentado, uma vez que a língua, e a própria realidade, vive em constante mutação. Relativamente ao conceito de *actio*, PEKELIS demonstra que a *actio* do direito romano arcaico difere da *actio* dos juristas da época imperial e, obviamente, da ação contemporânea (aqui, em sentido material), constituindo motivo da confusão entre as doutrinas da teoria da ação as sucessivas tentativas de unificação dos conceitos.¹⁵¹ Nesse mesmo sentido, GIOVANNI

¹⁵⁰ Algo similar foi afirmado por Alessandro Pekelis no texto “A Acção”, que foi acatado por Calamandrei e pelo próprio Liebman. No Brasil, adota postura compreensiva, conciliando as teorias concreta e abstrata, embora descartando o conceito de ação civil: TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição, ação e processo civil (subsídios para a Teoria Geral do Processo Civil). *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 1988, n. 52, p. 23-24. Em outro estudo, o saudoso professor titular da Faculdade de Direito da USP afirma: “Maior significado e importância, todavia, traduz a idéia de conciliação dos entendimentos doutrinários tradicionais, ou seja, do que concebe a ação em sentido abstrato com aquele que a tem em senso concreto (TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 14). Iguualmente: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7-8 e, expondo mais precisamente o conceito adotado, 41. No mesmo sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil*. Flavio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. *40 anos de teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466. O autor defende que os conceitos se complementam, mas vai além e propõe a centralização das discussões acerca da tutela jurisdicional – que, ao que nos parece, é uma das facetas da ação. Similarmente, porém ainda mais próximo da proposta deste texto: “As grandes questões envolvendo as várias teorias sobre a natureza da ação constituem preocupação já superada [...] a relevância dessas questões será ainda menor se o fenômeno for analisado pelo prisma constitucional, pois o resultado se mostra compatível com *qualquer das teorias* formuladas ao longo do tempo. De mais a mais, *tais concepções de ação, na verdade, acabam se completando, visto que resultam do exame do instituto por pontos de vista diversos*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65). Pode-se dizer que a presente pesquisa desenvolve o argumento exposto nestes textos, com a diferença fundamental de que não restringe a complementariedade dos conceitos a apenas parte deles.

¹⁵¹ PEKELIS, Alessandro. A Acção. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1941, v. II, ano 1, p. 66-89.

PUGLIESE destaca a ambiguidade do conceito de *actio* e *agere* entre os vários períodos romanos, pois, sendo este conceito ligado aos instrumentos dos quais os interessados poderiam se servir para alcançar os resultados desejados.¹⁵²

Ora, isso mostra que o conceito de ação foi construído, nas suas primeiras aparições, a partir de uma *pragmática compreensiva*, isto é, sua definição advinha de uma observação prática do mecanismo utilizado para a tutela dos direitos. De tal modo, o conceito mudou de acordo com a permissão ou não da autotutela, e foi se tornando mais complexo na medida em que propósitos científicos entraram em jogo.

No âmbito do problema observado nesta pesquisa, parece evidente que *existem quatro diferentes situações jurídicas, todas batizadas de “ação” por diferentes correntes teóricas, que merecem ser retratadas para a dogmática processual seja completa e consistente*; caso contrário, suprimindo qualquer dos fenômenos que os vários conceitos de ação procuram retratar, há uma descrição do funcionamento do ordenamento jurídico deficiente, incapaz de representá-lo em sua totalidade. Cada um dos conceitos de ação merece ser incorporado para que se consiga descrever de modo apropriado o fenômeno jurídico em sua inteireza.

Sem dúvida é o ponto central que se quer defender aqui: o conceito de ação é relativo, depende do objeto que pretende descrever.¹⁵³

Passa-se a avaliar os conceitos perante os seus respectivos referentes, ou seja, os fenômenos jurídicos que buscam representar.

Há uma diferença entre o estado de exigibilidade do direito e a sua impositividade. É necessário compreender que nem todo direito é exigível e nem todo direito exigível servirá à procedência da demanda; é preciso mais do que a exigibilidade, é fundamental que a exigência tenha resultado numa negação, na *resistência*. Aliás, é isso que é retratado na

¹⁵² “Non v’è dubbio infatti che gli atti in cui le *actiones* si estrinsecavano e specificavano variarono profondamente da un sistema all’altro. Così per esempio nelle *legis actiones* la affermazione di diritto dell’attore veniva compiuta con la pronunzia di date parole (previste dai formulari), eventualmente accompagnate da dati gesti, mentre nel processo formulare essa si esprimeva attraverso l’*intentio* della formula (di regola scritta), che veniva proposta con l’*editio actionis*, e nelle *cognitiones* classiche essa era invece espressa in modo non formale” (PUGLIESI, Giovanni. L’*actio* e la ‘*litis contestatio*’ nella storia del processo romano. *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979, v. 1, 411-416).

¹⁵³ A ideia remete ao famoso ensaio: CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d’azione. *Opere giuridiche* – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 427-449. Todavia, Calamandrei fala em relatividade no sentido de que o conceito de ação depende da visão de política de Estado e da relação que o cidadão guarda com ele, e não propriamente da variação do objeto ou fenômeno jurídico que se pretende descrever, que é a visão adotada neste texto. Assim, embora o jurista florentino seja célebre por defender a relatividade do conceito de ação, o que também se pretendeu demonstrar neste texto, fê-lo por razões muito diversas daquelas empregadas aqui.

noção de interesse de agir: a tutela jurisdicional pleiteada precisa ser necessária – e se desconhece qualquer manifestação doutrinária no sentido da irrelevância deste conceito. Ora, isso prova que os sistemas jurídicos trabalham, normalmente, com a diferença entre o poder exigir e o estado de impositividade do direito. Essa diferença faz o conceito de pretensão, entendido como exigibilidade de uma situação jurídica de vantagem, insuficiente para descrever todo o fenômeno material e demonstra a utilidade do conceito de ação material, que se refere a algo mais do que a exigibilidade; refere-se à impositividade.

Igualmente, o direito de ação ou ação processual, compreendido como o poder de exigir do Estado uma prestação jurisdicional, um direito à instauração de um processo em que necessariamente uma resposta deve ser dada, ainda que não trate do direito substancial alegado, é imprescindível. É necessário um conceito capaz de representar o direito fundamental de ir à juízo pleitear um direito material que se alega ter – com ou sem razão. Esse conceito serve para representar o dever do Estado de processar as demandas, entregando uma prestação jurisdicional, que pode ou não versar sobre o mérito e, se versar sobre este, pode ou não declarar e tutelar o que lhe foi pleiteado. Desse modo, a ação em sentido processual, ou direito de ação, corresponde ao dever do Estado de entregar a prestação jurisdicional, que é cumprido independentemente de seu conteúdo, se se trata de decisão sobre o mérito ou de cunho estritamente processual

Também é indispensável diferenciar o direito a receber uma prestação jurisdicional do direito a receber uma prestação jurisdicional de mérito; aquele é incondicionado e este tem uma série de requisitos (sendo o exercício da ação processual um deles). As condições da ação e os pressupostos processuais, em conformidade com o direito positivo específico, devem ser preenchidos para se chegar à decisão de mérito, que certificará a existência ou não de um direito material a ser tutelado e, em alguns casos, já prestará a imediata tutela. Parece que foi esta realidade que a ação eclética procurou designar. O direito à tutela jurídica (ou ação eclética) é satisfeito com a análise, pelo Judiciário, da existência do direito alegado, seja pela procedência ou pela improcedência. A decisão de mérito tem requisitos próprios, mais exigentes do que o direito à prestação jurisdicional, que deve ser prestada em qualquer caso – independentemente de ter o demandante preenchido os pressupostos e requisitos processuais e as condições da ação. Pode-se afirmar, portanto, que após o exercício do direito de ação, que é *uti civis* e incondicionado, é possível chegar-

se à ação eclética, que quer dizer o direito à decisão de mérito e depende do preenchimento dos requisitos processuais de admissibilidade.

Finalmente, há também o direito à tutela de mérito requerida. Isto é, o fenômeno descrito pela ação concreta é o direito à tutela jurisdicional, à sentença de procedência, que, além do preenchimento dos pressupostos e requisitos processuais e da presença das condições da ação (ação eclética), exige também a realização de um pedido adequado ao direito material e a efetiva constatação judicial da existência da situação jurídica de vantagem alegada (ação material). E não se pode confundir, além disso, o direito à sentença favorável com a ação material: enquanto esta vige no plano material, como situação jurídica relevante para a compreensão de sua dinâmica, a partir, portanto, de noções próprias do direito material e ligada ao desenvolvimento da relação jurídica substancial, aquela – a ação concreta – é uma categoria de direito processual, que está condicionada ao preenchimento de requisitos de ordem processual, bem como à demonstração dos elementos de direito material de modo apropriado no processo.

Note-se, inclusive, que a *ação concreta*, foi defendida por CHIOVENDA em um período que o procedimento ordinário tinha uma “prevalência científica” perante os procedimentos especiais e técnicas específicas para a tutela, por conta da pretensão de afirmação de forte desvinculação entre direito material e processo. Atualmente, a *ação concreta* ganha novas cores, especialmente mediante a designação de *tutela específica* ou *direito às técnicas processuais adequadas para a tutela do direito* – conforme vem sendo defendido, no Brasil, especialmente por LUIZ GUILHERME MARINONI – que são concepções que possuem o importante valor de atentar para a insuficiência de um procedimento genérico para abraçar os mais diferentes tipos de direitos, representando um importante avanço do direito processual nesta seara.¹⁵⁴ Todavia, cumpre deixar claro que, conquanto seja uma importante percepção e um verdadeiro avanço na visão e desempenho da função do direito processual, conceitualmente não há grandes diferenças: a *ação concreta* é exatamente o *direito à tutela jurisdicional* ou à *técnica processual adequada para a tutela do direito*, que é parte daquela. A concepção original, antiga, no entanto, estava ligada ao procedimento ordinário genérico, a contemporânea preocupa-se com a especificidade da tutela e a sua adequação para proteger adequadamente o direito, todavia, ambas pretendem

¹⁵⁴ Ver, especialmente: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. Na doutrina estrangeira, entre muitos outros: PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 52-53.

descrever o mesmo fenômeno: o direito à tutela jurisdicional. O direito à tutela jurisdicional adequada ou à tutela específica é, portanto, um *aggiornamento* da ação concreta.

Fica claro que se pode ver todo esse fenômeno em variadas etapas, inclusive em sequência sob a ótica do direito processual: primeiro, exerce-se a *ação processual* para exigir uma *prestação jurisdicional*, devida pelo Estado ao proibir a autotutela e prever o acesso à justiça; segundo, tem-se a conhecida *ação eclética* – mais adequadamente compreendida como o direito à tutela jurisdicional ou direito à decisão de mérito –, cumpridas suas exigências, que são os pressupostos e requisitos processuais e as condições da ação, passa a ser devido, pelo Estado-juiz, o proferimento de uma *decisão de mérito*; e, finalmente, há a *ação concreta*, ou seja, o direito à tutela jurisdicional pleiteada ou o direito à sentença favorável, que, além dos requisitos para a tutela de mérito, exige também a demonstração, no processo, dos fatos constitutivos do direito alegado e, também, a adequação do pedido à técnica pleiteada para a tutela do direito substancial – trata-se, em outra ótica, da constatação no processo da existência de uma ação material.

Autonomamente, além de tudo isso, é necessário trabalhar, no plano do direito material, com a noção de ação material para que se consiga descrever as situações jurídicas materiais em sua inteireza. Note-se que a ação material é alegada em sede processual – aquele que demanda afirma ter, no plano material, ação – e, inclusive por isso, é que se pode falar, de modo coerente, em ação reivindicatória, ação possessória, ação declaratória de inexistência de dívida, etc. Enfim, apenas há sentido em qualificar a ação por uma situação material alegada ao se admitir que a ação tem um aspecto material.

Diante de tudo isso, pode-se concluir que utilizar exclusivamente um único conceito, excluindo os demais, acaba por tornar a explicação do funcionamento do sistema jurídico incompleta e falha. As noções de ação material, ação processual, ação eclética e ação concreta referem-se a diferentes momentos ou situações jurídicas que compõem a totalidade do fenômeno jurídico, cada um deles existente e relevante, e que carecem de uma representação conceitual, sob pena de se chegar a uma visão deficiente do direito, possivelmente ensejando erros, e incapaz de explicar toda a sua dinâmica.

Percebe-se, a partir dessa proposta compreensiva, que o debate em torno da ação é menos *conceitual* e muito mais *terminológico*. A parcela da doutrina que procura encontrar um significado correto para o termo ação, excluindo os demais, além de incorrer no

problema de descrever de modo incompleto o fenômeno jurídico, entra numa disputa sobre o melhor fenômeno para preencher um termo; ou seja: é um problema de exclusividade terminológica. No entanto, boa parte da doutrina, embora se disponha a debater acerca do conceito de ação – que é apenas terminológico –, acaba por reconhecer os demais fenômenos, mesmo que sem admitir o uso do termo ação para descrevê-los.

Por exemplo, ENRICO TULLIO LIEBMAN, que é autor de um dos mais importantes textos sobre a matéria, acaba por suprimir a noção de *actio*, ou ação material, em razão, em sua concepção, da suficiência do conceito de direito subjetivo – que seria um termo capaz de descrever desde a situação de vantagem até a sua exigibilidade e mesmo a sua impositividade –, e, quanto à noção autônoma e abstrata da ação, expõe que “um direito desta espécie existe sem dúvida”.¹⁵⁵ Como se vê, não é que o processualista italiano ignore os vários fenômenos que são descritos como ação, mas eles apenas não são representados pelo *seu* conceito de ação.

Aliás, isso parece frequente na doutrina, como ficou demonstrado acima: as várias ideias que se dedicaram a debater sobre o conceito de ação não negam – ao menos de modo integral – os outros fenômenos jurídicos que são representados pelo mesmo termo. É certo que existem muitos debates além do conceito de ação, como, por exemplo, quem é o titular da ação e contra quem ela é exercida,¹⁵⁶ porém boa parte desses problemas é

¹⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 41. Aliás, percebe-se desde o início da confecção de suas ideias sobre a ação, que a preocupação do mestre milanês está em forjar um conceito propriamente processual de ação, que se desvincilhe da noção civilista – e, aí, percebeu bem que o conceito de *actio*, ou ação material, estava no direito privado – e constitucionalista, onde primordialmente se enquadra a noção autônoma e abstrata de ação, como direito fundamental à prestação jurisdicional. Aliás, sobre esta última ideia, a seguinte passagem, sobre o “direito de ação”, é muito clara: “Esso non è dunque l'azione, nel senso in cui questa figura ha rilevanza nel sistema del processo, ma 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 azioni, nei diversi casi concreti in cui intende rivolgersi all'autorità giudiziaria per la protezione di un suo interesse leso o minacciato”. Mais adiante conclui que “questo potere di agire, del tutto generico e astratto, ha il suo posto ben definito nel diritto costituzionale e vi svolge una funzione di fondamentale importanza (e per convincersene basta pensare all'ipotesi di una sua qualsiasi limitazione). Ma, nella sua estrema astrattezza e indeterminatezza, esso non ha rilevanza alcuna nella vita e nel funzionamento pratico del processo, perché, 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” (p. 42-43).

¹⁵⁶ “Há grande divergência entre os autores a respeito de quem seja o titular passivo da ação. Para alguns é o Estado (Calamandrei, que a considera direito potestativo; Oskar Bülow, Alfredo Rocco, Ugo Rocco, Marco Tullio Zanzucchi, que a consideram direito à atividade dos tribunais; Wach e outros alemães que a consideram direito à tutela jurisdicional). Para outros é a parte contrária, o réu (Chiovenda, que a considera direito potestativo; Savigny, que a considera direito a uma prestação material). Para Carnelutti, é a pessoa física do órgão jurisdicional. Para Liebman, é pessoa indeterminada (o ordenamento jurídico)” (VIDIGAL, Luís Eulalio de Bueno. Existe o direito de ação? *Revista de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1966, 5º volume, p. 10).

resolvida mediante a compreensão de que se está tratando de várias e diversas situações jurídicas. Isso significa que, reduzindo a polêmica ao seu núcleo, o que se vê é que os vários juristas apenas optam por utilizar o significante “ação” para um ou outro significado.

O problema em torno da ação, a partir dessa compreensão, torna-se pouquíssimo relevante – ou, talvez, totalmente irrelevante mesmo. É muito mais uma questão de escolha de um termo – que acaba por cair, invariavelmente, em uma mera *opção*, algo arbitrário e sem qualquer substrato científico. Não se pode dizer, de modo definitivo, especialmente diante da grande celeuma em torno do termo “ação” e de sua transformação ao longo da história, que um conceito é *errado*, pois, na medida em que não se deve observá-lo em disjunção ao seu referente, os conceitos clássicos de ação conseguem efetivamente representar o fenômeno a que se propõem – embora, certamente, vários reparos devam ser feitos nas várias teorias, sobretudo, em relação a elementos que lhes são marginais. Percebe-se, enfim, que as críticas normalmente direcionadas aos vários conceitos de ação são externas e circulares: elas existem por pressuporem que ação representa algo diverso daquilo retratado pela ideia criticada.

É, outrossim, muito comum o pensamento doutrinário no sentido de que a ação material seria um conceito errado, o que teria sido revelado pelo aprofundamento científico, ou, simplesmente, que se trata de uma noção ultrapassada. Aponta-se, inclusive, certa confusão entre a noção de ação civil, ou *actio*, e a noção de direito subjetivo.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Isso está presente em Liebman, que afirma, em significativa passagem, que “il rapporto col diritto soggettivo è il comune denominatore di tutte le dottrine dell’azione; e la cosa si comprende, quando si consideri che per esse il punto di partenza era dato dalla tradizionale opinione che identificava azione e diritto soggettivo e che pertanto il primo passo per affermare l’autonomia dell’azione doveva essere quello di operare la separazione tra i due concetti, che fino allora erano stati tenuti strettamente uniti” (*L’azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 25). Logicamente, aqueles que acolhem a sua doutrina de ação, acabam por incidir na mesma percepção, a nosso ver inexata, do conceito de *actio* ou ação civil ou, ainda, ação material. No entanto, é preciso fazer justiça ao processualista italiano: em seu conhecido artigo sobre ação, logo adiante à passagem citada, ele defende que não se pode aceitar uma “soluzione unitaria”, ou seja, não se pode adotar uma ideia em que o conceito de ação (em sentido processual) seja absorvido pelo direito material e, por sua vez, também é inaceitável um conceito de ação (mais uma vez, em sentido processual) em que se elimine a noção de direito material (p. 26). Bem vistas as coisas, Liebman tinha premissas consistentes para a elaboração de sua teoria da ação e conseguiu enxergar nitidamente que o conceito de ação tornou-se um sério campo de conflito terminológico, pelo que buscou, a partir daí, formular uma teoria que preservasse ambas as searas do direito que protagonizaram o conflito – talvez, por isso, a sua teoria *eclética*, que, quanto à abstração, insere a ação em meio termo entre o direito material e o processual. Isso não significa que se concorde com as ideias conceituais desenvolvidas pelo processualista italiano, mas é fundamental reconhecer a sua importância e, mais do que isso, a percuciência que levou ao reconhecimento de suas premissas – com exceção, já apontada, do conceito que adotou de *actio* – e a correção delas.

Todavia, conforme visto anteriormente, trata-se de uma bandeira retórica estratégica que, atualmente, não tem razão para se manter hasteada. É não só possível como importante que os conceitos de ação material e a ação processual convivam.

Pode-se afirmar que é uma falha dos processualistas modernos a crença em ter a ação processual substituído a antiga *actio*, consistindo em fenômenos flagrantemente distintos: a ação de direito material significa o agir de quem tem direito para a realização de um interesse juridicamente protegido, não sendo o “agir” autônomo e abstrato; já a ação processual é conceito autônomo e abstrato, o qual permite a qualquer um alegar ter direito, pretensão e ação material para conseguir, através do processo, agir materialmente, isto é, buscar a satisfação.¹⁵⁸ Portanto, “a ação de direito material e a ‘ação’ processual são categorias diferentes que designam fenômenos diversos, mas que guardam entre si um estreito vínculo instrumental: age-se processualmente para, verificada a procedência do pedido, agir-se materialmente”.¹⁵⁹

Sobre isso, vale relembrar a reflexão de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

A ser verdadeira a doutrina dominante, segundo a qual a ação (*agere*) de direito material teria sido, nossos sistemas jurídicos modernos, *substituída* pela ação processual, e sendo a ação de conhecimento apenas o “pronunciamento” que o Juiz faz, compondo o conflito, pergunta-se então: e havendo reconhecimento da procedência da demanda, não terá havido realização pelo Estado da ação de direito material que ele próprio vedou, pela via privada, a partir do momento em que o órgão jurisdicional *pratica aquela mesma atividade (agere)* que o titular do direito, reconhecido pela sentença, praticaria se o monopólio estatal da jurisdição não o tivesse impedido? A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade do obrigado, é a mesma ação de direito material, ou seja, o *agir* inerente a todo direito, realizado pelos órgãos estatais da jurisdição.¹⁶⁰

Logo, o monopólio da jurisdição pelo Estado não substituiu o agir privado, mas passou a conviver com ele, não sendo mais exercida a ação de direito material, em regra,

¹⁵⁸ MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 145.

¹⁵⁹ Idem, p. 147.

¹⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

pelo particular, mas através da jurisdição estatal. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA: “As ações exercem-se em juízo ou fora dele. Quem fala de ações, no sentido do direito material, que é o próprio, somente por associação (fato psíquico, extrajurídico) alude à justiça estatal, ou à própria autotutela”.¹⁶¹ Quer dizer, uma coisa é a situação jurídica em si, outra é a sua forma de exercício ou efetivação.¹⁶² Note-se, no entanto, que a ação material é um fenômeno de direito material – assim como o direito e a pretensão – e que, assim o sendo, ao ser alegada em um processo, depende de constatação do Estado-juiz, o que gera um estado de incerteza.¹⁶³

Enfim, a ação material não deve ser excluída da equação. É um conceito relevante para descrever o fenômeno material em toda a sua dinâmica e capaz de representar as várias situações jurídicas integralmente. O que, por outro lado, não pode ser tolerado é o uso da ação material como um conceito processual ou capaz de representar algum fenômeno processual. E é na ciência processual que os vários conceitos de ação, representando diversos fenômenos, precisam ser compatibilizados com maior acuidade.

¹⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., p. 78-79.

¹⁶² O mesmo caminho é trilhado por Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual existem duas realidades jurídicas distintas: a ação material (ligada ao direito material e concreta) e a processual (autônoma e abstrata), exercitando-se, nos casos em que vedada a autotutela, a primeira através da segunda: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1, p. 76.

¹⁶³ Sobre o ponto, vale conferir o importante debate entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que realizou a crítica acima sintetizada, e Ovídio A. Baptista da Silva, que impugnou estas ideias, com razão. São palavras do Professor Alvaro: “Para salvar essa evidente contradição, Pontes de Miranda sustenta que o direito à pretensão à tutela jurídica (*rectius*: pretensão à outorga de justiça) de modo nenhum é pretensão à sentença favorável (...). A explicação não satisfaz, porque ao mesmo tempo em que se reconhece que o demandante não tinha ação (de direito material) afirma-se que a ação foi exercida pela “ação”. Não se pode exercer o que não se tem, é o óbvio”. Afirma também: “Ora, se não é possível afirmar a existência do direito antes do contraditório, muito menos se poderá admitir a “ação material” já no início do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a eficácia da própria sentença” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47). Para a resposta, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76. Ver também, criticando a posição de Alvaro de Oliveira, pois ela reduziria o direito material a praticamente nada: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 130. Igualmente, destacando que a ação material é afirmada no processo e sujeita ou não à constatação: MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 132. No mesmo sentido: MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 151.

Nesse sentido, tem-se a percepção diferente, porém que busca alcançar resultados semelhantes, de FREDIE DIDIER JR. O processualista baiano procura realizar uma diferenciação entre *direito de ação*, que seria o direito fundamental abstratamente previsto de exigir a “tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva”; e a *ação como ato jurídico*, que seria o exercício do direito de ação, ou *demanda*, que inaugura o processo e define o seu objeto litigioso, trazendo ao processo, portanto, a afirmação do direito material.¹⁶⁴ Muito embora seja de se reconhecer a engenhosidade das ideias defendidas e o propósito legítimo e escorreito a que elas se voltam, a construção não tem sustentação analítica:¹⁶⁵ não se pode antever um direito, em abstrato, completamente dissociado de sua imagem, em concreto, como é a ação processual, em sua total pertença ao direito constitucional e processual, sem referência ao direito material, e a demanda, que se afigura como a alegação do direito material e, por isso, é dotada de concretude. Aliás, mais parece que a ideia em comento vê na ação, como situação estática, a ação abstrata e, na ação exercida, como ato, a ação concreta, como já fora defendido antes.¹⁶⁶ Contudo, são coisas distintas, que devem ter tanto sua representação estática, como situação jurídica potencial de um sujeito, e sua representação dinâmica, que se dá quando o mesmo sujeito, detentor da respectiva situação, exerce-a. A descrição mais precisa do fenômeno jurídico, portanto, é aquela que mantém cada um dos conceitos de ação, com alguns reparos necessários, e,

¹⁶⁴ DIDIER JR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 210, p. 50-52.

¹⁶⁵ A proposta principal do texto com o qual se dialoga é a de perspectivar a ação como um complexo de situações jurídicas (DIDIER JR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 210, p. 52-53). Basicamente, seria pegar todas as situações jurídicas de cunho processual aqui expostas e reuni-las num só termo, dito ação – muito embora o Didier Jr. vá além e acabe incluindo como “corolários” do direito de ação situações jurídicas que, embora sem dúvidas sejam exercíveis apenas em decorrência da ação, historicamente não recebem uma ligação forte com a ação, como o direito à prova, o que, parece-nos, é pouco útil para precisar o conceito de ação e torná-lo um conceito melhor delimitado e, assim, mais útil e seguro. O uso do conceito de ação se daria em uma espécie de sinédoque em que ação, simplesmente, assumiria um papel de conceito síntese dos vários fenômenos por ela representáveis, o que se parece bastante com a noção defendida por Fazzalari de reunião e sistematização de posições subjetivas (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975, p. 178). A ideia é boa e tem o mérito de tornar insignificante a disputa terminológica em torno do termo, como também de suplantiar as naturais dificuldades para a sedimentação de um termo para cada um dos conceitos. No entanto, é fundamental que se conheçam as várias ideias que o termo ação representa, justamente para evitar tomar uma por outra, o que pode gerar resultados desastrosos.

¹⁶⁶ “De todo o exposto, [...] exsurtem, decerto, o significado e a importância da verificação de duas situações, embora correlatas, de todo inconfundíveis: por um lado, a do sujeito de direitos, pessoa física ou jurídica, de invocar a tutela jurisdicional, quando se veja, qualquer deles, ameaçado ou violado por outrem; e, por outro, a concernente à indispensabilidade de atuação do titular de direito subjetivo material, em prol da respectiva preservação” (TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 22). No mesmo sentido vão vários outros autores, todos admitindo a ação abstrata conjuntamente à concreta, como parece fazer Fredie Didier Jr, chamando à primeira de direito de ação e à segunda de demanda. Sobre isso, conferir a nota 151.

para cada um desses conceitos, consegue divisar tanto sua previsão potencial como também o seu exercício em concreto, sem fraturar os conteúdos de cada uma das situações jurídicas, mesclando-as entre si.

Desse modo, o *direito de ação* como situação jurídica concedido a todas as pessoas por força constitucional pode ser exercido concretamente, *mantendo-se abstrata a ação – portanto, para esta situação jurídica, é irrelevante a demanda ou, de qualquer forma, o direito material deduzido –, que nada mais é do que a exigência, capaz de gerar o processo (direito potestativo) de que o Estado-juiz cumpra sua função jurisdicional (direito prestacional)*. O que vem gerando bastante confusão na doutrina é que, *simultaneamente ao exercício do direito de ação, há também o exercício do que chamamos, para preservar a terminologia clássica, de ação concreta, mas poderia ser também chamado de demanda, isto é, o pedido de tutela de uma situação jurídica material alegada*. Dessa forma, consegue-se ver precisamente que, para cada uma das situações jurídicas em potência, ou seja, para as várias ações descritas ao longo do texto, corresponde um ato jurídico próprio de exercício, que normalmente é concretizado simultaneamente e mediante o mesmo instrumento, mas que é uma manifestação de vontade com conteúdo substancialmente distinto.

De todo modo, é muito proveitosa a ideia defendida por FREDIE DIDIER JR., e antes por ELIO FAZZALARI¹⁶⁷ e por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,¹⁶⁸ de que a ação pode ser vista como um conjunto de situações jurídicas atribuídas ao sujeito, que engloba todas as posições processuais já destacadas: o direito ao processo e a uma manifestação do Estado-juiz, o direito à manifestação do Estado-juiz quanto ao mérito, prestando propriamente tutela, e, finalmente, o direito a uma decisão de procedência com aplicação das técnicas

¹⁶⁷ “Affermatasi da molti decenni la separazione fra la situazione sostanziale e l’azione (e segnatamente – il problema ha interessato innanzitutto i processualisti civili – fra diritto soggettivo e azione, sotto il riflesso che la seconda è, sì, concessa in relazione all’esistenza, asserita o effettiva, della prima, ma da essa nettamente si distingue, è ormai agevole constatare che l’azione non si esaurisce nella facoltà del soggetto di mettere in moto il processo, ma consiste, appunto, in tutta una serie di facoltà, poteri e doveri, quanti la legge ne assegna al soggetto per la sua condotta, lungo tutto l’arco del processo” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975, p. 179-180). De todo modo, é de se destacar que o conceito de ação de Fazzalari é mais amplo, pois atribui esse poder a qualquer sujeito que participe do processo, notadamente ao réu e mesmo ao interveniente, o que leva o autor a adotar um conceito reduzido de exceção, que seria apenas a alegação de fatos impeditivos ou extintivos, uma vez que ambas as partes teriam, usualmente, ação (p. 182).

¹⁶⁸ “Em uma palavra, a ação é um poder sim, mas um poder que se desdobra em uma infinidade de poderes coordenados à provocação do ato final do processo (sentença de mérito, no processo de conhecimento; ato de entrega do bem, na execução forçada)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas do processo civil. Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283). Vale destacar que o autor imputa a Windscheid a construção dessa ideia.

adequadas para a tutela do direito material específico. Tudo em uma escala sequencial, cada um com seus requisitos próprios, pressupondo o exercício regular do direito anterior, mas que podem ser resumidos sincreticamente pelo conceito de ação – aqui, em um sentido processual.

A ciência é pretensamente descritiva e, para se fazer ciência jurídica é necessário delinear com precisão os fenômenos, utilizando-se de conceitos úteis para representá-los com precisão. Ignorar um conceito útil é ignorar uma parte do fenômeno jurídico, tornando-o menos preciso e, com isso, sujeitando a operação com os conceitos a erros. Não se ignora que o direito é artificial, no sentido de ser uma criação humana que serve a uma utilidade prática fundamental – notadamente, o controle da violência. Ora, isso, todavia, está longe de tornar desnecessária a precisão conceitual, fundamental para a comunicação entre os vários utentes do sistema jurídico e indispensável para a sua compreensão adequada.

A postura mais adequada, e a única capaz de dar um trato científico adequado ao problema do conceito de ação, perceber que cada uma das ideias lançadas sobre o que seria a ação tem validade em relação a um fenômeno específico, a que é voltada a representar. Ignorar os fenômenos leva ao erro de percepção e de descrição da dinâmica jurídica em seu todo. Continuar a disputa sobre a ação é insistir em uma pretensão de exclusividade terminológica que não propicia qualquer avanço científico. O que se impõe, a partir disso tudo, é uma tomada de posição compreensiva, em que o uso do termo ação – material, processual, eclética ou concreta – enfoque muito mais na ideia representada e em suas características, evitando-se críticas externas e tautológicas que partam de uma preconcepção do que significa a ação.

Justamente para evitar o debate terminológico, o uso do termo ação deve ser sempre qualificado, seja como *ação material*, como grau de impositividade do direito; ou seja como *ação em sentido processual*, que engloba as situações jurídicas do *direito de ação*, como direito à prestação jurisdicional, *ação eclética*, como direito à sentença de mérito, e *ação concreta*, como direito à tutela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, ação e tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ARRUDA ALVIM. **A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo**. In: Camilo Zufelato; Flávio Luiz Yarshell (org.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Breves notas sobre jurisdição e ação**. In: Camilo Zufelato; Flávio Luiz Yarshell (org.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Uteha, v. 1, 1944.
- CALAMANDREI, Piero. **La relatività del concetto d'azione**. *Opere giuridiche* – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1969.
- _____. **La acción en el sistema de los derechos**. Peru: Instituto Pacífico Editores, 2015.
- COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **Observações sobre o conceito de pretensão**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_observa%E7%F5es_sobre_o_conceito_de_pretens%E3o.pdf. Acesso em: 23/04/16.
- DIDIER JR, Fredie. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, v. 210.

- _____. **Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2016.
- _____. **Polêmicas do processo civil.** Fundamentos do processo civil moderno. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2001.
- DINAMARCO; Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2016.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale.** Padova: Cedam, 1975.
- GOMES, Fábio. **Carência de ação.** São Paulo: RT, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Revisitando a teoria do processo.** Paulo Henrique dos Santos Lucon; Ricardo de Carvalho Aprigliano; João Paulo Hecker da Silva; Ronaldo Vasconcelos; André Orthman (coord.). *Processo em jornadas.* Salvador: Juspodivm, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano – I: parte geral.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- KASER, Max. **Direito Privado Romano.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **L'azione nella teoria del processo civile.** *Problemi del processo civile.* Napoli: Morano, 1962.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. **Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia.** *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2015, v. 250.
- MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **A obrigatoriedade da denúncia da lide e os novos aportes teóricos para sua compreensão: uma análise do atual e do novo CPC.** *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2013, v. 225.

- MACHADO, Fábio Cardoso. **“Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material.** In: Guilherme Rizzo Amaral; Fábio Cardoso Machado (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** Campinas: Millennium, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.** São Paulo: RT, 2015, v. 1.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres do processo civil, volume I: direito de ação, partes e terceiros, processo e política.** São Paulo: RT, 2005.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral.** In: Guilherme Rizzo Amaral; Fábio Cardoso Machado (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito subjetivo, pretensão e ação.** Revista de processo. São Paulo: RT, 1987, v. 47.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria da ação de direito material.** Salvador: Juspodivm, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Direito material, processo e tutela jurisdicional.** Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 386.
- _____. **O problema da eficácia da sentença.** In: Guilherme Rizzo Amaral; Fábio Cardoso Machado (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2014.
- PEKELIS, Alessandro. **A ação.** Revista da Ordem dos Advogados, 1941, v. II, ano 1.

- POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Bookseller: Campinas, v. 1, 1998.
- _____. **Tratado de direito privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. V.
- _____. **Tratado de direito privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI.
- PUGLIESI, Giovanni. **L'‘actio’ e la ‘litis contestatio’ nella storia del processo romano**. Studi in onore di Enrico Tullio Liebman. Milano: Giuffrè, 1979, v. 1.
- PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2010.
- ROSEMBERG, Leo. **Da jurisdição no processo civil**. Campinas: Impactus, 2005.
- SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. **Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil**. Flavio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. 40 anos de teoria geral do processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação**. In: Guilherme Rizzo Amaral; Fábio Cardoso Machado (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2014.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo civil (subsídios para a Teoria Geral do Processo Civil)**. Revista de Processo. São Paulo, RT, 1988, n. 52.
- _____. **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**. São Paulo: Saraiva, 1978.

VIDIGAL, Luís Eulalio de Bueno. **Existe o direito de ação?** Revista de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1966, 5º volume.

VILLEY, Michel. **Direito romano.** Porto: Rés-Editora, 1991.

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho.** Ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.
Trad. por Dr. Juan M. Semon.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.