JOÃO LUIZ CENTENARO

O DIREITO DE AÇÃO

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná em convênio com a Escola Superior de Advocacia, o Instituto dos Advogados do Paraná e OAB/PR Subseção Toledo.

TOLEDO

2002

Ao Soberano Árbitro dos Mundos, a Justiça perfeita;

Aos mestres, pela dedicação, esforço e despreendimento em conosco dividir seus conhecimentos;

Aos amigos que a vida afasta e que a lembrança reúne;

À Nilda, minha esposa, pelo incentivo e apoio e à Camila, minha filha, anjo que me foi confiado.

SUMÁRIO

RESUMO.....iv
1 INTRODUÇÃO.....1
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....3
3 CONCEITO DE AÇÃO.....5
4 NATUREZA JURÍDICA E EVOLUÇÃO.....6
5 O DIREITO DE AÇÃO.....17
6 O DIREITO DE AÇÃO NO PLANO CONSTITUCIONAL.....20
7 O DIREITO DE AÇÃO NO PLANO MATERIAL.....22
8 O DIREITO DE AÇÃO NO PLANO PROCESSUAL.....26
9 O DIREITO DE AÇÃO NO DIREITO COMPARADO.....43
10 CONCLUSÃO.....45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....46

RESUMO

Análise do instituto do direito de ação de acordo com os vários entendimentos do mesmo durante sua evolução histórica e frente às várias teorias relativas à ação. Discorre sobre o conceito de ação, sua origem, evolução histórica e natureza jurídica. Analisa o direito de ação no plano constitucional enquanto garantia de acesso à justiça assegurada a todo cidadão e no mais amplo aspecto. Analisa o direito de ação no plano material, onde geralmente origina-se o direito material objeto da tutela a ser obtida pelo direito de ação. Análise também do direito de ação no plano processual, objeto maior do presente trabalho, tendo este, o processo, como instrumento para exerce-lo em busca da prestação da tutela jurisdicional do Estado para garantir o direito à efetiva prestação jurisdicional, com a satisfação ou não da pretensão. Mencionar a existência do direito de ação frente ao direito comparado. Apoia-se em dados doutrinários bem como em textos legais inerentes ao mesmo.

Palavras chave: Ação, Direito de Ação, Pretensão

1. INTRODUÇÃO

Não é pacífico entre os processualistas e estudiosos do direito o verdadeiro conceito do direito de ação, tornando-se, por conseguinte, sempre um tema controvertido e estimulante, sendo uma fonte inesgotável de debates e estudos.

Desde Aristóteles, passando por Cícero e Locke, até chegarmos a Montesquieu, intuiu-se que o poder do Estado deve se manifestar por intermédio de três funções: a executiva, a legislativa e a judicante. Tais funções não devem ser consideradas, propriamente, três poderes, pois o poder estatal é um apenas.

Montesquieu, consagrado como o grande inspirador da necessidade de separação entre as funções do Estado, para se evitar a concentração do poder e o arbítrio, jamais empregou as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", referindo-se tão-somente à necessidade de "equilíbrio entre os poderes". Cada um destes apresenta uma esfera de ação delimitada constitucionalmente, cabendo ao Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição, ao aplicar o Direito aos casos concretos sob sua apreciação. A jurisdição é monopólio do Estado, e sua invocação é um direito público subjetivo, expressamente previsto na Constituição Federal. Se o interessado não puder arcar com despesas processuais, terá direito a assistência jurídica. Para exercitar uma pretensão em juízo, o interessado deve ter o direito de ação, que é autônomo e não se confunde com o direito material propriamente dito, o qual será declarado ou não pelo juiz, dependendo de sua livre apreciação do caso. O direito de ação é autônomo, não depende da existência real do mérito daquele que o exerce.

Uma pessoa poderá não ter um direito material, cuja inexistência será determinada pelo Judiciário, mas nada impede que, preenchidos os requisitos legais, o interessado ingresse em juízo. Tanto isso é verdade que a lei pune o litigante de má-fé ou condena o perdedor da ação ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios da parte contrária. A parte cuja obrigação é exigida por aquele que aciona o órgão

judiciário poderá tomar duas atitudes: concordará, expressa ou tacitamente, com a pretensão do autor ou resistirá a esta, respondendo ao seu adversário. Daí, a distinção sempre útil entre demanda e litígio. Toda ação implica uma demanda; nem toda demanda, contudo, produz litígio. Somente haverá, efetivamente, litígio se houver resposta do réu.

Pode então, o direito de ação ser definido como o direito subjetivo público de pleitear, perante o Estado, a satisfação de um interesse reconhecido por lei. Constitucionalmente o direito de ação se fundamenta no artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição da República. Evidente que, para existir o direito de ação, é preciso que o fato esteja disciplinado em norma jurídica, pois a todo direito corresponde uma ação, que o assegura, estabelece o Artigo 75 do Código Civil Brasileiro. Inadmissível confundir o direito de ação com a ação propriamente dita. O direito de ação é ato em potência, concretizado ou não pela vontade do titular: A lei simplesmente confere o direito de ação, que pode ou não ser exercido por alguém, não desaparecendo em qualquer caso. O direito de ação, reitere-se, é potência, é mera autorização que a norma atribui ao interessado para pleitear a satisfação de um interesse objetivamente tutelado pela ordem jurídica. Já a ação é ato, é realização da potência.

Apesar de o direito de ação estar intimamente relacionado com a teoria da ação, as condições da ação e com os princípios processuais constitucionais, sendo praticamente impossível falar dele sem considerar estes pontos e por não pretendermos tornar o presente trabalho extenso por demais, procuramos aqui, após uma rápida visão de sua evolução histórica, delimitá-lo, enfocando-o basicamente sob três aspectos, quais sejam: o direito de ação nos planos constitucional, material e processual, além de uma breve abordagem deste no direito comparado.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Até meados do século XIX o processo civil era tratado como mero apêndice do Direito Civil, como se não tivesse a importância de merecer tratamento mais acurado dos cultores do Direito. Contudo, durante o movimento de recepção do Direito Romano na Europa continental, com especial destaque para a escola pandectista alemã (Windscheid, Puchta, Jhering, Savigny e Dernburg), os juristas se dedicaram ao debate da questão da codificação do direito privado, avivado na Alemanha com a célebre polêmica Tribauht-Savigny, vencendo, porém, a tese da codificação com o advento do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) e da ZPO (Zivilprozebordnung).

Foi com esse quadro de transformações que surgiu na Alemanha, em 1868, o trabalho pioneiro de Oskar von Büllow sobre as exceções e os pressupostos processuais (Die Lehre von den Einreden und die Prozebvoraussetzungen) que, embora tratasse do processo civil na visão de recepção do Direito Romano, traçou os princípios básicos de forma a dar contornos de ciência ao Direito Processual Civil. Nasceu, portanto, com a obra de Büllow, o Direito Processual Civil como ciência autônoma do Direito Civil.

Com isso a doutrina alemã evoluiu da tratativa da actio do Direito Romano, para a doutrina da Anspruch (pretensão), que culminou com a firme teoria do direito abstrato de ação.

A conseqüência dos estudos alemães sobre a autonomia do Direito Processual Civil e a teoria abstrata do direito de ação foi sua introdução no direito italiano pelo comando de Giuseppe Chiovenda, já no começo deste século XX.

Considerando o direito de ação como autônomo em face do direito material, a doutrina processualística procurou traçar o perfil desse direito, fixando requisitos para o seu exercício.

No Brasil a Constituição Federal adotou, no capítulo dos direitos e garantias, o direito de ação como garantia fundamental, ao dizer que a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88).

Esse direito de ação, garantido constitucionalmente, não significa direito absoluto, pois a lei processual determina quais os requisitos para que alguém possa fazer valer o comando que emerge do texto constitucional referido.

Para que o juiz possa aferir a quem cabe a razão, julgamento do mérito a favor de um ou outro dos contendores, é preciso que passe antes pelo exame de questões preliminares que, lógica e necessariamente, devem ser analisadas antes do exame do mérito, isto é, do pedido. Este, é a última questão que, de ordinário, deve ser apreciada pelo juiz.

Estas questões preliminares dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação (condições da ação), envolvendo ainda os pressupostos processuais.

3. CONCEITO DE AÇÃO

Diante da teoria predominante sobre a natureza jurídica da ação, ou seja, a do direito abstrata e autônomo, Manoel Antônio Teixeira Filho esboça um conceito que retrata fielmente os contornos da referida teoria, que aqui transcrevemos.

Diz o processualista tratar-se de "um direito subjetivo público e autônomo, de natureza constitucional, mediante o qual o autor; satisfeitos os requisitos legais, pede um pronunciamento jurisdicional do Estado a respeito de um interesse manifestado, sem que o adversário possa impedir a invocação dessa tutela."

Releva notar, entretanto, alguns pontos que o mesmo autor vê no Conceito:

a) "é um direito - e não simples poder - pois o Estado, ao proibir a auto satisfação dos interesses individuais, fez do ato de provocar o exercício da função jurisdicional um inequívoco direito subjetivo.";

b) "subjetivo público, porque o interesse na composição da lide não é apenas dos indivíduos em conflito, mas também do Estado.";

c) "e autônomo, porquanto o ingresso em juízo, a despeito de ter; no mais das vezes, a finalidade de proteger o direito material, não depende, para o seu exercício e a sua efetiva existência, do direito substancial.";

d) "pede um pronunciamento jurisdicional do Estado.... qualquer ofensa (ou ameaça) a direito individual só possa ser reparado por ato do Poder Judiciário,"

e) "a respeito de um interesse manifestado. O interesse forma dentre as condições da ação (CPC, art. 30) e se manifesta, concretamente, sob a forma de pedido para o Estado-Juiz...";

f) "sem que o adversário possa impedir a invocação dessa tutela. A ação é proposta contra o Estado, que é detentor da correspondente obrigação de prestar a tutela jurisdicional, contando que o autor a requeira nos casos e forma legais (CPC, art.. 20)."

4. NATUREZA JURÍDICA E EVOLUÇÃO

Durante muito tempo, discutiu-se a natureza jurídica do direito de ação através do surgimento de diversas teorias, como a Civilista (também denominada Clássica ou Imanentista), a do direito Autônomo e Concreto, a do direito Autônomo e Abstrato, dentre outras.

Foram muitas as teorias que procuraram analisar a natureza jurídica da ação, a primeira delas a teoria Civilista, que tem a sua origem historicamente vinculada ao direito romano, com os seus principais precursores Celso e Ulpiano.

A doutrina Civilista, segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, "concebia a ação como o direito de postular em juízo o que fosse devido (acho nihil allud est quam ius persequendi in judictio quod sibi debeatur)".

Com o estudo desenvolvido pelos romanos, marco inicial da teoria Civilista, vê-se que na expressão supracitada eles confundiam ação e processo com o próprio direito material, nada obstante ao fato de que este "...cuida de estabelecer as normas que regulam as relações jurídicas entre as pessoas, enquanto o processual visa a regulamentar uma função pública estatal" visualizando este princípio, se toma fácil assimilar a concepção romana do direito de ação, que confundia o direito de ação com o direito material.

Mas é Savigny o principal doutrinador e formulador da teoria Civilista, visto que foi ele quem desenvolveu e modernizou aquela concepção romana, embora tenha continuado o respeitado doutrinador a confundir o direito de ação com o direito material, para quem tratava-se de uma mesma coisa; a sua concepção em tomo da natureza jurídica do direito de ação nada mais era do que aquela adotada pelos romanos.

A teoria Civilista tem a sua base assentada em três premissas principais, assim esboçadas

1°) não há direito sem ação;

2°) não há ação sem direito;

3°) a ação segue a natureza do direito.

A primeira premissa mostrou-se, historicamente, uma grande verdade jurídica, tanto é que o próprio código civil brasileiro, em seu artigo 75, consagrou o princípio ali contido, ou seja, "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura."

Corrobora o exposto supra a lição de Jorge Pinheiro Castel, para quem "o próprio código civil brasileiro elaborado, em 1.916, numa época ainda impregnada pela teoria Imanentista, dá uma visão plana (ou não dualista) do ordenamento jurídico, na qual, o processo não passa de mero procedimento jungido ao direito material e desprovido de independência. Para este diploma legal, a ação é tida como o próprio direito subjetivo substancial violado em reação ao contra a lesão. Tanto é que, este estatuto de direitos materiais, no seu art. 75, enuncia: a todo direito corresponde uma ação, que o assegura."

Contudo, a segunda premissa não foi bem aceita, e aí os civilistas não resistiram às críticas, pois, ao afirmarem que não há ação sem direito, levaram ao descrédito aquela teoria, uma vez que não perceberam que o que o juiz julga procedente ou improcedente é o pedido, e não a ação . A ação, por si só, sempre será procedente. Em conseqüência, a terceira premissa também mostrou-se uma inverdade jurídica.

Dessa forma, os civilistas não conseguiram explicar a situação criada por uma ação que se formalizou e, ao final, foi extinta por inexistência do direito material, situação que não pode ensejar a afirmação de que, formalmente, não existiu o direito de ação legalmente exercida pelo autor.

Ainda, não conseguiram os civilistas explicar a ação declaratória negativa, tendo em vista que o autor pode ter interesse apenas em ver declarada a existência ou inexistência de relação jurídica, conforme se depreende do texto contido no art. 40, I, do código de processo civil vigente. O autor, neste tipo de ação, pode apenas pedir ao juiz que declare por sentença que não existe a relação jurídica, sendo, o seu interesse

limitado a ver declarada a inexistência do direito material. Assim, tal situação levou ao total descrédito a teoria Civilista, que acabou não se impondo.

Em 1856 o alemão e professor universitário Bernard Windscheid publicou uma obra denominada "A ação no direito romano sob o ponto de vista do direito atual," quando então se viu nascer uma polêmica sobre o conceito da ação (actio) no direito romano com outro ilustre processualista, o alemão Theodoro Muther

Em sua obra, Windscheid, dentre outros aspectos, procurou "...demonstrar a profunda diversidade entre os sistemas jurídicos de Roma e os do mundo moderno, considerando que aquele era um sistema de actiones, razão por que somente por intermédio da actio é que se pode chegar ao ius;"(TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, ob. Cit.).

O Citado doutrinador, em seu estudo, chegou à conclusão de que a actio do direito romano constituía em um fenômeno que era representado, no direito contemporâneo, pela "pretensão", que se constituía na possibilidade de impor a vontade em via judicial.

Por outro lado, em 1875, Theodoro Muther, com a sua obra denominada "Zer Lehre von der romischem Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation uncider Singular sucession in Obligationem" dentre outros aspectos, procurou demonstrar que no sistema romano o "Ius" tinha primazia em relação à "actio", vem como a sua definição, segundo o direito à tutela jurídica, que o magistrado é que era o titular passivo e não adversário.

Distinguiu Muther o direito de ação do direito material (direito lesado), pregando que aquela consistia no direito à tutela do Estado, devendo, por conseguinte, ser exercida contra o mesmo. Daí se pôde, então, distinguir o direito subjetivo material e o direito de ação, sendo que desta devem nascer dois direitos de natureza pública, quais sejam, o direito do ofendido à tutela do Estado e o direito deste mesmo Estado eliminar a lesão contra quem o praticou.

Para Muther a ação se diferenciava do direito subjetivo material tanto pela

diversidade do sujeito passivo quanto pelo fato de que existem direitos não protegidos pela ação. Ao contrário de Windscheid, sustentou que o ordenamento jurídico romano não era um sistema e ações e sim de direitos, à feição dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Portanto, a partir da polêmica que se formou entre os dois doutrinadores, constatou-se que a ação começou a ser proclamada como um direito subjetivo público e autônomo. Surgiu, assim, uma nova visão do direito de ação, formando-se duas correntes fundadas em sua autonomia, analisadas nos tópicos seguintes.

A autonomia do direito de ação tem o seu nascimento, a partir da obra de Von Bullow sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada, na Alemanha, em 1868. A mencionada obra é marcada pela influência da célebre polêmica desenvolvida durante o período de 1.856/1.857, entre os romanistas alemães Beenhard Windscheide Theodor Muther.

Em 1.868, entretanto, Von Bullow sustentou o caráter público da relação jurídica processual e que a ação era um direito concreto, muito embora, também, visse a impossibilidade de se caracterizar um direito pré-processual à sentença, devendo a tutela jurisdicional ser prestada através dê uma sentença justa.

Comparando-se a afirmação de Von Bullow com a concepção romana de Ulpiano e Celso, conforme já ressaltado anteriormente, verifica-se que ambos vinculavam a existência da ação ao direito material, fato que, de início, leva ao entendimento de que o primeiro continuou sob a influência da doutrina Civilista.

Entretanto, algum tempo depois (1.885) na Alemanha - embora em 1.877 Degenkolb e Plàsz já tivessem desenvolvido os seus estudos sobre a teoria do direito Autônomo e Abstrato - Adolpizo Wach, sob a influência da doutrina de Muther, elaborou a teoria do direito Concreto à Tutela Jurídica, visando demonstrar que a ação era um direito autônomo; na oportunidade, elaborou, ainda, uma monografia sobre a ação declaratória, sendo, por esta razão, apontado como um dos fundadores da processualística contemporânea.

Demonstrou Adolpho Wach, através da referida obra, que especificamente com a ação declaratória negativa (art. 40, 1, CPC) o que se pretende é apenas a declaração da inexistência de uma relação jurídica anterior, constituindo-se assim a ação em um direito autônomo, sem nenhuma ligação com o direito material. O referido processualista, portanto, foi o primeiro a separar o direito de ação do direito material, proclamando, a partir de então, que o conteúdo da sentença nada tinha a ver com o direito de ação.

Ainda, para Adolpho Wach a ação deveria ser dirigida contra o Estado, pois a este caberia o dever de proteção jurídica, muito embora, também, a ação fosse contra a outra parte envolvida no litígio.

Pretendeu-se, assim, o entendimento de ser a ação um direito subjetivo público e autônomo, entretanto só podendo ser satisfeita quando a sentença fosse favorável, surgindo em conseqüência também a sua natureza concreta.

Em síntese, diante de tal concepção, a ação teria uma natureza de direito público, pois dirigida contra o Estado; autônoma, pois não necessariamente vinculada ao direito subjetivo material violado; concreta, pois materializada em um direito, só verificado quando existisse um direito subjetivo. Dessa forma, sem isso não se conseguiria uma sentença e, de conseqüência, não haveria ação.

Finalmente, para os defensores desta teoria, como Von Bullow, Adolpho Wach, Hellivvg e outros, o direito de ação, embora subjetivo público, diverso do material lesado, só poderia existir condicionado à existência do direito material.

A Teoria da ação como direito Autônomo e Abstrato, foi iniciada por Degenkolb e Plàsz, e seguida por Alfredo Rocio; Hugo Rocio; Costure; Carneluti; Liebman; Alfredo Buzaid; Amaral Santos; Lopez da Costa, dentre outros.

Contrapondo-se às diversas teorias existentes sobre a natureza jurídica do direito de ação surgiu, por volta de 1.877, com Degenkolb, na Alemanha, e com Plàsz, na Hungria, a teoria da ação como direito Abstrato. Para esta teoria não bastava simplesmente distinguir a ação do direito material invocado, visto que aquela deveria

ser entendida como o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado - uma vez que contra este deveria ser dirigida, como sujeito passivo da demanda. Assim, a composição da lide independeria da existência ou inexistência do direito material, pois haveria ação mesmo quando a sentença não concedesse ou negasse a existência do direito, ou concedesse o direito a quem não o possuísse.

Este é o magistério de Moacyr Amaral Santos: "...não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega o direito (ou a pretensão) invocado pelo autor; como também quando a sentença concede o direito a quem o não tenha realmente. Isso quer dizer que o direito de ação independe da existência do direito invocado."

Assim, na concepção da referida teoria o direito de ação deve ser autônomo e abstrato, uma vez que a ação não deve estar ligada ao concreto; o que deve estar ligado ao concreto é a pretensão a qual, por sua vez, emerge do direito material violado. Daí resultar a sua autonomia. Em conseqüência, se a ação deve estar desligada do caso concreto, ela deve ser também abstrata, sendo portanto qualquer ação procedente.

Por outro lado, mesmo que ao autor seja negado o pedido, através de uma sentença, não poderá deixar de ter havido uma ação e, consequentemente, a composição da lide.

Ainda, para o autor exercer o seu direito de agir, acionando o Estado, bastará que o mesmo faça referência apenas a um interesse (pretensão) o qual, por outro lado, deve ser protegido abstratamente pelo direito material. O Estado, por sua vez, tem o dever de proferir uma sentença sobre o caso, ainda que esta não venha a acatar o pedido do autor que, incontestavelmente, exercitou o seu direito de ação.

A partir de então, consagrou-se a ação como direito público subjetivo, preexistente ao processo e sem qualquer vínculo com o direito material alegado, ganhando destaque no mundo jurídico a teoria Abstrato de agir.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior preleciona que "...modernamente, prevalece a conceituação da ação como um direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja

esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. E, por isso, abstrato. E, ainda, autônomo, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o de ação declaratória. E, finalmente, instrumental, porque se refere sempre a decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa)."

Em face do exposto, registra-se que os partidários da teoria em questão, ao formularem a petição inicial, o fazem na forma seguinte, pois a ação é dirigida contra o Estado (sujeito passivo da demanda) e não contra o particular (como no caso da teoria de Chovendo): "A" vem propor (contra o Estado e não contra o particular) a presente ação em face de "B".

Cabe a Degenkolb o mérito de ter criado, em 1.877 a teoria da ação, não apenas como direito autônomo, mas ainda abstrato. O direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação, quando uma sentença injusta nega à direito, nem quando uma sentença conceda direito a quem não o tenha efetivamente. O direito de ação exige apenas que o autor faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito, ficando o Estado, só por isso, obrigado a exercer sua atividade jurisdicional proferindo uma sentença, ainda que desfavorável.

Para Alfredo Rocco, o indivíduo que sentisse o seu direito ameaçado deveria recorrer ao Estado, pois somente a este caberia, com exclusividade, prestar a tutela jurisdicional, uma vez que vedado estava ao particular fazer justiça pelas próprias mãos. Além disso, sendo a ação de natureza abstrata, é também de incondicionada, e portanto qualquer pessoa pode propô-la.

Daí Alfredo Rocco ter separado em duas classes os interesses, ou seja, em interesse tutelado pelo direito e o interesse sob a tutela do Estado, chegando inclusive a afirmar que "toda pessoa, que é titular de interesses tutelados pelo direito, tem interesses em que o Estado intervenha para a satisfação de seus interesses. "

Na ótica de Alfredo Rocco, para que se configurasse o direito de ação

(dirigido contra o Estado) era bastante que a pessoa fizesse referência a um interesse primário, embora juridicamente protegido.

Finalmente, entendia o doutrinador ser o direito de ação "...um direito público subjetivo do indivíduo contra o Estado, e só contra o Estado, que tem por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato na intervenção do Estado para a eliminação dos óbices que a incerteza ou a inobservância da norma aplicável ao caso concreto possam opor à realização dos interesses tutelados."

Em 1.903, portanto antes de Alfredo Rocco (1906), o ilustre doutrinador Chiovenda, que se proclamava discípulo de Adolpho Wach, com a sua teoria da ação como direito Potestativo, desenvolveu algumas modificações na teoria da ação como direito concreto.

Conforme proclamava Adolpho Wach, também Chiovenda via a ação como um direito autônomo e abstrato, muito embora discordasse quanto ao destinatário da ação. Para ele, a ação não seria dirigida contra o Estado, mas contra o próprio adversário, portanto, o direito de ação não seria subjetivo, posto que não lhe corresponderia a obrigação do Estadò.

Assim, na concepção do mestre italiano, "...a ação não se dirige contra o Estado, mas contra o adversário: é o direito de provocar a atividade jurisdicional contra o adversário, ou, mais precisamente, em relação ao adversário. " Portanto, para os partidários da teoria abstrata o destinatário seria o Estado, enquanto que para os partidários da teoria de Chiovenda seria o particular.

Na concepção desta teoria (Chiovenda criou uma terceira categoria de direitos ao lado dos direitos pessoais e reais), o direito de ação seria sempre um direito Potestativo, ou seja, um direito de poder donde se poderia evidenciar que para o autor haveria uma conseqüente produção de resultados jurídicos, em detrimento da parte adversa que deveria suportar o ônus desses resultados, pois nada poderia fazer.

Segundo o mesmo doutrinador; tendo em vista que a função jurisdicional seria privativa do Estado, o seu exercício só se efetivaria mediante a provocação do

interessado, consignando aí o princípio da demanda, consagrada pela atual legislação processual civil brasileira; o Estado só deve prestar a tutela jurisdicional se o autor a requerer; ou seja, "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional sertão quando aparte ou interessado a requerer; nos casos e forma legais."

Em suma, a ação para a teoria do mestre italiano seria como um direito de poder, o qual pertenceria a pessoa que teria razão contra quem não a teria. Como exemplo, os partidários desta teoria, ao formularem uma petição inicial, procederiam assim: "A" vem propor a presente ação contra "B".

Enrico Tullio Liebman, que foi discípulo de Chiovenda viveu no Brasil durante muitos anos, especificamente a partir de 1.940, onde ajudou a fundar a Escola Processual de São Paulo.

Na concepção do mestre italiano a ação pode existir até mesmo quando não se tiver o direito que se pleiteia, embora o autor deva preencher determinadas condições, as quais permitirão ao juiz julgar o mérito da causa. Leia-se direito material.

Portanto, para o mestre o direito de ação é autônomo, abstrato, incondicionado, muito embora tenha que ser legitimamente exercido, devendo o mesmo corresponder a uma sentença que aprecie o mérito, e, para tanto, observar as condições da ação.

A melhor técnica processual recomenda que a designação correta deveria ser requisitos da ação, pois em sendo esta incondicionada não há o que se falar em "condições" da ação.

Uma vez preenchidas as condições supracitadas pelo proponente, terá ele o direito de ação, ou seja, direito a que o juiz julgue o mérito da causa, mesmo que venha decidir contra a sua pretensão.

Nestas condições, o direito de ação confere ao autor o direito de obter uma sentença que julgue o mérito da causa, devendo a mesma ser dirigida contra a Estado (e não contra o réu), pois ele é que tem o poder de julgar.

Finalmente, convêm ressaltar que a teoria de Liebman refletiu na elaboração

do atual Código de Processo Civil Brasileiro que, em seu artigo 3°, preceitua, "in verbis": "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade."

Por outro lado, no artigo 267, item VI, se constata que o processo se extinguirá: "quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;"

A primeira vista, pode parecer que o Código do Processo Civil de 1.973 adotou, na íntegra, tal teoria. Entretanto, quando o mesmo trata dos procedimentos especiais, se verifica que o referido diploma legal concede ação somente àqueles que porventura a tenham realmente, como no caso da ação de prestação de contas, artigo 914, do CPC, que somente as pessoas definidas nos casos ali estabelecidos podem propor. Outros casos podem ser ainda citados, como os dos artigos 926 e 932, que tratam da manutenção e da reintegração de posse e do interdito proibitório, respectivamente.

Em tais casos, conforme se depreende da leitura dos referidos dispositivos, somente se confere a ação a quem realmente tenha um direito, e não a quem somente se afirme titular de um direito.

Por outro lado, tem-se que também a ação coletiva objetiva a provocação da atividade jurisdicional, dirigida em face do Estado, refletindo-se aí, igualmente, a sua natureza pública e o seu conteúdo uniforme, qual seja, o pedido de um provimento de caráter constitutivo ou declaratório, visto não haver no presente caso um provimento condenatório. Tanto quanto no caso acima, aqui também não há a natureza concreta, pois existe independentemente da existência do direito material, seja qual for o provimento jurisdicional.

É ainda do magistério do mesmo autor, aqui oportunamente lembrado, que "com efeito, mesmo no caso do conflito coletivo, que é deduzido em juízo através da ação coletiva, a atividade jurisdicional, impulsionada pela demanda coletiva ou pela representação do Ministério Público, ao realizar o processo de colmatação de lacunas por meio de normas retiradas das dobras do ordenamento jurídico (caso se queira

entender que a ação coletiva impulsiona o exercício de atividade jurisdicional, instaurando um processo jurisdicional e não totalmente legiferante), cumpre, em grau de generalidade máxima (não aqueles considerados na sua especificidade), os escopos da jurisdição, que são os mesmos em todo e qualquer processo e ação."

5. O DIREITO DE AÇÃO

O direito de ação é o direito subjetivo público de pleitear ao pode judiciário uma decisão sobre uma pretensão.

Com a evolução da sociedade e da complexidade das relações com as quais ela se envolta, chegou um momento que o Estado instituiu a proibição da justiça privada, chamando para si a responsabilidade exclusiva de fazê-la, de aplicá-la ou de distribuí-la.

Modernamente, ainda resta entre nós porém, resquícios daquela justiça privada, exercida pelas próprias mãos, por quem tem um direito atingido, e podemos citar como exemplo na esfera civil, o desforço imediato que pode ser praticado pelo agredido no seu direito, no caso de turbação ou esbulho da posse, além da legitima defesa, na esfera penal.

Com isto foi outorgado aos cidadãos o direito de buscar junto a este, o Estado, a seus órgãos, notadamente o poder judiciário, a solução de seus conflitos de interesses.

Primitivamente entendia-se o direito de ação como um complemento do direito subjetivo de cada um, mas a doutrina percebeu, após muita celeuma, que ele era independente, isto é que o direito de ação existia independentemente do direito subjetivo.

Aliás, como já foi dito, Chiovenda demonstrou com trabalho sobre a ação declaratória negativa, que um cidadão poderia pleitear ao judiciário a declaração de que não existe uma relação jurídica de direito material entre dois sujeitos, de modo que o direito de pleitear (direito de ação), é autônomo e independente do direito material ou da relação jurídica material eventualmente existente entre as partes.

Restou claro também que ele (o direito de ação), não é dirigido contra o réu, mas contra o Estado, pois que é o direito de se obter dele (Estado), uma decisão sobre determinada pretensão. Evidentemente que com tal pedido o autor pretende que os

efeitos almejados se produzam contra alguém, o réu, mas o direito de agir se exerce contra o Estado-Juiz, pois este chamou para si a responsabilidade de dar a solução ao conflito de interesses.

Por outro lado, o direito de ação sugere o direito de defesa. Trata-se do princípio da ação e reação, uma não pode existir sem a outra. Melhor explicando: Ao se intentar uma ação aguarda-se uma contrapartida da outra parte interessada, ou seja, o réu. Portanto, não ocorrendo a participação do outro pólo da relação processual, esta não pode prosperar. Por exemplo, a não citação do réu causa nulidade no processo pois não se formou a tripolarização da relação jurídica: autor-juiz-réu assim ocorre também se houve má indicação do sujeito oposto, ou mesmo a caracterização da ilegitimidade ad causam deste sujeito.

A ação e a defesa são direitos da mesma natureza. Nascem juntos. Quando se permite a ação, automaticamente autoriza-se a defesa. A Constituição da República em seu artigo 5°, XXV, ao garantir o direito de ação dispõe que: " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", e no mesmo artigo, em seu inciso LV, o direito de reação, quando assegura a ampla defesa e o contraditório a qualquer um que esteja sob acusação. A defesa é a garantia ao exercício do direito de resposta e do princípio do contraditório e da ampla defesa.

O Código de Processo Civil traz o direito de defesa em sua forma mais abrangente, não significando a contestação propriamente dita, mas uma permissão ao réu de manifestar-se, de responder ao chamado do processo. Trata-se de toda "forma de alegação do réu em processo de qualquer natureza: ações, exceções, recursos, incidentes processuais e embargos. Mas geralmente defesa é a alegação da pessoa que foi citada para vir a juízo se defender, a pessoa contra quem se propôs um ação", disse Leib Soibelman. Então, o réu utiliza um dos três tipos de defesa ou todos eles, quando possível, ou seja, a contestação, a reconvenção e a exceção, ou ainda realizar nomeação à autoria (art. 64, do CPC), denunciação da lide (art. 71), chamamento ao processo (art. 78), ou impugnação do valor da causa (art. 261).

Relativamente ao direito de reação, de defesa, alguns doutrinadores entendem ser seu exercício uma faculdade, enquanto outros entendem que o direito de defesa não é um direito facultado, ou seja, disponível.

Ocorre que a defesa vem acompanhada de uma sanção - a presunção de veracidade dos fatos narrados na ação inicial e como há uma sanção a quem não se defende, pressupõe-se que a defesa seja obrigatória.

A melhor doutrina afirma que é um erro não se defender em processo judicial, por mais acobertado de razões que se esteja, a defesa é uma obrigação, pois a lei admite a presunção da veracidade dos fato apresentados pelo autor, se o réu não os negar.

Apesar de ser facultado o exercício do direito de defesa, de certa forma é imposto o dever de exercê-lo, pois em não o fazendo, isto implicará em ser considerado revel, com todas as conseqüências de tal condição.

A defesa tendo a mesma natureza da ação e do processo será, então, pública, possuindo a autonomia como outra característica, pois independe de direito material para ser oferecida e ainda no dizer de Couture "O réu não aspira a um direito, mas tão somente excluir o alheio."

O direito de defesa é portanto, o direito do réu de somente se ver constrangido a algo após a decisão judicial, com a garantia que tal decisão somente virá após ser ouvido e ter tido a oportunidade de produzir prova e manifestar-se adequadamente.

6. O DIREITO DE AÇÃO NO PLANO CONSTITUCIONAL

Sob o aspecto constitucional o direito de ação é amplo, genérico e incondicionado, sendo restringido somente pelas disposições constantes da própria constituição1.

Constitucionalmente, o direito de ação, também chamado de "princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional", conhecido como princípio do direito de ação ou princípio da ubiqüidade2 vem insculpido no artigo 5°, inciso XXXV, in verbis:

"omissis"

"XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

Pode-se dizer que o artigo 5°, inciso XXXV, da CF, contém um preceito genérico, que assegura a qualquer cidadão o acesso à prestação jurisdicional do Estado-Juíz.

O direito a um pronunciamento de mérito, que haverá porém de ser avaliado diante do caso concreto e que fica a mercê da existência das chamadas condições da ação.

É certo que, como diz Pontes de Miranda3, "o Estado (ao assumir o monopólio da justiça) não prometeu sentença favorável, prometeu sentença, prestação jurisdicional."

A garantia constitucional do direito de ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito

---

[1] FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro.** Vol. I, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

[2] ALVIN, Eduardo Arruda. **Curso de direito Processual Civil.**, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

[3] Tratado das Açõcs, I, § 43, 4

de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz, tudo através se denomina tradicionalmente devido processo legal (art. 5°, LIV da CF).

O direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual.4

---

[4] CINTRA, Antonio C. de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R., **Teoria Geral do Processo.** 8° ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

7. O DIREITO DE AÇÃO NO PLANO MATERIAL

No plano material, a pretensão é o bem jurídico que o autor deseja obter via atuação jurisdicional, sendo também chamada de pretensão de direito material, pois o resultado que pretende o autor se verá projetado nesta área.

O direito de ação no plano material, tem a ver com o mérito da lide, com o direito material concretamente controvertido, (é o bem da vida sobre o qual recai a pendência), e que não foi satisfatoriamente solucionado pelas partes envolvidas.

Ao direito subjetivo, como status, corresponde o dever do sujeito passivo. Pode haver, e normalmente há, possibilidade para o respectivo titular do direito de exigir diretamente do devedor (lato sensu) o cumprimento da obrigação, que é já dever exigível. Se o direito pode ser exigido pelo titular, diz-se que ele está munido de pretensão. O direito condicional ou a termo é direito ainda não dotado de pretensão. Verificada a condição ou ocorrido o termo, surge no titular o poder exigir a satisfação e no sujeito passivo a obrigação (lato sensu) de prestar. Se o titular do direito exige que o obrigado cumpra, haverá exercício de pretensão, normalmente levada a efeito extrajudicialmente. Ainda não há, até esse momento, contrariedade a direito. Se, porém, ante tal exigência o obrigado, premido, resiste ao cumprimento da obrigação e não a satisfaz, ao titular da pretensão nasce-lhe a ação de direito material, que é o agir para a realização do próprio direito.

A distinção fundamental entre os dois conceitos está em que a pretensão supõe, sempre, a simples exigência por parte do titular do direito subjetivo, ou do interesse, de tal modo que a realização ainda se dê como resultado da ação do próprio obrigado. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ajo para a satisfação, com prescindência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, premido pela minha exigência, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso agir para a satisfação, sem contar mais com a ação

voluntária do obrigado. A ação de direito material, tal como agora a estamos definindo, é o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado. Se sou titular de um direito subjetivo a termo, enquanto não ocorrer o vencimento, não terei condições de exigir o pagamento, logo, não terei pretensão. No momento do vencimento, meu direito torna-se exigível, quer dizer, passa a ser dotado de pretensão. Se, no exercício desse poder de exigir o pagamento, realizo alguma atividade tendente a que o obrigado pague, como, por exemplo, se lhe escrevo uma carta em que lhe peço o cumprimento da obrigação, ou tomo qualquer outra providência tendente a obter o cumprimento da obrigação, tais atividades ainda não serão ação de direito material, porque apenas estou a exigir do obrigado o cumprimento voluntário da obrigação; minha atividade aí não prescinde de um ato do próprio obrigado, prestando, cumprindo voluntariamente a obrigação. A ação, quer dizer, o novo poder que surge depois do exercício infrutífero da pretensão, corresponde à faculdade que a ordem jurídica confere ao titular do direito de agir para a realização do próprio direito. Certamente esse agir para a realização do próprio direito raramente é facultado ao respectivo titular sem que se lhe imponha a necessidade de veiculá-lo por meio da 'ação', processual, sob invocação de tutela jurídica estatal. Isso decorre da circunstância do monopólio da jurisdição pelo Estado, fenômeno esse de que deriva o surgimento de uma nova pretensão ao titular do direito subjetivo, agora dirigida contra o próprio Estado, para que este, verificando antes a existência do direito invocado, aja em lugar de seu titular, realizando-o.

A doutrina processual costuma negar relevância científica, quando não a própria existência da ação de direito material, sob a alegação de que, proibida como está, a autotutela privada, em virtude do monopólio da jurisdição pelo Estado, a ação do titular do direito para sua realização foi transformada, ou substituída, pela ação processual, ou seja, pelo poder que ao titular do direito se reconhece de invocar a tutela jurisdicional para a realização do mesmo, devendo-se entender que a ação, modernamente, tem sentido inverso ao que esse conceito teve nas formas primordiais

do fenômeno jurídico, como sucedeu no direito romano primitivo. Ação, no sentido moderno, não corresponderia mais ao agere do titular do direito, senão, ao contrário, ao fazer agir que lhe restou e por meio de cuja atividade o sujeito provoca o exercício da atividade jurisdicional. Esse gravíssimo equívoco é possível e tem ganho a dimensão impressionante que se verifica da aceitação, mais ou menos implícita, desse pressuposto pela doutrina contemporânea, em virtude de um outro engano não menos grave, referente ao conceito de jurisdição. FREDERICO MARQUES, ao tratar das chamadas "ações de conhecimento", dá-nos um bom exemplo dessa limitação conceitual, ao escrever que, "nas ações de conhecimento, constitui objeto da tutela jurisdicional o pronunciamento de sentença que componha o litígio."

Como se vê, a doutrina transforma o denominado "processo de conhecimento" em instrumento apenas declarativo do direito, sem que se dê, nele, o momento fundamental de sua efetiva realização, sempre transferida, segundo tal concepção, para o chamado "processo de execução", cuja natureza jurisdicional, como se sabe, foi negada até pouco. A ser verdadeira a doutrina dominante, segundo a qual a ação (agere) de direito material teria sido, nos 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. Portanto, longe de haver supressão, ou substituição, da ação de direito material, o que, em verdade, sucedeu foi a duplicação das ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado para que este, por meio do Juiz, pratique a ação cuja realização privada, pelo titular do direito, o

próprio Estado proibiu. O que é fundamental distinguir-se, nessa perspectiva, é a circunstância de exercer o Juiz duas ordens de atividade: a primeira de certificação do direito, através da qual ele investiga se as afirmações feitas por quem exerce a ação processual coincidem com a realidade e a situação de direito material afirmada por aquele que age, no plano processual, são verdadeiras. Esse momento é tão jurisdicional quanto o seguinte, que o Juiz há de realizar, no caso de ser verdadeira a situação afirmada (ação procedente), desenvolvendo, jurisdicionalmente, a ação de direito material que o titular da ação procedente não pôde realizar privadamente. Se a ação for declarada improcedente, isso significa que houve exercício de "ação" e, pois, de jurisdição, mas ficou constatado que ao autor, aquele que agiu no plano jurisdicional, não correspondia o direito que ele afirmara ter.

8. O DIREITO DE AÇÃO NO PLANO PROCESSUAL

No plano processual, o direito de ação, não é incondicionado e genérico, mas conexo a uma pretensão, tendo com ela certos liames.

O direito de ação não existe para satisfazer a si mesmo, mas sim para fazer atuar toda a ordem jurídica, de modo que o seu exercício é condicionado a determinados requisitos, ligados à pretensão, chamados condições da ação.

Podemos, então, distinguir duas formas de agir e, pois, duas espécies de ação:

Uma delas que se dá no plano do direito material e que corresponde ao agir contra o obrigado, para realização do direito, independentemente de sua colaboração;

A outra, dirigida contra o Estado, para que ele, provocado pelo interessado (autor), exerça a atividade jurisdicional e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido.

A primeira, de direito material, tem como pressuposto um direito material preexistente de que é titular aquele que age;

A Segunda, no plano processual, por força há de ser também fundada em direito. Também ela, como atividade jurídica lícita, deve corresponder a um direito exigível (=pretensão) que nasce como decorrência da proibição da autotutela privada, pelo estabelecimento do monopólio da jurisdição. A esse direito exigível dá-se o nome de "pretensão de tutela jurídica".

No plano do direito material, o direito subjetivo não se confunde com a exigibilidade que o próprio direito possui, através da qual ele tende, inexoravelmente, a tornar-se efetivo e realizar-se. No plano do direito positivo, essa exigibilidade o distingue dos preceitos morais que não são dotados, ou dispensam a coercibilidade estatal para se realizarem. Pode haver direito subjetivo sem que haja, ainda, essa faculdade de exigir de outrem a satisfação. O direito subjetivo é um estado. A pretensão ainda é um estado de que o direito se reveste a partir do momento em que ele se torna exigível. De modo que há o direito subjetivo, há a pretensão e há o

exercício da pretensão que corresponde à conduta, à atividade, não mais ao simples status, do titular do direito, exigindo, forçando, premindo a vontade do obrigado, para que ele, espontaneamente, cumpra a atividade que a lei lhe impõe (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Tomo V, § 615). Finalmente, ainda no plano do direito material, há a ação do titular do direito, que também é conduta, também é um agir (agere), porém, agora, a atividade do titular do direito tende, direta e imediatamente, para a realização, independentemente e com total prescindência de qualquer ato voluntário do obrigado. Quando o titular do direito subjetivo exerce sua ação (actio) é porque não houve cumprimento voluntário por parte do obrigado.

No plano do direito processual, as coisas acontecem de igual modo.

Também aqui há o direito público subjetivo a que o Estado preste a tutela que ele próprio vedou, ao proibir a autotutela pelo titular do direito. Não se pode, realmente, conceber a existência do Estado sem esse mínimo de controle social, representado pelo monopólio da jurisdição. Como o direito é um instrumento de convivência social, não se poderia imaginar a existência de uma ordem jurídica a que o Estado - impedindo a atividade do titular do direito para realizá-lo - não assegurasse uma tutela correspondente, outorgando-lhe os meios de realização através de seus órgãos, estruturados e predispostos para o cumprimento desse dever fundamental. A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o "pronunciamento" da sentença que compõe o litígio, senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização. Contudo, o Estado só poderá cumprir essa função se, antes, puder averiguar a procedência do pedido formulado pelo interessado, de que resulta a absoluta necessidade de que se dê "ação", no plano processual, também ao que não tenha razão.

No campo do direito processual, ou pré-processual, não se pode, igualmente, confundir o direito subjetivo de acesso aos Tribunais com o exercício desse direito, que é a "ação" processual. O direito é status, a ação é seu exercício.

É fundamental, portanto, que se conceba o direito de acesso aos Tribunais

como um "prius" lógico e, conseqüentemente, distinto da categoria a que se dá o nome de "ação" processual, na medida em que esta será sempre o exercício daquele. Qualquer participante de uma dada comunidade jurídica, por isso que organizada sob forma de Estado, terá direito público subjetivo à proteção do próprio direito, cuja realização privada foi suprimida. Esse direito de acesso aos Tribunais poderá ter maior ou menor amplitude, segundo cada ordenamento jurídico, mas não seria imaginável uma ordem estatal sem exercício de uma parcela mínima de atividade jurisdicional. A realização privada e completa do próprio direito redundaria na abolição do Estado. Ao contrário, a supressão completa da jurisdição, concomitantemente com a vedação da justiça privada, suprimiria o próprio direito, que passaria a confundir-se com as demais relações sociais, em regime de arbítrio completo.

Dizem A. C. ARAÚJO CINTRA, ADA GRINOVER e C. DINAMARCO (Teoria Geral do Processo, § 132): "A doutrina dominante distingue, porém; a ação como direito ou poder constitucional, oriundo do "status civitatis" e consistindo na exigência à prestação do Estado, garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato, do direito de ação de natureza processual, o único a ter relevância no processo: o direito de ação de natureza constitucional seria fundamento do direito de ação de natureza processual". Tal posição dos simpatizantes da denominada doutrina eclética da ação, distingue os dois fenômenos: o direito de acesso aos Tribunais, que, segundo afirmam, não teria a menor relevância para o direito processual, a que denominam, equivocadamente, direito de ação constitucional, e o propriamente denominado "direito de ação", que estaria fundado no primeiro. Tal assertiva é comum aos simpatizantes da chamada doutrina eclética sobre o direito de ação (assim LIEBMAN, J. FREDERICO MARQUES, GALENO LACERDA, entre outros). Deve-se adiantar que não existe, no plano do direito público, essa duplicação de um mesmo fenômeno, a ponto de se poder identificar um direito constitucional e outro direito processual de "ação". Ação não é direito, insista-se mais uma vez: é exercício de um direito público subjetivo de tutela jurídica. Há o direito à proteção jurisdicional do

Estado e, concomitantemente com ele, a pretensão, como faculdade ou poder de exigir que o Estado preste a tutela a que se obrigou. O CC, ao declarar, no art. 75, que a todo direito (pretensão) corresponde uma ação que o assegura, no sentido de torná-lo efetivo e realizável, lança proposição correta, porque está dispondo, no plano do direito material, sobre a ação de direito material; realmente, não se pode pensar o direito sem esse poder de realização; quando, porém, a Constituição, ou qualquer outro texto de direito público, afirma que a todos é assegurado o direito de acesso aos Tribunais, em caso de violação ou ameaça de violação do direito individual, faz afirmação falsa e mal formulada: o direito de ser ouvido pelos Tribunais é assegurado indistintamente aos que tenham e também aos que não tenham sofrido violação ou ameaça de violação em seus direitos; aos que verdadeiramente tenham razão e hajam sido vítimas de lesão a seus direitos e aos demais que, apenas supondo-se lesados, ou mesmo sabendo que não o foram, invoquem formalmente a tutela jurisdicional. O direito de acesso aos Tribunais, portanto, é uma coisa; o efetivo e concreto exercício de tal direito é outra. A pretensão de tutela jurídica, que é a expressão da exigibilidade daquele direito, exerce-se através da "ação" processual. No plano do direito processual, não basta que o interessado exerça sua pretensão, exigindo apenas que o Juiz aja, como ele poderia fazê-lo contra o obrigado, no plano do direito material. O direito processual exige mais, exige que o titular da pretensão de tutela jurídica a exija do Estado e, ao mesmo tempo, através do Juiz, também ele efetivamente aja para obtê-la. Comparemos os dois planos. Se tenho um direito de crédito ainda não vencido, tenho direito subjetivo, mas ainda não tenho pretensão, porque meu direito não é exigível; vencida a obrigação, a partir daí posso exigir, ou seja, exercer pretensão, adotando as providências que julgue adequadas a forçar o cumprimento espontâneo pelo obrigado. Se este não satisfaz meu direito de crédito, pelo pagamento, então posso agir contra ele, exercendo, agora, não mais simples pretensão, enquanto exigência de satisfação, mas minha ação de direito material, que é a conduta do titular do direito tendente a realizá-lo por seus próprios meios, isto é, sem contar mais com a atividade

voluntária do obrigado. Se o Estado impede-me de agir privadamente, então ele próprio me há de dar o sucedâneo jurisdicional, de modo a que meu direito se realize por meio do Juiz, cumprindo ele aquela mesma atividade (ação) que o titular do direito poderia ter realizado privadamente.

Vê-se, então, distintamente separados os três momentos do direito.

No plano do direito processual, todavia, o exercício do direito de tutela jurídica exige que o titular não só o invoque, formulando um pedido ao Juiz, mas, além disso, condiciona a prestação da tutela à efetiva ação do interessado.

Se a ordem jurídica se contentasse com a simples provocação da atividade jurisdicional, com o simples exercício da pretensão, enquanto exigência de tutela, deixando o resto ao Juiz, teríamos, no caso, a prestação da tutela jurisdicional mediante o simples exercício de pretensão. Mas não é isso que ocorre. Em verdade, o autor (aquele que age), na relação jurídico-processual, não só exige como, juntamente com o Juiz, deve também ele exercer atividade, agindo para obter a prestação da tutela jurisdicional. A este agir para obtê-la dá-se o nome de "ação" processual.

Mas, se a própria necessidade ontológica de fixação do conceito obriga a que se faça distinção entre o direito de acesso aos Tribunais e o respectivo exercício desse direito, por meio da "ação", uma outra contingência prática da maior relevância impõe, igualmente, todo o rigor conceitual, nessa matéria, de modo a assegurar-se a coerência lógica e a utilidade do próprio conceito de "ação". Queremos referir-nos ao vínculo incindível que existe entre a "ação" e a qualidade daquele que se faz autor e que, por meio dela, assume a posição de sujeito ativo da relação processual. Aquele que exerce a ação age; a parte adversa contra quem a ação é exercida defende-se, reage à ação do autor. Este não age, apenas sofre a ação do autor. Ambos, porém, tanto o autor que age quanto o réu que se defende, têm igual pretensão de tutela jurídica e, portanto, idêntico direito a obter uma sentença de mérito. Diz-se "pretensão de tutela jurídica" a esse poder atribuído a qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, consistente, não no auxílio dado pelo Juiz àquele em favor de quem ele

haja reconhecido a existência do direito e julgado procedente o pedido, mas, na simples atividade jurisdicional, mesmo que tal atividade conclua por negar ao interessado a proteção que o Juiz daria se a situação por ele afirmada fosse verdadeira.

Têm, pois, direito à jurisdição tanto o autor, que a põe em movimento com sua "ação", quanto o réu, que apenas contesta e, mesmo sem agir, com sua presença em juízo, reagindo à ação contrária do autor, exige também que o Estado, assim provocado pela "ação", preste-lhe idêntica tutela, decidindo a controvérsia contida no processo.

Tal princípio está assegurado pelo artigo 267, § 4°, do Código de Processo Civil, que impede que o autor desista da ação, sem o consentimento do réu, depois de decorrido o prazo para sua resposta. Neste caso, a oposição do réu coloca o Estado no dever de prestar-lhe a mesma atividade que a "ação" do autor provocara. Sua discordância em que o autor desista da "ação" traduz-se, portanto, numa efetiva exigência de prestação de atividade jurisdicional. E, como já vimos, a esse poder exigir, tanto no plano do direito material quando exercido contra o obrigado quanto no plano do processo, ao exigir-se do Estado a prestação da atividade jurisdicional, dá-se o nome de pretensão. Não se pode, então, considerar como sendo verdadeira atividade jurisdicional e prestação de tutela jurídica apenas o auxílio que o Juiz venha a conceder ao litigante que tenha razão, seja julgando procedente a demanda, seja rejeitando-a, ao decidir que a razão não estava com o autor e sim com o réu. O Estado presta igualmente tutela jurisdicional quando declara impossível esse socorro, em virtude de algum defeito formal existente na relação processual que o impeça de apreciar o mérito da causa. Só ao Juiz, no legítimo exercício de sua função jurisdicional, é dado investigar e decidir sobre esses pressupostos de legitimidade de sua própria atividade. Assim sendo, deve-se incluir no conceito de tutela jurisdicional a própria declaração feita pelo Juiz de que a relação processual está imperfeitamente formada, em virtude de irregularidade, ou inexistência de algum pressuposto necessário à regularidade formal da relação processual. Para que o Estado preste

assistência ao titular do direito, através da jurisdição, é necessário que ele, previamente, investigue quem dentre os postulantes a tal assistência teria verdadeiramente direito a tal auxílio. Para restaurar o direito violado, ou proteger, preventivamente, o direito contra a futura violação, o Estado não tem outro meio senão examinar, perquirir, investigar, quais, dentre todos os que se afirmam vítima de violações a seus direitos, são realmente, no plano do direito material, merecedores da tutela jurisdicional. E, naturalmente, essa atividade prévia de "acertamento", através da qual o Juiz julga procedente ou improcedente o pedido, para só agir em favor do autor a quem ele haja reconhecido razão, esse juízo é exercício de atividade jurisdicional. O autor, assim, ao formular sua demanda, em verdade, desencadeia duas atividades que o Juiz deve realizar, uma delas incondicionada e necessariamente produzida como decorrência imediata do exercício da "ação"; a outra condicionada ao êxito da demanda que será, a final, a tutela jurisdicional ao demandante vitorioso. FREDERICO MARQUES distingue bem as duas atividades jurisdicionais, a atividade de "acertamento" através da qual o Juiz 'acolhe ou rejeita' o pedido, e a atividade de satisfação da pretensão, no caso de vir a demanda a ser julgada procedente. Quando se diz "pretensão de tutela jurídica" e exercício efetivo dessa pretensão, através da "ação" processual, quer-se significar que as partes têm direito a ambas as atividades, uma vez que também o litigante sem razão tem direito a essa primeira forma de tutela. Quando, portanto, LIEBMAN declara que "o direito de agir é dado para a tutela de um direito ou interesse legítimo" e que, como conseqüência, "é claro que incumbe somente quando há necessidade da tutela", "quando o direito ou interesse legítimo não tenha sido satisfeito", ele assimila tutela jurisdicional ao auxílio que o Estado deve prestar depois de verificar se o interesse legítimo ou o direito invocado pelo autor é realmente legítimo e merecedor do auxílio judicial. O direito de agir e, por tal forma, provocar a atividade do Juiz é dado tanto para proteção de um interesse legítimo quanto para a simples averiguação de que tal interesse na verdade era inexistente ou era ilegítimo.

Como poderá o Estado desincumbir-se de sua obrigação de prestar assistência

aos verdadeiros titulares de um direito subjetivo, ou de um interesse legalmente protegido, violados ou ameaçados de violação, senão admitindo que todos, indistintamente, tenham seus pedidos apreciados pelo Juiz, de modo a que este possa julgar, dentre todos os postulantes, aqueles que, verdadeiramente, sejam dignos de tal proteção? A declaração sentencial de que a parte não tem o direito que alega ter é, como todos sabem, uma autêntica atividade jurisdicional que só o Juiz pode realizar. Seria impossível ao Estado submeter os pedidos a um processo de triagem prévia, a ser realizada por qualquer outro órgão que não fosse o próprio órgão encarregado de prestar jurisdição, de tal modo que ao Juiz só fossem encaminhados os pedidos procedentes. Tal expediente redundaria numa total impossibilidade lógica, pois esse estranho órgão seletor acabaria exercendo completamente as funções jurisdicionais. Daí por que se deve concluir que a tutela jurisdicional de que se fala - correspondente à denominada "pretensão de tutela jurídica" - é mais ampla do que a "assistência judicial" imaginada por WACH e que teria o significado de socorro estatal ao titular de um direito ou interesse legítimo violados ou ameaçados de violação. O Estado atende a seu dever de prestar jurisdição e satisfaz à "pretensão de tutela jurídica" ainda nos casos de rejeição do pedido, quando simplesmente declara que o autor não tem razão ou não tem ação.

Há, contudo, uma outra particularidade fundamental a caracterizar a atividade jurisdicional do Estado que é a circunstância de ser ela uma atividade inerte e que deve ser posta em funcionamento por provocação da parte interessada.

O Juiz não poderá, jamais, proceder de ofício e não deve julgar a controvérsia que os interessados lhe submetem a exame, senão nos precisos limites em que a demanda vem posta. Essas duas faces de um mesmo princípio estão rigorosamente determinadas em dois preceitos legais, constantes do Código de Processo Civil, o do artigo 2°, pelo qual se estabelece que "nenhum Juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais"; e o outro que o complementa, inscrito no artigo 128, segundo o qual "o Juiz decidirá lide nos limites

em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte". Podemos, então, distinguir muito bem as duas formas de agir e, pois, as duas espécies de ação: uma delas que se dá no plano do direito material e que corresponde ao agir contra o obrigado, para realização do direito, independentemente de sua colaboração; a outra dirigida contra o Estado, para que ele, provocado pelo interessado (autor), exerça a atividade jurisdicional e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido. A primeira tem como pressuposto um direito material preexistente de que é titular aquele que age; esta, a 'ação' processual, por força há de ser também fundada em direito. Também ela, como atividade jurídica lícita, deve corresponder a um direito exigível (=pretensão) que nasce como decorrência da proibição da autotutela privada, pelo estabelecimento do monopólio da jurisdição. A esse direito exigível dá-se o nome de "pretensão de tutela jurídica". É importante ter-se presente que nos tempos primordiais da organização jurídica romana o direito realizava-se privadamente e a função jurisdicional limitava-se à averiguação posterior de que o titular do direito o havia exercido legitimamente, vale dizer, com observância dos rituais apropriados, porque também a autotutela privada não era um agir arbitrário e incontrolado que, se assim o fosse, redundaria na negação do próprio direito.

A ação de direito material é que era confundida pela denominada "teoria civilista" da ação (SAVIGNY, GARSONNET, MATTIROLO), com a "ação" processual. A definição que o jurista romano CELSO dava para a ação (actio), segundo a qual: "nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi" ("a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido") dizia respeito à ação de que estamos falando, que nada tem a ver com esse outro fenômeno da "ação" processual, que não é o direito de perseguir em juízo o que nos é devido, a não ser que tenhamos em mente o que nos é devido pelo Estado, que é a atividade jurisdicional. Então, sim, a "ação" processual seria o direito de exigir igualmente o que nos é devido pelo Estado. Ou será exigência do que nos é devido, ou não será atividade

jurídica, lícita, legítima, transformando-se em violência e arbítrio.

E, como é compreensível, definindo a "teoria civilista" a ação como o direito de perseguir em juízo o que nos é devido - referindo-se ao que nos seria devido pelo obrigado - não teria como explicar o fenômeno da ação improcedente, pois, neste caso, teria havido "ação" judicial sem que existisse qualquer direito material cuja persecução se desse. De igual modo, não poderia essa doutrina explicar o outro fenômeno, depois investigado por WACH e CHIOVENDA, da ação declaratória negativa. Nessas duas hipóteses, há evidentemente "ação" processual; há um autor, há demandado e há um Juiz que preside uma verdadeira e completa relação processual, proferindo sentença de mérito, julgando a ação procedente ou improcedente. E, mesmo assim, não estaria o autor a perseguir em juízo qualquer direito material a ele pertencente.

No primeiro caso, a afirmação feita por ele de ter um direito contra o réu foi rejeitada pela sentença que deu pela inexistência de tal direito; no último, o próprio autor já declara em sua petição inicial, a inexistência de qualquer direito material porventura existente entre ele e o réu e pede, precisamente, que o Juiz reconheça e declare essa inexistência.

A doutrina clássica da ação, conhecida por "teoria civilista", apenas transportava para o plano processual a ação de direito material, confundindo a actio romana - que mais significava pretensão de direito material (WINDSCHEID) - com a "ação" processual. A actio romana - diz HANS KRELLER (Historia del Derecho Romano, 1948,) - é o poder de "perseguir" uma prestação devida num litígio, "como o caçador persegue a presa". Certamente tal espécie de ação pertence ao titular do direito e não se pode confundir com a outra 'ação' que é a expressão jurisdicional de um outro direito, assegurado mesmo aos que não tenham razão.

Quando, no plano do direito material, se diz que ao vendedor corresponde uma ação para haver o pagamento do preço da coisa vendida; assim como ao comprador deve corresponder outra para compelir o primeiro a transferir-lhe o domínio da coisa comprada; ou quando se afirma que ao sócio corresponderá uma ação para obter a

dissolução da sociedade, ou exigir dela o pagamento de seus haveres, em todos esses casos, que poderiam ser enumerados quase ao infinito, na medida em que pudéssemos relacioná-los com uma concreta situação de direito material, o vocábulo ação está empregado no sentido usado pela teoria civilista e nada tem a ver com o fenômeno da "ação" processual. Se a todo o direito corresponde uma ação que o assegura (art. 75, do CC), no plano processual também ao que não tem direito (contra o obrigado!) corresponderá uma "ação", que também é um agir contra o Estado, ou perante o Estado, para exigir-lhe que preste jurisdição, O primeiro conceito de ação, reflexo de um correspondente direito subjetivo, é o que denominamos ação do direito material que poderá existir ou não existir, mostrando-se procedente ou improcedente no processo. Já a "ação" processual dirigida contra o Estado para obrigá-lo a que preste tutela jurisdicional não poderá ser improcedente.

Como disse ALFREDO ROCCO, "o direito de ação compete a todo sujeito de direito, como tal, independentemente de qualquer pressuposto".

A "ação" processual, diz LIEBMAN, em seu célebre ensaio sobre a natureza do direito de ação, dirige-se contra o Estado, na sua qualidade de titular do poder jurisdicional e por isso é, em seu exato significado, o direito à jurisdição; entre a ação e a jurisdição existe por isso mesmo uma exata correlação, não podendo haver uma sem a outra. Sendo, como se disse, inerte a jurisdição, a "ação" processual é o agir do que Postula a tutela estatal que a desencadeará. Portanto, se o Estado prestou jurisdição é porque alguém exerceu "ação", ou seja, porque alguém, a que se dá o nome de autor, o provocou para o exercício do poder jurisdicional. De igual modo, se alguém exerceu "ação", necessariamente desencadeou a atividade jurisdicional.

Havendo exercício de "ação", ocorrerá, sempre, desempenho de atividade jurisdicional.

Todavia, onde começa, para LIEBMAN, a atividade jurisdicional, verdadeiramente tal? Eis a questão. Porventura haverá, segundo seu entendimento, atividade jurisdicional quando o Juiz rejeita liminarmente a "ação" por inépcia da

petição inicial, ou por reconhecer como inexistente a legitimação para a causa, quer do autor ou do réu (legitimatio ad causam); ou a evidente falta de interesse processual no provimento solicitado pelo autor? Segundo ele, a decisão do Juiz que julgar essas questões preliminares ainda não é expressão de uma atividade verdadeiramente jurisdicional.

A posição adotada por LIEBMAN, de certa forma, representa uma intermediação entre os dois extremos: reagindo contra a teoria civilista da ação, ou contra a sua variante mais moderna, denominada teoria do direito concreto de ação, de que foram representantes WACH e CHIOVENDA; e, ao mesmo tempo e mais diretamente, negando também a tese oposta de que a ação representaria o exercício de um direito público subjetivo incondicionado, atribuído indistintamente a qualquer um que invoque a tutela jurisdicional do Estado, coloca-se LIEBMAN num ponto intermediário, ao definir a ação como um direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, direito a uma sentença de mérito, uma vez que a ação só existe quando existentes as "condições" que possibilitam o julgamento do mérito. Direito ao julgamento da lide.

Segundo a doutrina de LIEBMAN, de larga aceitação no Brasil, a ponto de ser consagrada pelo próprio CPC, deve estabelecer-se distinção entre o direito de ação no plano constitucional - que seria uma expressão do denominado direito de petição, completamente abstrato e incondicionado, conferido a qualquer pessoa, indistintamente, como resultado do princípio do monopólio da justiça pelo Estado , por meio do qual o particular provoca o funcionamento do mecanismo estatal da jurisdição - do verdadeiro "direito processual de ação", este abstrato, é verdade, no sentido de existir mesmo que o direito material invocado pela parte não exista, porém condicionado à existência desses pressupostos a que a doutrina denomina "condições da ação". Aquele, o direito constitucional de ação, apenas teria relevância enquanto pressuposto deste último, do verdadeiro "direito processual de ação".

O direito processual de ação, portanto, não se confundiria com essa

modalidade absolutamente indeterminada do direito constitucional de petição, de vez que o verdadeiro "direito processual de ação", embora não se confunda com o direito material objeto da lide, também não pode ser completamente incondicionado e abstrato. O pressuposto lógico em que se baseia a doutrina eclética e que a leva a distinguir entre o direito constitucional e o direito processual de ação foi indicado por GALENO LACERDA, em sua obra Despacho Saneador, ao mostrar que, se realmente existe um direito público subjetivo de ação, mesmo concebendo-se ele como rigorosamente abstrato e independente do resultado da sentença, haverá tal direito de ter, forçosamente, "condições que legitimem seu exercício". Daí por que o 'direito processual de ação' não se pode confundir com o 'simples direito de petição, o "direito de acesso aos Tribunais". Nota-se bem, pela linha de argumentos empregados pelos partidários da teoria eclética, que sua preocupação primordial está voltada contra a teoria precedente, denominada teoria do direito abstrato de ação.

Observemos, no entanto, que o defeito fundamental dessa doutrina reside na confusão entre o conceito de ação, qualquer que seja o nível em que o conceito seja tomado, e o conceito de direito subjetivo que lhe deve servir de suporte. A doutrina, como comumente acontece, confunde o direito público subjetivo de ação, que pode estar no artigo 75, do Código Civil (como pode estar em algum texto constitucional, ou não estar em parte alguma, como regra explicitada, porque ele é, necessariamente, um princípio imanente a qualquer ordem jurídica estatal), com o exercício desse direito através da ação processual. De modo que os três níveis imaginados por essa teoria - direito (material) de ação que há de conduzir, necessariamente, à procedência da demanda (CHIOVENDA); direito processual de ação, abstrato, mas condicionado a certos pressupostos; e, finalmente, o direito constitucional de ação, espécie do gênero 'direito de petição', completamente vazio e indeterminado, concedido a qualquer pessoa - emprega conceitos heterogêneos, ao lançar mão do direito de acesso aos Tribunais, como se tal direito pudesse ser nivelado a seu exercício.

Ainda segundo o entendimento da teoria eclética, o direito de ação, "embora

autônomo e abstrato", deve ser "conexo a uma pretensão de direito material".

Ligado a uma concreta situação de fato, o direito de ação na realidade só existe e se exercita quando há um motivo para a tutela jurisdicional, isto é, quando surge "uma situação de fato contrária ao direito, que possa ser resolvida tão-só pelas vias jurisdicionais" (J. FREDERICO MARQUES, Instituições, cit., p. 14).

De modo que a existência concreta - e, ao que nos é dado supor, não apenas afirmada pelo interessado - é condição para a existência do "direito processual de ação" Essa conexão existente entre uma "situação de fato contrária ao direito" e o "direito processual de ação" transporta a teoria para uma região perigosamente próxima à doutrina do direito concreto de ação, como é fácil perceber.

Se o direito de ação não se confunde com o direito material objeto da controvérsia, podendo haver direito de ação mesmo que a demanda seja, a final, julgada improcedente; e, se igualmente tal direito não se confunde com o simples "direito constitucional de ação", não podendo ser completamente abstrato e incondicionado, quais serão os seus pressupostos e as condições para seu surgimento efetivo? Mais uma vez nos socorre J. FREDERICO MARQUES, para responder a essa questão: "O direito de agir, embora autônomo e abstrato, está conexo, instrumentalmente, a uma pretensão, pelo que se liga a uma situação concreta sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional invocada. Por esse motivo, o jus actionis se subordina a condições que se relacionam com a pretensão a ser julgada" (Instituições, cit., p. 28).

"As condições da ação nada têm a ver com as condições de decisão favorável ao autor. E também não se confundem com os denominados pressupostos processuais".

Conclui-se do exposto que os pressupostos processuais e as condições da ação se apresentam como requisitos indispensáveis para o julgamento da pretensão, sendo examinadas, por isso, antes de se apreciar a procedência ou improcedência do pedido. Faltando algum dos pressupostos do processo, o reconhecimento dessa falha é decisão

sobre a relação processual; reconhecendo-se a falta de uma das condições do direito de agir, versou a decisão sobre a ação. Em nenhum desses julgamentos, indaga-se da procedência da pretensão, ou seja, do meritum causae. "Nesse sentido, três são as condições da ação: a) possibilidade jurídica do pedido; b) legítimo interesse; c) legitimação para agir".

De modo que, ultrapassado o primeiro momento, aquele em que o Juiz investiga sobre a regularidade da relação processual, dando como existentes os chamados pressupostos processuais - necessários à existência válida e regular da própria relação processual, tais como a capacidade processual da parte e sua correta representação na causa - ele haverá de passar a um estágio que a doutrina entende intermediário, entre esse julgamento prévio sobre as questões formais do processo, e a apreciação do mérito da causa, propriamente dito, averiguando, então, nesse espaço, se estão ou não presentes as chamadas condições da ação. Se o Juiz constatar que o pedido formulado não é reconhecido pelo ordenamento jurídico, perante o qual esse pedido seria, em tese, impossível; ou se ficar evidenciado que o autor não tem interesse legítimo na tutela que pretende; ou que ele não é o legitimado para agir, ou o demandado não o é para responder a ação, como réu (legitimatio ad causam, ativa e passiva), deverá dar sentença declarando o autor carecedor da ação, sem julgar a causa, sem penetrar no mérito da lide, pois precisamente a existência de todas essas condições é que tornaria possível o julgamento do mérito. Inexistente que seja qualquer uma das três condições da ação, o processo deve encerrar-se sem que o Juiz decida o mérito da causa. (MOACYR AMARAL SANTOS, Primeiras Linhas, cit., p. 144).

Nosso CPC adotou integralmente a "teoria do trinômio", como lhe chama H. THEODORO JÚNIOR (Revista Brasileira de Direito Processual, 13/14), acolhendo o que ao processualista mineiro se afiguram como "as três categorias fundamentais do processo moderno", quais sejam os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa. A tal ponto se ligou a lei processual brasileira à doutrina do mestre

italiano que mesmo a condição da ação denominada "possibilidade jurídica do pedido" que o próprio LIEBMAN acabou por excluir de seu Manual, desde a 3ª ed., foi preservada pelo Código que a ela se refere no art. 267, IV.

De modo que, se o autor não for o legitimado para a causa, como, por exemplo, se ele é simples procurador ou administrador do locador e propõe em seu nome ação de despejo contra o inquilino, diz-se que ele é carecedor da ação de despejo, pois lhe falta legitimatio ad causam para exercê-la, já que o verdadeiro legitimado ativo será naturalmente o locador. De igual modo, haverá carência de ação se, invertendo-se a hipótese, for o locador quem proponha a ação de despejo, citando, porém, não o inquilino, mas um empregado deste ou seu procurador. Nesta última hipótese, se bem que o autor seja o legitimado para a causa, faltará ao demandado essa qualidade essencial, dizendo-se que lhe falta legitimatio ad causam passiva para responder, como réu, à ação de despejo. Em tais casos, o processo deverá ser encerrado da mesma forma, com uma sentença em que o Juiz declare o autor carecedor da ação por falta de legitimatio ad causam ativa ou passiva, ficando a causa sem julgamento no mérito.

Como, perante o direito brasileiro, o mandado de segurança só é outorgado contra ato de autoridade, a propositura dessa ação contra um particular configurará um caso de impossibilidade jurídica do pedido. Não se trata, aqui, de errôneo endereçamento da causa contra algum demandado sem legitimação para respondê-la, nem de demanda ilegitimamente proposta por quem não seja o verdadeiro sujeito do conflito de interesses, senão de pessoas legitimadas a postularem um tipo de tutela não reconhecido pelo ordenamento jurídico. É evidente a impossibilidade do pedido e, pois, a carência da ação de mandado de segurança. Se a evidência do defeito for revelada desde logo no pedido inicial, haverá inépcia do pedido, pois a impossibilidade jurídica, no caso, seria de tal gravidade a ponto de macular a petição inicial (cf. FREDERICO MARQUES, Instituições, cit., p. 36).

O terceiro e último pressuposto para a existência da ação é o interesse de agir,

também chamado legítimo interesse. O interesse é a posição favorável a satisfação de uma necessidade, afirmada pelo autor. O art. 76, do CC, dispõe que "para propor ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral"; e o CPC reproduz o preceito, declarando, em seu art. 3°: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

O interesse de agir se define, portanto, como a necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial que se afirma desatendido pelo demandado e pressupõe a afirmação da lesão de tal interesse substancial e a idoneidade do provimento reclamado para protegê-lo. Seria de todo inútil, na verdade, dar-se seguimento ao processo quando o provimento solicitado pelo autor não seja idôneo a satisfazer o interesse substancial cuja proteção se colima com a demanda. "Para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional" (J. FREDERICO MARQUES, Instituições, cit., p. 33). Se não houver adequação entre a situação concreta de direito material indicada pelo autor e o provimento que o mesmo solicita para protegê-la, o processo resultaria inútil e o interessado estaria a fazer uso indevido do poder jurisdicional, sem qualquer utilidade prática.

O interesse de agir, reclamado pela doutrina como uma das condições da ação, seria o chamado "interesse processual" e não se confundiria com o real interesse substancial ou material (ARRUDA ALVIM, Curso de Direito Processual Civil, Vol. I). É o interesse afirmado pelo autor e descrito em seu pedido inicial.

9. O DIREITO DE AÇÃO NA DOUTRINA COMPARADA

Estão dispostos abaixo alguns exemplos do direito de ação nas legislações do direito comparado.

No BRASIL

No Código de Processo Civil de 1939

Art. 2° "Para propor ou contestar a ação é necessário ter legítimo interesse moral ou econômico".

No Código de Processo Civil de 1973

Art. 3° "Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Em PORTUGAL

Código de Processo Civil de 1969

Art. 26:

I – "O autor é parte legítima quando tem direito em demandar: o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer;

II — O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação; o interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa procedência advenha;

III — Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade dos sujeitos da relação material controvertida".

Na ITALIA

Art. 100: "Para propor ou contestar uma demanda é necessário ter interesse".

Na ALEMANHA

Art. 256:1 — "Poder-se-á demandar a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica e o reconhecimento da autenticidade ou declaração da falsidade de um documento, se o demandante tem um interesse jurídico em que a relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade do documento seja declarada imediatamente por decisão judicial".

Na ÁUSTRIA

Art. 228: "Poder-se-á agir, para obter a declaração da existência ou não existência de uma relação jurídica, ou para o direito de reconhecimento da autenticidade de um documento, ou, para declaração da sua não autenticidade, desde que o autor tenha interesse jurídico em que tal relação jurídica, ou que tal direito ou a autenticidade de tal e qual documento, sejam declarados por decisão judiciária".

No MÉXICO

Art. 1º: "O exercício das ações civis requer:

I - A existência de um direito;

II - A violação de um direito ou o desconhecimento de uma obrigação ou a necessidade de declarar, preservar ou constituir um direito;

III - A capacidade para exercitar a ação por si ou por legítimo representante;

IV - O interesse do autor para deduzi-la;".

"Falta o requisito do interesse sempre que não puder identificar o objeto de uma ação, aun suponiendo favorable la sentencia".

10. CONCLUSÃO

O direito de ação portanto, é o direito ao provimento jurisdicional, e portanto, de natureza abstrata; é autônomo (independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental pois sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material, sendo conexo a uma situação jurídica concreta.

De acordo com OVÍDIO BATISTA DA SILVA5 a tentativa de LIEBMAN de afastar-se das teorias do direito concreto da ação e da teoria do direito abstrato da ação, procurando um conceito de "ação" processual que não se confundisse nem com o fenômeno estudado pela doutrina do "direito concreto de ação" e nem com o chamado "direito constitucional de petição", não teve em conta o fato de que apenas existem duas relações jurídicas, uma de direito material - conteúdo do processo - que é a lide; e a outra, relação de direito público, que se estabelece entre as partes e o Estado, como manifestação da pretensão destas a que ele preste jurisdição. Como o autor terá direito à tutela jurídica estatal sempre, independentemente de ter ou não razão; e, tendo razão, terá igualmente direito contra o réu, por serem, neste caso, duas as relações jurídicas de que nascem direitos subjetivos, duas haverão de ser as ações: a ação de direito material e a "ação" processual. "

---

[5] SILVA, Ovídio Batista. **Curso de Processo Civil.** 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIN, E. A. **Curso de Direito Processual Civil.** 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

ALVIM, J. M. A. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. I, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

ASSIS, A. de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contenporâneo.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

CALAMANDREI, P. **Direito Processual Civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery, Vol. II, Campinas, Bookseller, 1999.

CARNELUTTI, F. **Instituições de Direito Civil.** Vol. I, Campinas, Servanda, 1.999.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução de Paolo Capitanio, Vol. II, Campinas, Bookseller, 2000.

CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 8° ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

FILHO, V. G. **Direito Processual Civil Brasileiro.** Vol. I, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

JUNIOR, N. N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, J. F. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. I, 1ª ed., atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Bookseller, 1997.

_____, **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II, Campinas, Millennium, 1000.

MIRANDA, P. de, **Tratado das Ações.** Vol. I, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed., Campinas, Bookseller, 1998.

RODRIGUES, M. A. **Elementos de Direito Processual Civil.** Vol. I, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, M. A. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** Vol. I e II, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

SILVA, O. B. **Curso de Processo Civil.** 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

_____, **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. I, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

TEIXEIRA FILHO, M. A. **As Ações Cautelares no Processo do Trabalho.** São Paulo, LTR, 1992

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.