

TEORIA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

Doutorando em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFAL). Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE) e da Faculdade Raimundo Marinho (FRM). Advogado

TEORIA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

2008



EDITORIA
Jus **PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Caetê Coelho
caete1984@gmail.com

Conselho Editorial

Dirley da Cunha Jr.
Leonardo de Medeiros Garcia
Fredie Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
José Marcelo Vigliar

Nestor Távora
Pablo Stolze Gagliano
Robério Nunes Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Av. Octávio Mangabeira, 7709, Corsário Center, Sala B5
Boca do Rio, CEP. 41.706-690 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
E-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e sobretudo, a Deus; sem Ele esse caminho sequer teria início.

Ao meu orientador, Professor Doutor Marcos Bernardes de Mello, pelas sugestões, orientações e críticas. Agradeço especialmente ao Professor Doutor Gabriel Ivo, por quem tenho particular admiração como docente e jurista, por sua solicitude desinteressada. Ao Professor Doutor Andreas Krell, por seu engajamento, dedicação e competência decisivos na afirmação do Programa de Mestrado da UFAL. Ao Professor Doutor George Sarmento, a quem externo minha gratidão pelo estímulo que me tem dado.

A todos os Professores Doutores que ministraram aulas no Programa de Mestrado da UFAL: Renira Lisboa, George Sarmento, Marcos Mello, Andreas Krell, Erinalva Medeiros, Paulo Lôbo, Sônia Cândido, Francisco Wildo, Gabriel Ivo, João Maurício Adeodato, Artur Stamford, Torquato Castro, Dirley da Cunha e Eurico de Santi, pelas valiosas lições, cada qual a seu modo contribuindo para nosso aperfeiçoamento.

Ao Professor Doutor Fredie Didier Jr., por haver aceitado gentilmente o convite para integrar a Banca examinadora da defesa de Dissertação e pelas suas valiosas críticas e sugestões.

A todos os amigos do Mestrado, pelo convívio leal e harmonioso, especialmente ao Beclaute pelos textos cedidos e por suas indicações bibliográficas.

A Giovanna Codá, por toda ajuda durante os dois anos de curso e, sobretudo, por sua fundamental intervenção para possibilitar a defesa de minha Dissertação.

A Paulo Henrique e Maria Fernanda, por darem novo sentido à minha vida.

A Dani, pelo incentivo e compreensão durante esses dois longos anos.

A Marise, por sua presença orante e pelos conselhos de quem já trilhou esse percurso.

A todos da minha família, pai, avós, irmãos, tios, tias, primos, sogro, sogra, cunhadas e concunhados.

Aos amigos da “família” Mafra & Maranhão Advogados.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
PREFÁCIO.....	11
INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO I	
DELIMITAÇÃO DO OBJETO	21
1. O corte metodológico	21
2. Demarcação do âmbito de pesquisa	21
CAPÍTULO II	
CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS	23
1. Generalidades.....	23
2. Norma jurídica	24
2.1. Enunciados e normas (proposições).....	29
2.2. Níveis de linguagem	30
3. A causalidade jurídica	30
3.1 Relação norma/fato: a incidência	32
3.1.1. A infalibilidade da incidência	32
3.2. Relação fato jurídico/eficácia jurídica	36
4. A relação jurídica	37
CAPÍTULO III	
O DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO	39
1. Questões terminológicas	39
2. Evolução conceptual do direito à jurisdição	41
2.1. A <i>actio</i> do direito romano	42
2.3. A polémica de Windscheid e Muther.....	46
2.4. Teoria concreta.....	48
2.5. Teoria abstrata.....	50
2.6. Avaliação crítica.....	52
3. Perspectiva jurídico-positiva da teoria dos direitos fundamentais.....	56
3.1. A dupla dimensão dos direitos fundamentais.....	59
3.2. A co-relação necessária: direito fundamental/dever jurídico.....	62
4. O direito à jurisdição focalizado a partir do direito positivo	63
4.1. O problema da titularidade (sujeitos ativo e passivo).....	68
4.2. A tutela jurisdicional	69
4.2.1 A tutela jurisdicional no âmbito da jurisdição voluntária	72
4.3. Direito à tutela jurisdicional efetiva.....	73

4.4. O direito à duração razoável do processo	76
5. O direito à jurisdição como direito subjetivo processual: análise crítica	77
6. O direito à jurisdição como direito fundamental autônomo.....	78
6.1. O direito fundamental à jurisdição como um direito à prestação positiva.....	81
7. Norma de conduta, norma de estrutura e norma sancionadora extraídas do enunciado do art. 5º, XXXV da CF/88	82
8. O direito à jurisdição no âmbito internacional: análise do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	85

CAPÍTULO IV

A TEORIA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL.....	89
1. O problema semântico.....	89
2. O problema conceptual: a ação como impositividade do direito subjetivo	90
2.1. O exercício das ações.....	93
3. A coextensão não-necessária: direitos, pretensões e ações	94
3.1. Direito subjetivo	97
3.2. Pretensão	99
3.3. Ação de direito material.....	100
3.4. Direitos subjetivos desprovidos de ação	102
4. Objeções doutrinárias à teoria da ação de direito material	103
4.1. A posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.....	104
4.2. A posição de Guilherme Rizzo Amaral.....	106
4.3. A posição de Gabriel Pintaúde.....	107
4.4. A posição de Hermes Zaneti Junior	108
4.5. Apreciação conclusiva	109
5. A ação de direito material e a “pretensão à tutela jurisdicional dos direitos”	115
6. A trajetória das ações na fenomenologia do direito	116
6.1. Nascimento das ações	117
6.2. Vicissitudes a que se sujeitam as ações.....	119
6.2.1. A relação ação/exceção.....	119
6.3. A extinção das ações	122
6.3.1. Extinção da ação com subsistência do direito subjetivo	122
6.3.1.1. O problema da prescrição como modalidade de extinção da ação	123
6.3.2. Extinção da ação sem subsistência do direito subjetivo.....	124
7. Ação (material), “ação” processual e o direito fundamental à jurisdição: distinção necessária e implicações existentes	126
8. A utilidade da teoria da ação de direito material no plano da aplicação judicial do direito.....	129
9. A importância da teoria da ação de direito material no contexto da relação entre o direito fundamental à jurisdição e o processo.....	132

CAPÍTULO V

AAÇÃO DE DIREITO MATERIALE

A CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS	135
1. Tipologia das sentenças.....	135
1.1. A classificação quinária das sentenças.....	137
1.1.1. Força, eficácia imediata, eficácia mediata e efeitos mínimos das sentenças	138
2.1.2. Efeitos mínimos e a “constante 15”.....	140
1.1.3. Particularidades de cada carga eficaz	140
1.2. Análise isolada de cada tipo de eficácia.....	142
1.2.1. Eficácia declarativa.....	142
1.2.2. Eficácia constitutiva.....	143
1.2.3. Eficácia condenatória.....	145
1.2.4. Eficácia mandamental.....	147
1.2.5. Eficácia executiva.....	148
1.3. Algumas objeções doutrinárias à classificação quinária.....	150
1.3.1. Análise conclusiva.....	153
2. A classificação quinária e o direito processual contemporâneo	156
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	163

PREFÁCIO

Foi com inusitada satisfação que recebi o convite do MCs. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira para fazer o prefácio de seu livro, obra que consubstancia, com os aperfeiçoamentos que julgou necessários incluir *a posteriori*, sua dissertação com que obteve o título de Mestre pelo Curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Esse convite foi tão mais prazeroso por duas razões principais: a) primeira, ter sido formulado por um ex-aluno e ex-orientando, nos Cursos de Graduação e de Mestrado na UFAL, bem assim como ex-estagiário em nosso Escritório Jurídico, onde demonstrou, sempre, marcante capacidade intelectual, inusitada dedicação à cultura e ao estudo do Direito, obtendo, com isto, desde cedo, uma bela formação jurídica, como revela esta obra; b) segunda, porque se trata de um trabalho desenvolvido com fundamento nas concepções científicas do notável jurista alagoano Francisco Cavalcanti **Pontes de Miranda**, certamente o mais fecundo, inovador e maior dos cientistas do Direito deste País, senão de todo o mundo, ao menos no Século XX.

O tratamento do Direito Processual, no Brasil, com foros de ciência, sem dúvida, se deve, em boa parte, à denominada Escola Paulista, que, formada por influência dos ensinamentos de Liebman, em sua fecunda presença na gloriosa Faculdade de Direito de São Paulo, foi alicerçada, basicamente, na doutrina italiana elaborada segundo o pensamento de brilhantes juristas do quilate de Chiovenda, de Calamandrei, de Carnelutti, de Satta, dos irmãos Rocco, só para citar alguns mais expressivos. Congregando expressivos vultos da processualística nacional, a Escola Paulista ajudou a superar a mentalidade praxista com que, até então, era tratado o Direito Processual, impregnando-o do espírito científico que já o dominava na Europa, desde o crepúsculo do Século XIX e albores do Século XX. Sua influência preponderou, não apenas na literatura jurídica, mas também na legislação pátrias, mercê do prestígio pessoal de seus seguidores, em geral eméritos professores, e da divulgação maciça de suas obras.

Desde o primeiro quartil do Século XX, portanto bem antes do movimento da Escola Paulista, que somente se deu a partir da década de 1940, Pontes de Miranda, iniciou a construção de um novo paradigma doutrinário na área do Direito Processual Civil. A primeira expressão desse trabalho se encontra nas anotações com que atualizou e aprimorou a obra *Doutrina das Acções*, de João Homem Corrêa Telles (reedição de 1918), em cujo Prefácio declarou sua disposição em repensar a doutrina tradicional, até então dominada pela idéia

romanística de “ação” como *le droit armé et casqué en guerre*, portanto, dirigida pela *práxis*, prometendo a *feitura de um Tratado das Ações, em que possa desenvolver o assunto, como o exigem em nossos dias, a importância da matéria, a renovação do direito e a falta de qualquer tratado moderno*.

E assim o fez. Partindo do acervo cultural proveniente de *séculos de investigações com os reparos e os critérios rígidos, lógicos e universais da ciência de hoje*, conforme anotou no Prefácio de seu *Tratado das Ações* (São Paulo, RT, 1970), Pontes de Miranda trabalhou as novas idéias e concepções resultantes das obras fundamentais dos germânicos Bekker, Belling, Wach, von Bülow, Delbruck, Eltzelbacher, Goldschmidt, Hellwig, Planck, Sauer, Lent, Degenkolb, do húngaro Plòsz, dentre outros, criticando-as, removendo e corrigindo-lhes os defeitos e imprecisões, dando-lhes sistematização e, principalmente, precisando-lhes os conceitos. Desse labor resultaram as obras fundamentais da Ciência do Processo e do Direito Processual Brasileiro como os *Comentários ao CPC* de 1939 e ao *CPC* de 1973, sempre insuperáveis, o *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e outros julgados*, *Embargos aos acórdãos*, *Prejulgados e Revista no Direito Processual Brasileiro*, *História de prática do arresto ou embargo* e, finalmente, o *Tratado das Ações*.

O conteúdo dessas obras, como, aliás, de toda a obra de Pontes de Miranda nos diversos ramos da Ciência Jurídica, apresentando conceitos próprios que, em geral, dissentem daqueles repetidos pela doutrina comumente aceita, criava um novo paradigma, original e substancialmente diferente daquele tradicionalmente admitido.

Apenas como exemplos, merecem referência:

- a) as precisões conceptuais dos conceitos de pretensão e ação de direito material, individuando-as como as fases de exigibilidade e impositividade do direito (subjeto) e distinguindo-as das “ações” de direito processual, a que denomina *remédios jurídicos processuais*;
- b) a sistematização do estudo das várias espécies de pretensões, distinguindo-as em pré-processuais, como a *pretensão à tutela jurídica*, de ordinário denominada, com imperfeição, *direito de ação*, e processuais, como a *pretensão aos remédios jurídicos*;
- c) a precisão do conteúdo de *pretensão à tutela jurídica*, superando as dificuldades e deficiências que inquinavam as chamadas “teorias da ação”, tanto a do *direito concreto*, devida a Wach, como a de *direito abstrato*, devida a Degenkolb e Plòsz, demonstrando que cabe não apenas ao autor, mas também ao réu, e que tem por fim não uma “sen-

tença procedente” (Wach), nem uma “sentença justa”, mas tão-somente a prestação jurisdicional pelo Estado;

- d) a identificação da natureza da *pretensão à tutela jurídica*, mostrando que se trata de uma pretensão substancial (= não processual) que, no sistema jurídico nacional, tem natureza constitucional;
- e) a sistematização dos pressupostos relativos ao exercício das pretensões possíveis de ocorrer na área do processo, classificando-os em *pré-processuais*, as referentes à *pretensão à tutela jurídica*, *processuais*, *processuais especiais* e *processuais eficaciais*;
- f) finalmente, o notável estudo das ações de direito material desnudando seu conceito e classificando-as, diferentemente de tudo o que existia até o momento e existe ainda hoje nos meios científicos, em 5 (cinco) espécies, *declarativas*, *constitutivas*, *condenatórias*, *mandamentais* e *executivas*, assim denominadas em razão da força preponderante das sentenças a elas correspondentes, notando que todas as ações têm, necessariamente, essas cinco eficácias, concomitantemente, em níveis de gradação de 5 a 1, porque todas as sentenças as têm. Essa classificação é absolutamente original, fundada em lógica e critérios científicos irrepreensíveis.

O valor científico de sua obra jamais foi contestado ou negado; ao contrário, sempre foi reconhecido e festejado por todos por seu notável conteúdo, tanto assim que suas opiniões sempre foram citadas quando se queria, em arrazoados e sentenças, dar foros de definitividade a argumentos.

No entanto, a originalidade do paradigma científico por ele criado, que, em geral, dissentia, como dissente, dos conhecimentos tradicionalmente difundidos, bem assim em razão do modo de exposição de suas idéias, em linguagem erudita, em que ressalta a precisão e o rigor científicos, com terminologia peculiar, muitas vezes inovadora, por isso desconhecida da maioria dos juristas e professores, enxuta, sem firulas literárias, desprezando circunlóquios desnecessários e adjetivações ou sinonímia imperfeita, criando uma sistemática própria de estruturar o conteúdo do conhecimento jurídico absolutamente incomum na literatura jurídica, sua obra era, e ainda é, considerada de difícil compreensão. Acrescente-se a esse motivo, também, seu alto custo decorrente da vastidão de seu conteúdo, resultante do empenho na busca de esgotar o objeto do estudo, oferecendo, aos que lidam com questões jurídicas, orientações objetivas e seguras capazes de solucionar situações possíveis de ocorrer no dia-a-dia do foro, o que determinava

ser mantida longe dos meios universitários e, assim, pouco estudada¹. A falta de difusão gerava desconhecimento, deixando, por consequência de ser seguida, por muito tempo².

Pois bem. Os temas abordados neste livro se incluem entre esses pouco conhecidos, pela complexidade e originalidade em face da doutrina comum. Aqui são estudados: a) a natureza do direito à tutela jurisdicional; b) o caráter fundamental desse direito, que é visão original do Autor; c) a problemática das ações de direito material e sua classificação quinária, todos estudados sob a óptica das concepções científicas de Pontes de Miranda, e exposto em linguagem correta e cientificamente apropriada. E, o que é mais importante, em face do domínio que demonstra ter do conteúdo versado, o Autor com clareza e objetividade conseguiu traduzir os conceitos ponteanos, simplificando-os e fazendo-os acessíveis, portanto, a todos, desde os iniciantes aos iniciados.

Com este trabalho, o Autor presta uma inestimável contribuição à comunidade jurídica, porque lhe abre as portas ao conhecimento e entendimento de uma concepção científica que consegue explicar, aclarar e dar precisão aos temas mais

-
1. Tive um estimadíssimo mestre, ilustre civilista, que costumava me dizer, quando me via sobraçando, na Faculdade, algum volume do Tratado de Direito Privado, que começava a ser publicado (1954): *menino, Pontes é bom para ser citado, mas não de ser estudado*. Quando ingressei nos quadros docentes da Faculdade de Direito de Alagoas (1971), onde ainda hoje, mesmo aposentado pela *expulsória*, mourejo, como voluntário, lá já encontrei o também ponteano Professor Marcelo Lavênere Machado, atualmente na UnB. Em minhas aulas costumava elogiar o valor da obra de Pontes de Miranda, *alardeando, inclusive, sua perfeição científica, afirmando que ele não errava*. Pois bem, aquele mesmo querido mestre vivia *catando* no Tratado trechos que, a ser ver, conteriam erros e me chamava, em plena aula que estava ministrando, para que os justificasse perante seus alunos. E eu o fazia, mostrando que não se tratava de erro, mas de compreensão equivocada sua, por não conhecer, por inteiro, o pensamento de Pontes. Meu querido pai, o Desembargador José Xisto Gomes de Melo, jurista inigualável, que, ao conhecer o *Tratado de Direito Privado*, teve a humildade intelectual de reformular seu conhecimento, que era profundo, para tornar-se um ponteano apaixonado, dominando com mestria sua doutrina, e que nela me iniciou, pondo-me à mão o *Tratado*, e me levou a compreendê-la, tirando-me as dúvidas que sempre me assaltavam, *proibiu-me* de ler o *Sistema de Ciência Positivo do Direito*, edição de 1922, dizendo-me que ainda não era momento para que eu, simples calouro, pudesse enfrentar a profundidade da erudição e complexidade de seu conteúdo. Deixasse para depois do *Tratado*, o que fiz, com vantagem.
 2. Esse, porém, é fenômeno próprio encontrável sempre em situações em que há ruptura de paradigmas sedimentados. A História da Humanidade nos revela que um novo paradigma científico exige, em geral, para ser admitido, decurso de tempo bastante longo. O apego a um cabedal científico consolidado constitui, quase sempre, um obstáculo à admissão de novo padrão de conhecimento, máxime quando esse, por diferir radicalmente do tradicional, impõe renúncia ao conhecimento formado e consolidado segundo o paradigma com que se rompe e uma conseqüente re-elaboração cultural, o que exige, além de desprendido amor à ciência, grande humildade intelectual em reconhecer o erro, atitude que raramente se coaduna com a “*consciência*” que as pessoas têm da grandiosidade de sua cultura. Para ilustrar essa observação, apenas para mencionar um dentre os milhares de exemplos possíveis, a concepção heliocêntrica do Universo proposta por Copérnico levou mais de 200 anos para ser aceita, quebrando o paradigma criado por Ptolomeu que tinha a Terra como centro do Universo.

PREFÁCIO

complexos da Ciência Processual, fundando-os nos elementos que constituem sua própria substância, que é imutável.

Apesar a distância temporal que nos separa da presença de Pontes de Miranda, sua obra continua atual, o que faz com que esta obra também o seja, ainda agora, mesmo diante de toda essa renovação por que passa o Direito Processual Civil.

Maceió, em Ponta Verde, novembro de 2007.

MARCOS BERNARDES DE MELLO

INTRODUÇÃO

“Ação” é um termo largamente utilizado, quer na linguagem do direito positivo, quer na linguagem científica, mas cujo sentido tem se transformado com o passar do tempo. E sem embargo da sua variação semântica, atualmente verificamos o uso da palavra com mais frequência em três sentidos: ora como direito de ação, ora como ação de direito material e também como ação processual. Não é incomum na doutrina encontrar-se o emprego indistinto da expressão, apesar da diversidade de significados.

O estudo da ação, portanto, pressupõe, de início, um ajuste semântico do discurso: se há, como antes apontado, pelo menos três significados possíveis de utilização da palavra, antes de se utilizá-la, ainda mais com propósitos científicos, será imprescindível, como forma de evitar desentendimentos, especificar qual o sentido em que o termo estará sendo empregue.

Mas os problemas em torno da ação como categoria jurídica não se restringem a aspectos semânticos. Há uma outra classe de problemas que exigem solução doutrinária; referimo-nos, especificamente, às controvérsias geradas recentemente em torno do próprio conceito de ação de direito material.

Quando se fala em “ação”, no Brasil, logo vem à mente o enunciado do art. 5º, XXXV da Constituição Federal (dispositivo consagrador do chamado princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário), que veda à exclusão da apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. No Direito Comparado, notadamente em Portugal, os constitucionalistas (Canotilho, Vieira de Andrade, Jorge Miranda) usam com menos frequência aquele termo. Na Espanha, até mesmo por força do enunciado do artigo 24 da Constituição espanhola, fala-se normalmente em direito à tutela judicial efetiva.

Historicamente, após a polêmica de Windscheid e Muther, assentou-se a autonomia da ação como categoria equivalente ao direito de pedir do Estado a tutela jurídica. A discussão sobre se essa tutela devesse ser favorável ou não àquele que a pleiteava veio dar ensejo ao surgimento das teorias concreta e abstrata. Atualmente, a maioria dos autores, sobretudo no Brasil, tem-se filiado à última vertente.

Com o abandono da chamada “teoria civilística”, tornou-se possível separar, com perfeita nitidez, o direito subjetivo e a ação, que também passaria a ser concebida como um direito subjetivo, mas completamente distinto daquele. Deixava-se esquecida, contudo, uma categoria de indispensável tratamento para a correta explicação dos fenômenos jurídicos: a *ação de direito material*, presente

num primeiro momento sobretudo na doutrina portuguesa e brasileira da segunda metade do século XIX e início do século XX. Para os doutrinadores tradicionais, com a fixação da autonomia conceitual do denominado “direito de ação”, em relação ao direito subjetivo, passava-se a considerar superada a formulação da concepção civilística.

É certo que os partidários da concepção civilística não conheciam, ainda, um direito subjetivo dirigido contra ao Estado para que este prestasse a tutela jurisdicional. Mas, por outro lado, o conceito de ação formulado por aquela vertente serviria, em parte, para explicar o fenômeno à luz do direito material, olvidado pela doutrina processual, sobretudo da segunda metade do século XX.

Ao mesmo tempo em que se descobrira o “direito de ação” como o poder de se dirigir ao Estado para dele exigir a prestação jurisdicional à qual se obrigara com o seu monopólio na jurisdição, desvinculado do direito subjetivo material, deixava-se para trás o conceito de ação de direito material.

Pontes de Miranda, já no último século, retomou o conceito de ação de direito material, sem ignorar os conceitos de pretensão à tutela jurídica (equivalendo a que se denomina “direito de ação”) e de “ação” processual, no que foi seguido por processualistas como Ovídio Baptista da Silva, Araken de Assis e, já no século XXI, por Daniel Mitidiero e Fábio Cardoso Machado.

Nos dias de hoje, a concepção de ação de direito material passou da condição de solenemente ignorada pela doutrina processualista do século XX, à condição de teoria contestada, por autores como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que invoca, dentre outros argumentos, a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição para fustigá-la.

Dentro dessa problemática, resulta relevante saber se o direito fundamental à jurisdição é causa bastante para se falar em inexistência da ação como categoria do direito material, ou mesmo em sua inutilidade para o estudo do Direito e para sua aplicação em casos práticos concretos.

Ao procurarmos o ponto de encontro entre a ação de direito material e o direito de ingressar em juízo para pedir a tutela jurisdicional, buscaremos pôr em realce o direito à jurisdição na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.

A justificativa dessa perspectiva está: *i*) no fato de haver autores que, em pleno século XXI, negam com veemência a existência de um direito à jurisdição situado no plano do direito constitucional; e *ii*) no fato de que, mesmo os doutrinadores que admitem a sua origem constitucional, se limitam a afirmar que o fundamento normativo de tal direito está no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Ao abordar o direito fundamental à jurisdição na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais buscaremos, dentro dos limites deste trabalho: eleger uma definição de direito fundamental, analisar a problemática em torno do direito à jurisdição como uma garantia constitucional, inseri-lo na tipologia dos direitos fundamentais e abordar a sua colocação nas declarações internacionais de direitos fundamentais.

Após esse percurso, buscaremos o elo entre a ação de direito material e o direito fundamental à jurisdição para solucionar os problemas em torno da existência da ação como categoria situada exclusivamente no plano do direito material e de sua utilidade tanto no plano teórico, quanto no plano prático na solução de casos concretos.

Por último, procuraremos demonstrar a influência e os reflexos da ação de direito material no processo, enfatizando, de modo bem particular, a classificação quinária das sentenças, situando a problemática no contexto do direito processual civil brasileiro após as reformas operadas pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006.

CAPÍTULO I

DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Sumário • 1. O corte metodológico – 2. Demarcação do âmbito de pesquisa

1. O CORTE METODOLÓGICO

O sistema de normas de direito positivo é um dado da realidade sobre o qual aqueles que se põem na posição de sujeitos cognoscentes formulam proposições científicas. O direito positivo, assim, é o objeto material do conhecimento científico, que se reparte em diversos objetos formais. Cada plexo homogêneo de proposições formuladas a respeito do objeto material constitui uma teoria, que por sua vez constituirá vários objetos formais obtidos pelos cortes metodológicos realizados¹. Por isso, ao tomar o dado que é a realidade do direito sob distintos pontos de vista, o sujeito cognoscente formula teorias e constrói, a partir do objeto material, tantos objetos formais, quantos sejam os cortes metodológicos realizados. A esse respeito, Lourival Vilanova² pontifica que a partir do direito positivo há vários tipos de experiências possíveis de ser obtidas (dogmática, sociológica, antropológica, psicológica etc.), todas diferentes entre si, apesar de sempre terem a experiência jurídica como ponto de partida.

Nossa investigação terá como enfoque o direito positivo sob o aspecto dogmático, isto é, partindo da realidade das normas do direito positivo como um dado e tendo como único escopo o de descrevê-las, dentro dos limites do nosso tema, muito embora deva ser ressaltado que a análise exclusivamente dogmática não prescinda, também, do estudo sobre a metalinguagem (proposições científicas formuladas dentro dessa mesma secção metodológica) relacionada com o tema.

Portanto, eis o corte metodológico que orientará esta pesquisa: a análise dogmático-jurídica do direito positivo, no âmbito das normas jurídicas relacionadas com os institutos da ação de direito material, do direito fundamental à jurisdição e sua relação com o processo.

2. DEMARCAÇÃO DO ÂMBITO DE PESQUISA

O objetivo geral da presente investigação é estabelecer uma relação entre o direito fundamental à jurisdição e a ação como categoria do direito material,

-
1. VILANOVA, Lourival. *Norma Jurídica – Proposição Jurídica (significação semiótica)*, in Revista de Direito Público, n. 61, São Paulo: RT, jan/mar 1982, p. 13.
 2. VILANOVA, Lourival. *Lógica, Ciência-do-Direito e Direito*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília: out/dez 1972, p. 335.

tendo a pesquisa como referencial a teoria do fato jurídico, tal como concebida por Pontes de Miranda e desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello e Lourival Vilanova.

Porém, antes de relacionar o direito fundamental à jurisdição com a ação de direito material, será necessário fornecer resposta justificada à indagação seguinte: o direito à jurisdição decorre da incidência de normas de direito constitucional, ou seria um instrumento estabelecido pelas normas processuais (infraconstitucionais) para possibilitar o acesso à justiça?

Ao tomarmos como hipótese de trabalho o direito à jurisdição como sendo uma categoria situada no plano do Direito Constitucional, também precisaremos solucionar o problema em torno da sua natureza: seria ele uma espécie de direito fundamental ou um tipo de garantia constitucional?

E por haveremos assumido de antemão um ponto de vista favorável à concepção da ação de direito material a partir do direito positivo (e não simplesmente como uma reminiscência histórica do direito à autotutela), haveremos de justificar o posicionamento adotado, fornecendo-lhe um conceito, analisando as objeções doutrinárias existentes à sua adoção e descrevendo, dentro do marco teórico deste trabalho - que é, como visto, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda -, a sua trajetória no mundo jurídico, desde o seu nascimento, passando por suas vicissitudes, até sua extinção.

Com o enfrentamento e a superação desses sub-problemas, cujas respostas representam os objetivos específicos da investigação, estabeleceremos uma relação entre a ação de direito material, o direito fundamental à jurisdição e o processo, a partir da análise das normas do direito positivo.

CAPÍTULO II

CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

Sumário • 1. Generalidades – 2. Norma jurídica: 2.1. Enunciados e normas (proposições); 2.2. Níveis de linguagem – 3. A causalidade jurídica: 3.1 Relação norma/fato: a incidência: 3.1.1. A infalibilidade da incidência; 3.2. Relação fato jurídico/eficácia jurídica Acima tratamos da relação de causalidade jurídica existente na implicação: incidência/fato jurídico, mas ainda cabe referir ao relacionamento existente entre – 4. A relação jurídica

1. GENERALIDADES

O objeto do conhecimento dogmático-jurídico não é outra coisa senão o próprio direito, entendido como um conjunto de normas jurídicas positivadas em determinado lugar e em determinado tempo. Na exposição sistemática do direito, o sujeito cognoscente (jurista) sempre trabalha com determinados conceitos próprios a determinados ramos jurídicos (Direito Civil, Processual Civil, Tributário etc.) e susceptíveis de variação conforme o ordenamento jurídico a que se refiram (os conceitos de posse, domicílio, prescrição, por exemplo, podem variar em função da ordem jurídica a que correspondam). Ao mesmo tempo, o jurista também se depara com determinados conceitos permanentes, indiferentes às variações do direito positivo, válidos, portanto, em toda e qualquer ordem jurídica. Aos primeiros denominam-se *conceitos jurídicos positivos*; aos segundos, *conceitos jurídicos fundamentais*¹.

Segundo Lourival Vilanova², os conceitos fundamentais são aqueles que representam a condição de possibilidade do direito positivo e da Ciência Jurídica (dogmática); sem eles, não é possível o conhecimento do ordenamento jurídico. Há determinadas categorias, como norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica, que atravessam universalmente todos os subdomínios das Ciências Jurídicas particulares, situando-se seu estudo no âmbito da Teoria Geral do Direito, pois, muito embora o conhecimento dogmático-jurídico produzido pelos juristas esteja impregnado dessas noções e sua exposição necessite, constantemente, encontrar supedâneo em tais categorias, as Ciências dogmáticas particulares não se capazes de defini-las.

Assim, os conceitos jurídicos fundamentais não só são comuns a todos os ramos do saber jurídico (dogmático), como são alçados à verdadeira condição de

1. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 14ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1998, p. 82-83.

2. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 238.

possibilidade de conhecimento dos conceitos jurídicos positivos³ e a disciplina que os tem como objeto de estudo é a Teoria Geral do Direito.

Cuidaremos de alguns conceitos jurídicos fundamentais cuja análise prévia se apresenta indispensável para se estabelecer a relação entre ação de direito material e o direito fundamental à jurisdição, pois, como ensina Pontes de Miranda⁴, não é de admitir-se em ciência que se comece a exposição a falar da eficácia (direitos, deveres ou dívidas; pretensões, obrigações; ações e exceções), antes de descrever como os elementos do mundo fático penetram no mundo jurídico.

A presente investigação, portanto, não poderia prescindir da análise das noções fundamentais de norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica. Tal abordagem preliminar também é de extrema utilidade para se fixar de antemão o marco teórico de nossa exposição, pois se é certo que os conceitos jurídicos fundamentais têm pretensão de validade universal, não se pode perder de vista que são variadas e, muitas vezes, díspares as posições doutrinárias existentes em torno da definição de cada uma daquelas categorias.

2. NORMA JURÍDICA

Há diferentes pontos de vista sob os quais é possível conceituar norma jurídica. Partiremos do critério formal para defini-la, pondo assim em realce a sua estrutura, em detrimento de seu conteúdo; e a escolha se justifica pelo fato de julgarmos impossível, dentro da postura teórica assumida nessa investigação, a obtenção de uma definição válida a partir daquilo por ela deve ser regulado (isto é, uma definição que eventualmente enunciasse: jurídicas serão as normas que estabeleçam como obrigatórias, permitidas ou proibidas estas ou aquelas condutas). Mas, por outro lado, a análise exclusiva do aspecto estrutural da norma jurídica seria insuficiente, razão pela qual, a partir da identificação de sua estrutura, buscaremos eleger um critério para diferenciá-la das demais normas de conduta social.

Dentro dessa perspectiva formal, a norma jurídica se apresenta como uma *proposição*, entendida como expressão de um pensamento ou juízo, isto é, como significado de alguma expressão lingüística. Por isso, é necessário distinguir a fórmula lingüística de uma determinada oração e o seu sentido, como adverte Lourival Vilanova: “Estrutura sintático-gramatical é a sentença ou a oração, modo expressional frástico (de frase) da síntese conceptual que é a norma”⁵.

3. GARCÍA MAYNÉZ, Eduardo. *Filosofia del Derecho*. 8ª ed. México: Ed. Porrúa, 1996, p. 10.

4. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. XVII.

5. VILANOVA, Lourival. *Norma Jurídica – Proposição Jurídica (significação semiótica)*, in Revista de Direito Público, n. 61, São Paulo: RT, jan/mar 1982, p. 16.

Em lógica tradicional, proposição é a estrutura em que se encontra a ligação de uma propriedade a um objeto (v.g. A norma é eficaz). Nessa perspectiva, é considerada como objeto de um discurso declarativo (apofântico), susceptível de verificação empírica. As proposições jurídicas, contudo, diferenciam-se das proposições declarativas, pois os enunciados a que se relacionam se inserem em um discurso prescritivo de situações objetivas, tendo como destinatário o homem e sua conduta no universo social⁶; tais proposições prescritivas representam o campo próprio da lógica deôntica.

As proposições em geral são construídas a partir das formas lógicas e as estruturas lógicas são formadas por variáveis (categoremáticas) e constantes (sincategoremáticas), ou operadores proposicionais. Tomando como exemplo a proposição: “A norma é eficaz”, temos os termos “A norma” e “eficaz” como variáveis lógicas e o conectivo “é”, como constante, funcionando como operador intraproposicional. Mediante formalização⁷ (processo de abstração lógica que consiste na substituição das variáveis proposicionais por símbolos), temos: *S é P*. As variáveis referem-se a objetos do mundo, enquanto as constantes relacionam entre si variáveis (no interior da mesma proposição) ou proposições.

O diferencial das *proposições prescritivas* em relação às *proposições apofânticas* reside justamente no operador, pois naquela classe de proposição os termos são relacionados pelo conectivo *dever-ser*. Esse *dever-ser*, tripartido nas modalidades obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P), conduz a uma proposição deôntica (ou prescritiva), gênero do qual a proposição prescritiva jurídica é espécie. Essas proposições (v.g. “*é proibido* estacionar”) não se submetem aos valores verdade/falsidade, próprios das proposições apofânticas; as proposições deônticas têm outra valência, pois não existem para descrever como é determinado objeto, mas sim para alterá-lo, estabelecendo como ele deva ser. O operador aparece como constitutivo da própria estrutura proposicional; sem ele, a proposição se desfaz⁸. Assim, *ser* e *dever-ser* são, do ponto de vista lógico, modos essencialmente diferentes, sendo possível que tenham o mesmo conteúdo e permaneça íntegra a diferença entre as proposições do ponto de vista modal. Assinala Kelsen⁹ que pode o existente, ao mesmo tempo, não ser devido e, também, o devido, ao mesmo tempo, ser

6. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 40.

7. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 48.

8. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 72.

9. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 74.

não-existente. Careceria de sentido, nessa linha de pensamento, afirmar que uma norma jurídica seja verdadeira ou falsa. Por isso, diz-se que as proposições normativas são válidas ou inválidas¹⁰, tomando-se aqui o termo *validade* no sentido de existência específica da norma¹¹.

As normas jurídicas apresentam, invariavelmente, em sua estrutura lógica, a descrição hipotética de um fato, ou conjunto de fatos, ao que se denomina suporte fático, hipótese, descritor etc., e a imputação de conseqüências, denominadas preceito, conseqüente, prescritor etc., para quando vier(em) a se concretizar aquele(s) fato(s) abstratamente contemplado(s), estando a hipótese e a conseqüência ligados pelo functor deôntico interproposicional (operador) “deve-ser”, formalizando a relação de implicação entre a proposição-hipótese e a proposição-tese: *deve-ser* se A, então B; ou a ocorrência da hipótese implica a tese, assim *deve-ser*; ou, ainda, em notação simbólica: $D(H \rightarrow C)$ ¹², em que “D” é operador dever-ser, “H” é a proposição hipótese, “C” a proposição conseqüente e “ \rightarrow ” simboliza a implicação (se..., então...).

Como observa Paulo de Barros Carvalho¹³, as normas jurídicas possuem *homogeneidade sintática*, vez que a sua estruturação formal será sempre constante, e *heterogeneidade semântica*, pois o conteúdo de significação de cada um dos elementos integrativos da norma será necessariamente diverso, determinado conforme a natureza dos fatos e/ou das conseqüências previstas em cada uma, a fim de que a estrutura normativa em seu conjunto possa dar maior amplitude de cobertura para os múltiplos setores do convívio social.

É certo que o direito constitui uma ordenação da conduta humana, mas ao seu lado há outras classes de normas sociais (morais, religiosas, etiqueta etc.), que também se vertem para o comportamento do homem em seu relacionamento intersubjetivo. Essas espécies de normas podem apresentar-se formalizadas como proposições prescritivas implicacionais, de modo que a análise unicamente estru-

10. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 80.

11. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 77. É necessário esclarecer que “validade”, no pensamento de Kelsen, é a relação de pertinência entre a norma um dado ordenamento. No pensamento de Pontes de Miranda, validade significa uma qualidade do ato jurídico (*lato sensu*). Sobre a distinção entre validade como essência e como qualidade da norma, conferir: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Validade, Vigência, Aplicação e Interpretação da Norma Jurídico-Tributária*, in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 174.

12. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 103-104.

13. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da Incidência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 09.

tural da norma jurídica enquanto proposição não seria bastante para diferenciá-la dos outros tipos normativos.

Surge então a indagação: onde está o traço específico das normas jurídicas, capaz de diferenciá-las das demais normas sociais?

Para responder à indagação, Kelsen associa o caráter prescritivo da norma jurídica à sanção imposta pela ordem jurídica, materializada em atos de coerção. A norma merecerá adjetivação de “jurídica” – e assim podendo ser distinta das demais normas sociais – porque, para a hipótese de inobservância da conduta nela estabelecida como devida, estará estatuída uma sanção; jurídica é a norma para cujo descumprimento haja o estabelecimento de uma sanção materializada em atos de coerção¹⁴.

Segundo nos parece, o traço diferencial da norma jurídica em relação às outras normas sociais não está necessariamente atrelado ao estabelecimento de uma sanção para a hipótese de inobservância da conduta nela prevista. O direito positivo nos dá exemplos de normas não vinculadas a outras normas sancionadoras, como a extraída do art. 1.238 do Código Civil, segundo a qual em havendo alguém exercido a posse, sem oposição, pelo período ininterrupto de 15 anos, deva-lhe ser atribuída, a partir de então, a propriedade da coisa possuída, ou como a prevista no art. 2º do Código Civil, por força da qual todo aquele que nascer com vida deva ser considerado pessoa. Conforme assinala Norberto Bobbio, “a presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável”¹⁵. É certo que a coação (uso da força institucionalizada) no direito, sobretudo por ser a coercibilidade um de seus traços diferenciadores em relação às demais ordens sociais, nunca poderia ser desprezada. Entretanto, não se poderia afirmar que toda e qualquer norma para ser jurídica precisasse estar vinculada à aplicação de um ato de coação correspondendo a uma sanção prevista em outra norma. A sanção jurídica está presente no ordenamento, mas não necessariamente em cada norma em particular¹⁶, isto quer dizer que é certo afirmar que o direito, *como ordenamento*, pode se distinguir de outras ordens sociais por ser o único dotado de coercibilidade, no sentido de constituir a única ordem a possuir em seu

14. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 26-30, 56.

15. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, São Paulo: Edipro, 2005, p. 165.

16. Norberto Bobbio é preciso a respeito: “quando se fala em uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos ao ordenamento jurídico tomado no seu conjunto, razão pela qual, dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de todo outro tipo de ordenamento, não implica que todas as normas desse sistema sejam sancionadas (...)” (Cf. BOBBIO, Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, São Paulo: Edipro, 2005, p. 166).

interior normas estabelecendo atos de coerção para a hipótese de violação de seus comandos (não necessariamente de todos).

Por meio das normas jurídicas, a comunidade valora aqueles dados de fato por ela mesma considerados relevantes, atribuindo-lhes, já que os eventos da realidade empírica não entram em sua integridade factual na composição do suporte fático¹⁷, um modo de referência deontico, de tal forma que, sempre quando ocorridos, no plano da experiência, os fatos inseridos na hipótese normativa, a conduta humana prevista no conseqüente deva ser considerada prescrita, em qualquer de suas modalidades (permitido, proibido e obrigatório)¹⁸.

As normas não-sancionadas pertencem ao ordenamento jurídico e se impõem como obrigatórias perante a comunidade por força da técnica, especificamente jurídica, da *incidência*¹⁹; através dela o direito disciplina comportamentos, regula condutas humanas, ainda que os sujeitos destinatários das normas ignorem o seu conteúdo²⁰. Por essa técnica, ausente nos outros processos de adaptação social (moral, religião, economia etc.), o direito pode se fazer presente na regulação dos fatos que foram escolhidos (valorados) pela comunidade e erigidos ao nível de hipótese normativa, de tal forma que sempre quando acontecerem, no tempo e no espaço, aquilo que abstratamente fora tido por relevante, a conduta humana, também abstratamente prevista, passe a ser tida como prescrita²¹.

Nesse modo particular de ver as normas jurídicas, idealizado por Pontes de Miranda, torna-se desnecessária a discussão em torno do dualismo norma primária/norma secundária: as normas secundárias (sancionadoras) são normas jurídicas que se diferem das normas primárias apenas por conter em sua hipótese normativa a descrição do descumprimento de um dever estabelecido uma outra norma do mesmo ordenamento. Isto é, a norma secundária incidirá, quando a norma primária houver incidido e o dever nela previsto não houver sido observado

17. Segundo Lourival Vilanova (Cf. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 89), o suporte fático “é construção valorativamente tecida”. Por isso, o fato em sua inteireza não entra na composição da hipótese normativa, mas apenas aquela porção “recortada” da realidade empírica.

18. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 71-72.

19. Cf. subseção 5.1, infra, sobre o conceito de incidência da norma jurídica.

20. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 11.

21. A incidência da norma jurídica, sem a qual a conduta prevista no seu conseqüente não poderá ser considerada como prescrita, pressupõe (i) a vigência da norma e (ii) a concretização dos fatos previstos na hipótese normativa. Portanto, é perfeitamente possível haver norma com força de incidência (pertencente a um dado ordenamento jurídico-positivo), sem, ainda, incidir (v.g. norma em *vacatio legis*), mesmo porque essa não-incidência provisória é resultado da incidência de outra norma jurídica, pertencente ao mesmo ordenamento jurídico, que pré-exclui o incidir imediato da primeira norma.

pelo seu destinatário. As normas primária e secundária, incidem autonomamente, vinculando condutas, cada qual a seu modo e a seu tempo.

É certo, como pondera Norberto Bobbio²², que a norma jurídica não existe isoladamente, mas dentro do contexto de um ordenamento jurídico determinado (pluralidade de normas provenientes da mesma fonte de produção), em cujo interior se acham estabelecidas as formas de se introduzir e retirar as normas que delem são partes integrantes. A *força de incidência*, porém, está presente em toda norma que integra o ordenamento: seja funcionando, ao incidir, como fonte de produção normativa (v.g. ato jurídico legislativo de editar uma lei ordinária), seja como produto (norma introduzida no sistema que, incidindo, irá juridicizar as hipóteses normativas por ela estabelecidas).

Essa concepção, como visto, fornece um critério válido para distinguir satisfatoriamente as normas jurídicas (individualmente consideradas) de outras normas sociais, sem relegar a nota da coação como dado caracterizador do direito enquanto ordenamento da conduta humana.

2.1. Enunciados e normas (proposições)

Já advertimos que a proposição não se confunde com a estrutura oracional de que é extraída. Disso resulta que pode haver diferentes formulações lingüísticas expressando a mesma proposição. As expressões: “é proibido fumar” e “não é permitido fumar”, v.g., se apresentam em diferentes fórmulas lingüísticas, mas com o mesmo sentido; ambas indicam a proposição prescritiva da proibição da conduta de fumar, simbolizada em $V(p)$, em que V funciona como operador deôntico (proibido, interdutível pelo uso da negação com o modal permitido) e p , como variável lógica, substituindo a conduta proibida.

Do ponto de vista do direito, pode-se então dizer que a norma jurídica não deve ser confundida com o texto que a veicula. Os documentos normativos (constituição, leis, decretos etc.) não são normas jurídicas. Como asseveram E. Bulygin e C. Alchourron, “Toda norma se formula o puede ser formulada en un language, pero la norma non es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan”²³.

Por isso, pode-se ter um dispositivo legal veiculando várias normas e, ao mesmo tempo, vários dispositivos cujo sentido seja insuficiente para formar a unidade mínima e irredutível de significação do deôntico, na terminologia de Paulo de Barros Carvalho²⁴, isto é, uma estrutura proposicional articulada no esquema formal-lógico $D(H \rightarrow C)$. Sendo a norma uma proposição, essa estrutura está necessariamente

22. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 19.

23. ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Definiciones y Normas*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 442.

24. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da Incidência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

coberta pela linguagem, vale dizer, pelas estruturas oracionais que se fazem presentes nos textos de direito positivo²⁵.

2.2. Níveis de linguagem

É necessário ainda pôr em realce, considerando que o dado da linguagem é fundamental para a realidade do direito, muito embora a experiência jurídica não deva ser reduzida ao dado lingüístico, a distinção entre a linguagem do direito, como conjunto de enunciados prescritivos, e a linguagem da Ciência Jurídica, que fala a respeito de seu objeto; as proposições prescritivas das proposições descritivas, como preconiza Kelsen²⁶. Os enunciados formulados pela Ciência Jurídica, com sua linguagem meramente descritiva, visam a descrever o direito positivo que, por sua vez, através de uma linguagem prescritiva, regula a conduta humana, proibindo, permitindo ou obrigando comportamentos.

São, portanto, dois níveis de linguagens: a linguagem-objeto (linguagem prescritiva) do direito positivo e a metalinguagem (linguagem descritiva) da Ciência Jurídica. Essa distinção, além de ser útil ao rigor da exposição por evitar a confusão de planos distintos de linguagem, serve para demonstrar que o direito admite, em seu interior, a existência de proposições prescritivas contraditórias entre si e o fato da contradição não é capaz de anular ou invalidar, por si só, as normas (proposições) contraditórias, pois esse é um problema meta-lógico, somente passível de ser solucionado pelo próprio direito positivo. Já no âmbito das proposições descritivas da Ciência Jurídica, a lei lógica de não-contradição impede a existência de proposições contraditórias entre si²⁷, sendo certo que a contradição verificada no plano da linguagem-objeto não se transporta para a metalinguagem²⁸.

3. A CAUSALIDADE JURÍDICA

Considerando que a causalidade física (natural ou sociológica) compreende as relações que se dão na realidade social, podemos contrapor a ela a causalidade

25. VILANOVA, Lourival. *Lógica, Ciência-do-Direito e Direito*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília: out/dez 1972, p. 344.

26. Às proposições prescritivas, Kelsen dá o nome de normas, ou prescrições; às proposições descritivas da ciência, simplesmente “proposições” (Cf. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 80-83), no que é criticado por Lourival Vilanova (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, cit., p. 143), porquanto as normas de direito positivo também se expressam como proposições.

27. No plano da metalinguagem, não há contradição em enunciar-se: (i) é válida (=pertencente a um dado sistema) a norma N e (ii) é válida a norma não-N; a contradição existe, porém, nos enunciados: (i) é válida a norma N e (ii) não é válida a norma N.

28. VILANOVA, Lourival. *Norma Jurídica – Proposição Jurídica (significação semiótica)*, in Revista de Direito Público, n. 61, São Paulo: RT, jan/mar 1982, p. 19.

jurídica, compreendo as relações que se *devem* dar na realidade social. O próprio Kelsen foi incisivo em diferenciar, no plano da ciência, as proposições que expressam uma lei natural (v.g. com o aquecimento de um metal dá-se a dilatação) com referência a relações de causa e efeito que se dão no mundo natural, das proposições jurídicas, que também descrevem a existência de uma relação entre dois elementos, ligados porém pela cópula “deve-ser”²⁹.

A norma jurídica descreve um fato e liga-lhe uma consequência proibindo, permitindo ou obrigando condutas. Essa circunstância de um dado fato provocar um dado efeito não se compreende sem a existência de fatos-condicionantes/efeitos-condicionados³⁰ caracterizadores da causalidade normativa.

Do ponto de vista causal-naturalístico, as séries de relações causais são ininterruptas, mas o direito corta a série causal³¹, reputando, valorativamente, uma causa como a inicial, ao “recortar” da realidade total o fato que funcionará como causa dos efeitos escolhidos e prescritos como relevantes. Nisso reside a nota tipicamente jurídica desse relacionamento de causa/efeito: o fato somente é alçado ao status de fato-condicionante por *qualificação normativa*, sem a qual o fato seria puramente natural (físico, biológico, social etc.). O ser fato jurídico é uma qualidade atribuída pelo homem através das normas jurídicas, em razão da relevância dos fatos escolhidos (valorados) no meio social³². É por construção normativa que de determinado fato tipificado na hipótese, quando realizado, resultem certos efeitos.

Mas para que se dêem os efeitos jurídicos tecidos normativamente é necessário o fato jurídico, isto é, a concreção no plano factual da hipótese normativa como resultado da incidência da norma. Sem norma incidindo no fato, o fato não se torna jurídico e, portanto, não pode produzir consequências. Por isso, Pontes de Miranda³³ considera duas classes de efeitos jurídicos: a eficácia nomológica (efeito de a norma incidir sobre o suporte fático criando o fato jurídico) e a eficácia jurídica (diversas consequências advindas do fato jurídico).

Tem-se, assim, em simplificação, a causalidade jurídica representada nas seguintes relações: $IN \rightarrow FJ$ e $FJ \rightarrow EJ$. Da incidência da norma jurídica, após a concretização do suporte fático, decorre o fato jurídico, do qual decorrerá a eficácia jurídica.

29. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 86-87.

30. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 47.

31. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 62.

32. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06.

33. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsó, 1955, p. 17.

3.1 Relação norma/fato: a incidência

O fato jurídico é resultado da incidência³⁴, que, por sua vez, pressupõe a realização, no plano da experiência, dos fatos abstratamente previstos abstratamente na hipótese normativa. A relação de implicação entre a norma e o fato concretizado ocorre por meio da incidência, ou, como pontifica Lourival Vilanova³⁵, o fato somente é jurídico porque alguma norma sobre ele incidiu pela relação de causalidade jurídica. Apenas desse modo ocorre a juridicização do fático; os fatos, à medida que são valorados pela comunidade, são postos na hipótese normativa, para sempre quando ocorrerem resultarem conseqüências, mas, somente quando concretizados e qualificados como jurídicos pela incidência, esses fatos adquirirão relevância no mundo jurídico. A hipótese e a conseqüência normativas, sem a concretização dos fatos abstratamente previstos, permanecem com o status de proposição.

Com a idéia de fato jurídico como produto da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático, concebida originalmente por Pontes de Miranda³⁶, é possível separar-se o mundo dos fatos do mundo jurídico. Nessa concepção, mundo é o conjunto formado pela totalidade dos fatos: o nascer, o morrer, o chover, o dormir etc. O mundo jurídico é o conjunto delimitado pelos fatos que adquiriam relevância para o direito, através da incidência. O direito seleciona fatos e estabelece a causalidade jurídica, não necessariamente coincidente com a causalidade dos fatos; através da juridicização do fático o direito adjetiva os fatos para serem considerados jurídicos e assim tecerem o mundo jurídico³⁷.

3.1.1. A infalibilidade da incidência

Dentro dessa perspectiva, a incidência da norma sobre seu suporte fático, produzindo o fato jurídico, ocorre *infalivelmente*³⁸, independente da adesão, do querer, ou mesmo do conhecimento dos interessados ou destinatários sobre o existir ou o incidir da regra jurídica. Como conseqüência, tem-se a necessária distinção

34. A respeito da influência do positivismo sobre a teoria da incidência, conferir: SILVA, Beclaut Oliveira. *Considerações acerca da Incidência na Teoria de Pontes de Miranda*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió: Nossa Livraria Editora, p. 217-250, jan/dez, 2005, p. 221 e segs.

35. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 144.

36. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 74 *et passim*.

37. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 5-6. Não é por outra razão que, para Pontes de Miranda, “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, prefácio, XVI).

38. MIRANDA, Pontes de. *Incidência e Aplicação da Lei*, in Revista da Ordem dos Advogados e Pernambuco, ano 01, nº 01, 1956, p. 53.

entre *incidência* e *aplicação* no direito. A incidência se dá conceptualmente, independente da realização da norma no plano da experiência. Quando se tem a relação: incidência=aplicação, o direito atinge o seu ideal, pois a regra ditada foi efetivamente cumprida, isto é, incidiu e foi aplicada. Pode, porém, ocorrer o inverso, sem que com isso se infirme o caráter infalível da incidência, pois a aplicação é ato humano, tendo assim a nota da falibilidade. A falta de atendimento à incidência (ou a falta do que Pontes de Miranda denomina de “auto-aplicação”) deve dar ensejo à aplicação, normalmente feita pelo Estado (jurisdição), ou, excepcionalmente, pelo interessado (justiça de mão própria)³⁹.

Há, porém, um outro modelo teórico de explicação do conceito de fato jurídico. Paulo de Barros Carvalho⁴⁰, seguido por Gabriel Ivo⁴¹, Eurico Marcos Diniz de Santi⁴² e outros, sustentam, diferentemente da concepção idealizada originariamente por Pontes de Miranda, que a norma jurídica não incide de forma infalível sobre o seu suporte fático, por necessitar da intervenção humana promovendo a subsunção do fato (relato lingüístico de um evento) à hipótese normativa e a implicação do conseqüente normativo, através da formulação da norma individual e concreta. Para haver fato jurídico, será necessária a linguagem competente promovendo o relato do evento ocorrido e do vínculo jurídico instaurado⁴³. O evento, que, na concepção de Pontes de Miranda, uma vez ocorrido e coincidente com a previsão abstrata da hipótese normativa, desencadeia por si só a incidência jurídica e o surgimento do fato jurídico, na teoria desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho, é algo sem nenhuma repercussão no mundo do direito, somente adquirindo foros de juridicidade com o seu relato em linguagem competente.

Os alicerces dessa construção podem ser sintetizados nos seguintes pressupostos teóricos: a) distinção entre texto e norma, entendida esta como a significação construída pelo intérprete autorizado pelo direito a partir do conjunto de enunciados prescritivos (texto); b) noção de interpretação como processo de atribuição de

39. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 18; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 63; LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*, São Paulo: RT, 1997, p. 90 *et passim*.

40. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da Incidência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 09 *et passim*.

41. IVO, Gabriel. *A Produção Abstrata de Enunciados Prescritivos*, in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125 *et passim*.

42. SANTI, Eurico M. Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 58 *et passim*.

43. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da Incidência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11-12.

sentido aos signos lingüísticos pelo intérprete, pois os enunciados não poderiam conter, em si mesmos, significações; c) a impossibilidade de normas gerais e abstratas regularem as condutas intersubjetivas sem a mediação da norma jurídica individual e concreta; d) a necessidade do relato lingüístico de um evento pela autoridade competente para se poder cogitar da existência de fato jurídico.

Nessa perspectiva teórica, não há lugar para a distinção entre incidência e aplicação, pois somente o intérprete do direito, ao atribuir sentido aos signos lingüísticos que compõem os enunciados normativos, saturando as estruturas formais da norma jurídica, estará promovendo, no plano da concretude, a incidência da norma geral e abstrata e a implicação do conseqüente normativo. Segundo Gabriel Ivo⁴⁴: “Não há uma incidência passada que seja incompatível com a aplicação”. E arremata: “Ninguém sabe, ou não poderá dizer, qual a incidência correta”.

O modelo teórico que seguimos, aqui, porém, é aquele proposto por Pontes de Miranda, que, diferentemente de Paulo de Barros Carvalho, põe a incidência como fato que se dá dentro do mundo dos pensamentos, perceptível, porém, em conseqüências ocorridas no mundo total⁴⁵. A expressão “pensamento” na teoria ponteana não quer significar algo acontecido no âmbito do pensar individual do sujeito destinatário, ou do sujeito aplicador da norma jurídica. Adriano Soares da Costa⁴⁶, a nosso ver com acerto, assimila o plano dos pensamentos da teoria de Pontes de Miranda ao “terceiro mundo” de Karl Popper, com o propósito de demonstrar o caráter objetivo da incidência da norma jurídica e ao mesmo tempo a sua independência em relação ao sujeito pensante. Para Popper o “terceiro mundo objetivo” é autônomo em relação ao mundo material e ao mundo mental: é mundo de objetos de pensamentos possíveis⁴⁷ (e a própria linguagem é dele parte integrante) construído pelo homem e com existência autônoma, daí ele falar em pensamento no sentido subjetivo, entendido como um estado de espírito ou de consciência, e pensamento no sentido objetivo, como o conjunto de conhecimentos constituídos de problemas, teorias, idéias, inferências lógicas, que existem independentemente do sujeito cognoscente⁴⁸.

44. IVO, Gabriel. *A Produção Abstrata de Enunciados Prescritivos*, in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 159.

45. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 07.

46. COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da Incidência da Norma Jurídica – Crítica ao Realismo Lingüístico de Paulo de Barros Carvalho*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 24-26.

47. POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo – Uma Abordagem Revolucionária*, trad. Milton Amado, São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1975, p. 152.

48. POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo – Uma Abordagem Revolucionária*, trad. Milton Amado, São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1975, p. 110-111.

Assim, a incidência é meramente conceptual; não acontece no mundo sensível - pois como destaca Marcos Bernardes de Mello⁴⁹ ela apanha o fato, torna-o jurídico, sem, contudo, excluí-lo do mundo total -, nem no plano meramente subjetivo da mente do aplicador ou do destinatário da norma jurídica, pois a norma tem a virtude de incidir até mesmo sem ser conhecida pelo destinatário.

Por isso, embora sejam inconciliáveis, não há, a rigor, oposição entre a teoria da incidência jurídica concebida por Pontes de Miranda e a formulada por Paulo de Barros Carvalho, já que ambas são tecidas em sistemas de referência completamente distintos: Pontes de Miranda não coloca, em sua construção, a linguagem como dado essencial do fenômeno jurídico (para haver fato jurídico não é necessário haver o seu relato lingüístico); já Paulo Barros de Carvalho, por sua vez, não admite haver qualquer manifestação do direito sem linguagem e também não trabalha com a hipótese da incidência como fato do mundo dos pensamentos objetivamente considerados.

A partir da noção de infalibilidade da incidência, é possível ao jurista descrever e explicar determinadas realidades tipicamente jurídicas (v.g. a concepção, o ser pessoa, a tradição, o esbulho, a turbacão, a avulsão etc.) que, na concepção desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho, se não vierem a ser relatadas através de linguagem competente, ficariam no campo dos fatos meramente sociais, sem relevância para o direito.

A concepção de Pontes de Miranda, por outro lado, apesar do caráter automático ostentado pela incidência por ela criada, não representa tentativa de reduzir a experiência jurídica a algo mecanicista e artificial, em face do dualismo necessário, presente no pensamento ponteano, entre incidência/aplicação. Se a incidência, que ocorre fatalmente com a concreção do suporte fático, não for atendida, ou se houver dúvidas quanto à regra que incidira, caberá a aplicação e nesse momento o aplicador haverá de interpretar a norma jurídica e os fatos postos à sua apreciação para, reconstruindo a incidência, aplicar a regra correspondente e, por conseguinte, promover a realização do direito no meio social. Essa reconstrução está susceptível a vicissitudes variadas que podem ocasionar, e muitas vezes ocasionam, a não-coincidência entre a norma incidente e aquela aplicada; esse dualismo justifica o papel da interpretação e da aplicação do direito nessa concepção teórica, sobretudo se considerarmos o fato de que a falta de correspondência entre norma aplicada/norma incidente, mormente quando o ato de aplicação se tornar definitivo, ensejará a prevalência da norma aplicada pela autoridade competente, em detrimento da norma que verdadeiramente haja incidido.

49. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 07.

3.2. Relação fato jurídico/eficácia jurídica

Acima tratamos da relação de causalidade jurídica existente na implicação: incidência/fato jurídico, mas ainda cabe referir ao relacionamento existente entre fato jurídico/eficácia jurídica. A compreensão de tal relação permite explicar-se o porquê da proposição: a eficácia jurídica pressupõe fato jurídico.

A norma estabelece deonticamente que deve ser a relação causal entre o fato jurídico e suas consequências⁵⁰; muito embora essa relação seja inexorável (até mesmo para os que fustigam o caráter infalível da incidência jurídica⁵¹), não se pode perder de vista que esse vínculo implicacional somente se dá em virtude de norma jurídica que o estabeleça, resultando daí o caráter de causalidade jurídica do relacionamento. Desaparecendo a norma do sistema, a relação de causa/consequência logo se desfaz.

Disso resulta que só se poderá falar de eficácia jurídica depois de ocorrido o fato jurídico. E mais: de todo fato jurídico surgirão, necessariamente, consequências jurídicas⁵². Há determinados fatos jurídicos (v.g. testamento, negócio jurídico sujeito à condição suspensiva, ato jurídico nulo etc.) que, embora venham a compor o mundo jurídico (pois passaram ao plano da existência), são inaptos a produzir os efeitos próprios da classe a que pertencem. Mas isso, parece-nos, não é bastante para infirmar a proposição segundo a qual todo fato jurídico produz eficácia jurídica. O testamento, mesmo antes da morte do testador, produz o efeito da vinculabilidade às disposições testamentárias; O negócio jurídico condicional produz o efeito de conferir o direito expectativo ao interessado até quando a condição suspensiva se implementar; o ato jurídico nulo produz o efeito de atribuir aos interessados o direito e ação para a decretação da nulidade do ato. É certo que, v.g., um negócio jurídico de compra e venda nulo não se presta a produzir os efeitos *típicos* do contrato de compra e venda validamente celebrado (surgimento das obrigações recíprocas de pagar o preço e transferir o domínio da coisa), mas

50. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p.64.

51. Paulo de Barros Carvalho, ao cuidar do marco temporal do surgimento da relação jurídica tributária, fala em “instauração automática e infalível do vínculo obrigacional ao ensejo do acontecimento do ‘fato gerador’” (CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da Incidência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 188), valendo ressaltar, apenas, para não descontextualizar o pensamento desse autor, que a relação jurídica para ele surgirá no momento da edição da norma individual e concreta, isto é, quando o fato jurídico (o “fato gerador” aludido na citação) devidamente relatado em linguagem já estiver ocupando o lugar de antecedente dessa norma.

52. Em sentido oposto, Marcos Bernardes de Mello defende que não há relação de causalidade jurídica na implicação fato jurídico/eficácia jurídica, pois embora toda eficácia seja proveniente de fato jurídico, nem todo fato jurídico produziria eficácia jurídica, como nos casos do testamento antes da morte do testador, negócios jurídicos sob condição suspensiva e atos jurídicos nulos (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24)

se partimos da premissa de que, no mundo jurídico, são fatos jurídicos distintos (embora pertencentes à mesma classe pois ambos são classificados como negócios jurídicos) o da (i) compra e venda válida e o da (ii) compra e venda nula, percebemos que os efeitos tecidos normativamente para ambos são diversos. Se o ato jurídico da compra e venda válida simbolizarmos por *FJ1*, acarretando a eficácia *EJ1* (relação obrigacional entre comprador e vendedor) e se o ato jurídico da compra e venda nula simbolizarmos por *FJ2* acarretando a eficácia *EJ2* (surgimento do direito e a ação para os interessados obterem a decretação da nulidade do negócio), vemos que o ato jurídico nulo produz efeitos e lhe negar a eficácia, no exemplo citado, seria pressupor que a causalidade jurídica devesse ocorrer em $FJ2 \rightarrow EJ1$, quando, em verdade, ocorre em $FJ2 \rightarrow EJ2$.

No mundo jurídico, sempre haverá relação de causalidade jurídica necessária entre fato jurídico/eficácia jurídica⁵³, mesmo quando se esteja a tratar de exclusão de efeitos, pois, como afirma Pontes de Miranda, “há de haver causa, também, para que se exclua, ou corte, ou encubra eficácia”⁵⁴, e essa causa, poderíamos completar, somente pode estar em algum fato jurídico.

4. A RELAÇÃO JURÍDICA

A toda relação entre sujeitos de direito que, após a incidência da norma jurídica, implique correspectividade de direitos/deveres e, eventualmente, demais categorias coextensivas (pretensão, obrigação, ação e situação de acionado), chama-se relação jurídica⁵⁵.

A relação jurídica é, independente de sua juridicidade, relação. E, como tal, no nível da abstração lógica, apresenta-se como uma estrutura em que dois termos se interligam através de um operador, com a função de relacioná-los. Tem-se assim um termo antecedente (referente) e um termo conseqüente (referido), ambos ligados pelo operador relacionante (em qualquer das três modalidades deônticas: obrigado, proibido ou permitido)⁵⁶. Em notação simbólica: $S^1 R S^2$.

Conforme sintetiza Marcos Bernardes de Mello⁵⁷, toda relação jurídica requer (i) a intersubjetividade, pois o vínculo se estabelece entre pelo menos dois sujeitos de direito, que são os termos do relacionamento; a (ii) correspectividade de

53. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 235.

54. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsó, 1955, p. 99.

55. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 156.

56. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

57. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 172-180.

direitos/deveres, por ser impossível, no plano do direito, que alguém seja credor (posição ativa do sujeito da relação) de ninguém, ou devedor de si mesmo; *(iii)* a existência de um objeto que lhe dê sentido e realidade, isto é, ao qual se refiram o direito subjetivo e o dever correspondente.

A compreensão da estrutura geral da relação jurídica é indispensável para que se possa perceber as diferenças existentes entre direito subjetivo e ação e, por conseguinte, para se relacionar a ação com o direito fundamental à jurisdição. Tanto o direito subjetivo como a ação supõem a norma jurídica, a sua incidência após a concretização de suporte fático e a irradiação dos efeitos do fato jurídico, porém a ação só surge quando, em determinada relação jurídica, o sujeito ativo seja detentor do poder impor contra o sujeito passivo a satisfação do direito subjetivo. Assim, sem a noção de relação jurídica, seria frustrado o trabalho de buscar compreender a ação como categoria jurídica distinta, mas relacionada com o direito subjetivo.

CAPÍTULO III

O DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO

Sumário • 1. Questões terminológicas – 2. Evolução conceptual do direito à jurisdição: 2.1. A actio do direito romano; 2.2. Teoria Civilista; 2.3. A polémica de Windscheid e Muther; 2.4. Teoria concreta; 2.5. Teoria abstracta; 2.6. Avaliação crítica – 3. Perspectiva jurídico-positiva da teoria dos direitos fundamentais: 3.1. A dupla dimensão dos direitos fundamentais; 3.2. A co-relação necessária: direito fundamental/dever jurídico; 4. O direito à jurisdição focalizado a partir do direito positivo: 4.1. O problema da titularidade (sujeitos ativo e passivo); 4.2. A tutela jurisdicional: 4.2.1 A tutela jurisdicional no âmbito da jurisdição voluntária – 4.3. Direito à tutela jurisdicional efetiva; 4.4. O direito à duração razoável do processo – 5. O direito à jurisdição como direito subjetivo processual: análise crítica – 6. O direito à jurisdição como direito fundamental autônomo: 6.1. O direito fundamental à jurisdição como um direito à prestação positiva – 7. Norma de conduta, norma de estrutura e norma sancionadora extraídas do enunciado do art. 5º, XXXV da CF/88 – 8. O direito à jurisdição no âmbito internacional: análise do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos

1. QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

A categoria que aqui chamaremos “direito à jurisdição” tem sido tratada ao longo do tempo sob diversas acepções. Cuidaremos então, antes de defini-la, de traçar um sintético panorama a respeito dos problemas semânticos e conceptuais a seu respeito para ao final justificar a nossa opção pela expressão entabulada neste capítulo.

Tradicionalmente, no Brasil, sobretudo, para se referir ao que chamamos de “direito fundamental à jurisdição”, a doutrina em sua generalidade tem feito uso da expressão “direito de ação”, ou, simplesmente, “ação”. Todavia, a imposição do rigor terminológico, dentro do marco teórico que elegemos -, nos obriga a abandonar em definitivo o uso dessas expressões. Como teremos o ensejo de demonstrar¹, direito, pretensão e ação são conceitos coextensíveis; ou se tem direito, pretensão e ação, ou apenas o direito, ou direito e ação, ou, ainda, o direito e pretensão. Nunca, porém, “direito de ação”, ou muito menos “direito de pretensão”. Ademais, essas expressões se mostram insuficientes para descrever em sua inteireza o fenômeno a que se referem. O termo “ação”, doutrinariamente, ora serve para designar a ação de direito material (sentido próprio), ora se presta para designar os remédios jurídicos processuais, ou simplesmente as “ações” processuais; seria pouco recomendável o uso do mesmo signo para expressar agora uma terceira realidade, justamente por induzir à ambigüidade, ainda mais quando possível utilizar-se, satisfatoriamente, de outras expressões com a mesma finalidade. Já o termo “direito de ação” descreve a realidade do direito de provocar

1. Cf. seção 17, *infra*.

a jurisdição apenas do ponto de vista de quem age pedindo a tutela jurisdicional; mas esse direito é tanto exercido pelo autor, quando vai a juízo, quanto pelo réu, quando se defende, o que denota a insuficiência do termo.

Outras expressões como “direito de demandar”, “direito de agir”, “direito de acionar”, também de uso corrente, caem no mesmo vício de retratar o fenômeno de forma insuficiente, apenas do ponto de vista daquele que propõe uma demanda.

Pontes de Miranda², por sua vez, faz uso da expressão “pretensão à tutela jurídica”, oriunda da tradução do termo *Rechtsschutzanspruch*, cunhado originalmente por Adolf Wach, para quem tal pretensão à tutela jurídica seria o direito de obter do Estado, e frente ao demandado, a realização de um direito subjetivo³. Para Wach, *Rechtsschutzanspruch* seria, em síntese, o direito à obtenção de um provimento judicial favorável.

Esse conceito chegou a ser fortemente exprobrado por Leo Rosenberg⁴, que embasou sua crítica, basicamente, em duas razões: a) o equívoco da concepção de Wach, que a vinculava ao direito de obter uma resolução judicial favorável; b) a inexistência de um direito de demandar (*Klagrecht*), a ser exercido pela parte contra o Estado, mas apenas a existência de uma simples faculdade.

Muito embora pareça-nos a princípio justificada a crítica de Rosenberg, ao se mostrar contrário à existência de uma pretensão exercida para se obter do Estado uma resolução favorável à parte litigante, não podemos deixar de reconhecer que a concepção de pretensão à tutela jurídica desenvolvida por Pontes de Miranda – por ele entendida como o direito público subjetivo, exercido contra o Estado, para que este preste a tutela jurisdicional, prometida por força do monopólio estatal da jurisdição⁵ –, é totalmente desvinculada da pretensão à sentença favorável, fugindo assim da formulação original de Wach. Por outro lado, a afirmação de não existir propriamente um direito de demandar, mas apenas uma mera faculdade, tal como sustentado por Rosenberg, não se nos afigura acertada. Quando o Estado monopolizou a jurisdição, vedando a justiça de mão própria, teve de assumir o *dever* de prestar aos interessados a tutela correspondente a quem viesse postulá-la (caso não houvesse esse dever do Estado, os órgãos jurisdicionais a qualquer

-
2. MIRANDA, pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 42.
 3. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977, p. 42.
 4. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, trad. Angela Romena Vera, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 57 e segs.
 5. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. XVII, 79 e 89.

tempo poderiam negar o acesso ao Judiciário e a tutela jurisdicional seria graciosa, prestada por mero favor); se há um dever, necessária e correspectivamente, no pólo ativo da relação jurídica correspondente, haverá de existir um autêntico direito subjetivo e não apenas uma simples faculdade.

A expressão “pretensão à tutela jurídica”, no sentido ponteano, tem o mérito de desvincular o direito à obtenção da prestação do direito a um provimento favorável, como Wach havia concebido originariamente, além de possuir amplitude semântica suficientemente apta para descrever a realidade do direito subjetivo dotado de exigibilidade (pretensão) de pedir a tutela jurisdicional, seja na condição de autor, seja na posição de réu.

Apesar de conceitualmente preciso, o termo “pretensão à tutela jurídica”, justamente por ser utilizado em doutrina sob distintas perspectivas teóricas para descrever a mesma realidade, pode ser causa de confusão, motivo pelo qual preferiremos utilizar o termo “direito fundamental à jurisdição”. Essa expressão indica com clareza o seu referente, isto é, o direito subjetivo de pedir a tutela jurisdicional, além de reforçar o timbre de direito fundamental ao conceito, que pretendemos enfatizar com este trabalho.

2. EVOLUÇÃO CONCEPTUAL DO DIREITO À JURISDIÇÃO

Foram várias as teorias em torno do que aqui chamaremos direito à jurisdição⁶, sendo por isso de rigor realizarmos uma resenha histórica, até mesmo para contextualizar o conceito à luz da Ciência Jurídica contemporânea.

Nos países cujos idiomas derivam do latim, a palavra *actio*, do direito romano, foi introduzida conforme a variação de cada língua, mas preservando a origem latina do vocábulo (*ação*, *acción*, *azione*, *action*). Na Alemanha, diferentemente, verificou-se a dualidade de interpretações acerca de seu conceito: ou se considerava a *actio* como sendo a *Klage* (entendida como *Klagrecht*, que corresponde ao *direito de demandar*); ou se preservava a distinção conceitual de ambas. De tal divergência terminológica, surgiu a famosa polêmica travada por Windscheid e Muther.

O Direito Processual, como disciplina, praticamente nasceu em torno do conceito de ação e ainda hoje a doutrina se debruça sobre a investigação de sua

6. Aqui abordaremos a evolução e a transformação do conceito do direito à jurisdição, por vezes chamado “ação”, ou “direito de ação”. Cumpre esclarecer, porém, que pelo fato de estarmos limitados, neste momento, a reproduzir concepções doutrinárias, preferimos manter-nos ao máximo fiel a essa terminologia, embora com ela não estejamos de acordo. Desse modo, quando nos referirmos às categorias de “ação”, ou “direito de ação”, nesta seção e nas subseções correspondentes, estaremos aludindo ao que hoje chamamos de “direito à jurisdição”.

verdadeira natureza, havendo a sua problematização nos tempos atuais já desbordado do âmbito da Ciência Processual e ingressado no domínio do Direito Constitucional.

2.1. A *actio* do direito romano

No direito romano, o conceito de “ação” sofreu variações ao longo dos três períodos em que se divide o processo civil em Roma. No primeiro momento, a que correspondia o sistema das ações da lei (*legis actiones*), a *actio* exprimia o conjunto de formalidades e solenidades que deveriam ser cumpridas pelas partes perante o magistrado, independente do direito que se estava a reclamar⁷.

No sistema das *legis actiones*, predominava o caráter solene do procedimento, que se desenvolvia, praticamente, sob a forma de um ritual. As partes formulavam declarações, acompanhadas de gestos indicados pelos pontífices, que deveriam ser repetidos diante do magistrado⁸; as palavras utilizadas pelos litigantes deveriam corresponder exatamente aos termos prescritos (*verba certa*). Qualquer inobservância das solenidades, por mais insignificante, resultaria na perda do litígio. Eram cinco as ações da lei: *per sacramentum*, *per condictionem*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per manus iniunctionem*, *per pignoris captio*.

No segundo momento, com o surgimento do processo formular (*per formula*) e o quase total abandono do sistema de *legis actiones*, “la acción era la fórmula que el magistrado acordaba”⁹. O magistrado redigia e entregava a fórmula aos litigantes, segundo a ação que se pretendesse instaurar, para posterior julgamento perante o juiz; a cada direito violado correspondia uma fórmula, vale dizer, havia tantas ações quantos fossem os direitos subjetivos, ambos numerados e definidos na fórmula (e.g. ao domínio, correspondia a ação reivindicatória).

Portanto, a fórmula se constituía na instrução escrita, redigida pelo magistrado romano, na primeira fase da instância (*in iure*), com a indicação da questão a ser solucionada pelo juiz da segunda fase (*in iudicio*), para eventual condenação ou absolvição do réu na sentença¹⁰. Aqui, ao contrário do que ocorria no sistema das *legis actiones*, prescindia-se de muitas solenidades: os litigantes, independentemente

7. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verbete “ação”*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 171.

8. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 142.

9. BACRE, Aldo. *Teoria General del Proceso*, I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 263.

10. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 143.

de rituais rígidos, compareciam elaborando suas alegações, sem a necessidade da *verba certa*, perante o magistrado, que as redigia na fórmula.

No terceiro período do desenvolvimento do processo civil romano, já no século III d.C., surgia o processo da *cognitio extra ordinem*, que implicou no abandono do sistema formular. Neste momento, verificava-se a fusão do procedimento em uma única instância, o que, por conseguinte, acarretou a extinção da fórmula, porquanto um mesmo magistrado conhecia diretamente da demanda e proferia a sentença.

Esta última etapa na evolução do processo romano finda com a adoção do *Corpus Juris Civilis* (528-534 d.C.), do imperador Justiniano, que, por sua vez, tornara conhecida a célebre definição de ação, elaborada séculos antes, pelo jurisconsulto Celso: “*Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi*” (ação nada mais é do que o direito de perseguir-se em juízo aquilo que lhe é devido).

A *actio*, agora, deixaria de ser autônoma, como ocorria no processo formular, passando a ser um elemento do direito, pois já não era mais necessária a proposição da fórmula: o exercício da ação, neste período, não mais estaria sujeito à autorização do magistrado¹¹.

Para Aldo Bacre¹², o desenvolvimento do processo romano demonstra que o conceito de ação, inicialmente autônomo e independente do direito subjetivo nos períodos das *legis actiones* e do procedimento formular, passou, posteriormente, a com ele se confundir a ponto de suplantá-lo, pois quem não tinha ação, não teria direito. Apenas, posteriormente, com a construção doutrinária, erigida inicialmente à base do próprio direito romano, é que se viria reafirmar o caráter autônomo da ação em relação ao direito subjetivo.

2.2. Teoria Civilista

Segundo a concepção denominada “civilista”, que sofreu forte influência do direito romano, a ação decorria do próprio direito subjetivo material. O fundamento dessa teoria estava na velha definição do jurisconsulto romano Celso (ação nada mais é do que o direito de perseguir-se em juízo aquilo que lhe é devido), que depois seria modificada por juristas¹³ que incluíram no conceito a menção aos direitos reais, acrescentando-lhe a expressão “*aut nostrum est*”¹⁴.

11. BACRE, Aldo. *Teoria General del Proceso*, I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 263.

12. BACRE, Aldo. *Teoria General del Proceso*, I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 263.

13. BAPTISTA, Francisco de Paula, *Compendio de Theoria e Practica do Processo Civil Comparado com o Comercial e de Hermeneutica Jurídica*, São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935, p. 09.

14. A definição, com o acréscimo, estaria assim formulada: ação nada mais é do que o direito de perseguir-se em juízo aquilo que lhe é devido *ou aquilo que lhe pertence*.

J. H. Corrêa Telles a definia como “um remédio de direito para pedir ao juiz que obrigue outro a dar ou fazer aquilo de que tem obrigação perfeita”,¹⁵ Embora para ele a ação não fosse o próprio direito, mas um remédio legítimo para aquele que visse seu direito violado, incluem-se esse autor entre os “civilistas”, pois, segundo sua concepção, a ação derivaria do direito subjetivo. A sua finalidade seria justamente pôr a salvo o direito ameaçado ou violado. João Monteiro fornece uma idéia nítida de tal concepção: “Todo direito violado ou meramente ameaçado manifesta uma força reativa própria, capaz de pô-lo em estado de defesa(...). Ação (*actio juris*) é a reação que a força do direito oppõe à acção contrária (*violatio juris*) de terceiro; é um remédio”¹⁶.

Os juristas integrantes da concepção civilística de um modo geral, inclusive os seguidores¹⁷ do próprio Corrêa Telles, costumavam fazer referência aos quatro sentidos que o vocábulo encerrava: subjetivo, objetivo, formal e material. No sentido subjetivo, a ação era a virtude de cada direito se afirmar por meio da força social; objetivamente, era tida como um remédio conferido pelo direito para manter a integridade de uma relação jurídica, quando contestada ou ameaçada;¹⁸ na acepção formal, corresponde ao modo como as partes se comportam (agem) perante o juiz; no sentido material, se confunde com o litígio acerca de uma relação jurídica.¹⁹

O traço característico dessa concepção, assim, reside no fato de a ação se prender, indissolúvelmente, ao direito subjetivo a ponto de dele ser dependente. Disso resultam três consectários: a) não há direito sem ação, pois, sem ela, aquele pereceria; b) não há ação sem direito, por aquela ser apenas elemento deste; e) a ação participa da natureza do direito.

A teoria civilística, muito presente nas obras dos processualistas do final do século XIX, hoje se acha praticamente abandonada pelos autores contemporâneos, sendo quase unânime o entendimento de já estar superada em face da concepção do Direito Processual como disciplina jurídica autônoma. Ada Pellegrini, a esse respeito, sentencia: “A teoria civilística não pode ser aceita. A natureza do direito de ação é inteiramente diversa da natureza do direito subjetivo material”²⁰.

15. TELLES, José Homem Corrêa. *Doctrina das Acções*, anotada por Pontes de Miranda, Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918, p. 23.

16. MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, V. I, São Paulo: Duprat & Comp., 1912, p. 89.

17. ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p.99.

18. MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, V. I, São Paulo: Duprat & Comp., 1912, p. 12.

19. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Theoria e Prática das Acções*, São Paulo Saraiva & Comp., V. I, 1923, p. 15.

20. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verbete “ação”*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 176.

No entanto, é necessário perceber que os partidários da teoria civilística definiam a ação como algo imanente ao direito material, por não se acharem assentados em suas obras, ainda, os conceitos de relação jurídica processual e de “direito de ação”, como categorias situadas fora do direito material.

Portanto, os conceitos encontrados em obras de autores da teoria civilística, inclusive o formulado por Corrêa Telles, são até certo ponto precisos²¹. A ação, segundo essa perspectiva, corresponde, com alguns reparos²², ao conceito atual de *ação de direito material*, pois até então não se concebia o “direito de ação”, como categoria autônoma em relação ao direito subjetivo material. A despeito disso, já se encontrava, nas formulações civilísticas, ainda que de forma tímida, a distinção entre ações de direito material e ações processuais, como o fazia Paula Baptista: “Acção e exercício exprimem noções distintas. A acção pertence ao direito civil ou comercial, conforme for a matéria, de que se trate com relação à lei; o exercício d’acção é demanda propriamente dita, a qual já então pertence ao regimen judiciário”²³.

Os críticos em geral, como visto, consideram a concepção civilística hoje superada, pois o “direito de ação” haveria sido posto indevidamente no plano do direito material. Todavia quem “materializara” o conceito de ação foram os autores contemporâneos, ao não se aperceberem do fato de que aquela ação “civilista” nada tem com o moderno “direito de ação”, por dizer respeito, precisamente, à ação de direito material.

A nosso ver, a teoria civilística certamente hoje se acha superada, não pelo fato de seus partidários haverem “materializado” o “direito de ação” (até porque eles praticamente ainda não o conheciam), mas porque a ação de direito material, tal como por eles concebida, seria insuficiente para fornecer explicações para fenômenos como o direito à jurisdição e os remédios jurídicos processuais.

21. O conceito peca em parte, a nosso ver, por dois motivos: a) por nele se ter como essencial à existência da ação (de direito material) a violação do direito; b) por nele se achar incluída a desnecessária presença da figura do órgão judicial.

22. O elemento “juiz”, presente na definição de Corrêa Telles, é perfeitamente explicável, pois ainda não havia a concepção do “direito de ação”, autônomo, tal como hoje assentada. Assim, incluía-se no conceito a alusão ao órgão judicial, sem que, no entanto, a ação, para ele tipicamente material, tivesse se transformado em categoria processual. Basta ver que o sujeito passivo, segundo a concepção daquele jurista, seria o obrigado e não o Estado. Não há, em sua definição, um “direito de ação” emanado do direito privado, como aparentemente se supunha; mas ação (de direito privado), em cujos elementos se achava a figura do juiz. Por isso, ele acabara por fundir no mesmo conceito as categorias da ação de direito de direito material e do tradicional “direito de ação”.

23. BAPTISTA, Francisco de Paula, *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Jurídica*, São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935, p. 11.

2.3. A polêmica de Windscheid e Muther

Entre os anos de 1856 e 1857, os juristas alemães B. Windscheid e T. Muther travaram uma famosa polêmica sobre a natureza da *actio* romana e da ação moderna (*Klage*), que legou à posteridade uma valiosa contribuição para formação do Direito Processual como disciplina jurídica autônoma, totalmente desvinculada do Direito Material. A discussão sobre o conceito de *ação*, praticamente por eles inaugurada, ainda hoje, enseja controvérsias doutrinárias.

Windscheid partia da premissa segundo a qual a *actio* romana teria natureza diversa da ação moderna, da forma como vinha sendo definida na Alemanha, sobretudo por Savigny. O conceito moderno de ação (*Klage*) corresponde ao de direito à tutela judicial, em decorrência da lesão a um direito subjetivo. Em Roma, porém, não se verificaria o mesmo, pois o direito romano não era um ordenamento de direitos (subjetivos). O que mais importava, para os romanos, era a palavra final do magistrado. Assim, a *actio* seria a faculdade de fazer valer a própria vontade judicialmente²⁴.

Segundo ele²⁵, a ordem jurídica em Roma não dizia ao indivíduo: tu tens esse ou aquele direito, mas essa ou aquela *actio*. O ordenamento jurídico não era uma ordenação de direitos, mas uma ordem de pretensões susceptíveis de persecução judicial. No direito romano, a *actio* está posta no lugar dos direitos subjetivos; não se constitui em emanção dele, quando da sua eventual violação. Ter *actio*, em Roma, era o mesmo que ter uma pretensão, entendida como a faculdade de se exigir algo de outrem, na via judicial. Ao contrário do que se verificava com a *Klage*, que era simples manifestação do direito subjetivo, a *actio* era original e autônoma.

A conclusão de Windscheid, portanto, de não haver identidade entre *actio* e *Klage*, estava calcada em uma premissa fundamental: a posição particular de que gozava o magistrado em Roma, pois para os romanos o mais importante não era o que dizia o direito, mas aquilo que resultava da decisão do magistrado.

No ano de 1857, Muther publicou seu livro (*Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singular-succeSSION in Obligationem*), destinado principalmente a apontar os eventuais equívocos da formulação de Windscheid, visando, outrossim, a demonstrar a efetiva correspondência entre a *actio* romana e a ação moderna (*Klage*).

24. WINDSCHEID, Bernhard. *L'Actio del Diritto Civile Romano dal punto di vista del Diritto Odierno*, in *Polemica in Torno All'Actio*, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni, 1954, p. 06-08.

25. WINDSCHEID, Bernhard. *L'Actio del Diritto Civile Romano dal punto di vista del Diritto Odierno*, in *Polemica in Torno All'Actio*, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni, 1954, p. 08-09

Para Muther, o significado da palavra “*agere*”, em Roma, estava ligado à apresentação dos litigantes diante do pretor. No antigo sistema das *legis actiones*, o autor não comparecia sem o réu perante o tribunal, por isso se falava em “*agere cum aliquo*”; a *actio* significava o ato bilateral com o qual o processo era introduzido e todo o ritual a ser desenvolvido. Posteriormente, com fim das ações da lei, a *actio* passou a corresponder à fórmula. No edito do pretor, estava prevista a fórmula, condizente com certos casos. Naquelas situações em que o pretor havia prometido determinada fórmula, o autor teria uma pretensão à sua concessão²⁶. Mas esse direito à outorga da fórmula estava condicionado, previamente, à existência de um direito subjetivo e sua respectiva lesão.

Por essa razão, ele refutava o pensamento de Windscheid, segundo o qual o sistema jurídico romano se constituía em um ordenamento de pretensões susceptíveis de perseguição judicial. Muther, ao contrário, defendia haver verdadeiramente, em Roma, um ordenamento de direitos, mas apenas os direitos subjetivos poderiam ser perseguidos em juízo. Ele fazia a distinção entre duas pretensões distintas: uma, de direito privado, cujo sujeito passivo seria o adversário; outra, de direito público, cujo obrigado seria o pretor, como representante da justiça do Estado²⁷.

O pretor poderia negar a *actio* ao autor, quando a pretensão por ele buscada já houvesse sido satisfeita pelo adversário. Todavia, caso isso não se desse, isto é, o direito subjetivo não fosse satisfeito voluntariamente pelo obrigado, nasceria para o lesado um (outro) direito de buscar a assistência estatal, além de um direito, cujo titular seria o Estado, destinado a pôr fim à lesão, direcionado contra o autor da ofensa. Por isso, para ele, não seria correto falar-se que em Roma não havia um ordenamento de direitos, sendo igualmente incorreto o raciocínio segundo o qual a *actio* romana estivesse ocupando o lugar dos direitos subjetivos, pois, em Roma, havia nítida separação entre *ius* e *actio*, que também não poderia ser considerada como uma pretensão judicialmente perseguida, tal qual defendida por Windscheid, pois a *actio*, segundo Muther, era dirigida contra o Estado.

Portanto, para Muther, a *actio*, à semelhança do que se dava com a ação ho-dierna, nada mais seria do que “la pretesa del titolare verso il pretore al rilascio di

26. MUTHER, Theodor. *Sulla Dottrina dell'Actio Romana, Del Odierno Diritto di Azione, Della Litiscontestatio e Della Sucesione Singolare nelle Obligazioni*, in *Polemica in Torno All'Actio*, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: San-zoni, 1954, p. 230.

27. MUTHER, Theodor. *Sulla Dottrina dell'Actio Romana, Del Odierno Diritto di Azione, Della Litiscontestatio e Della Sucesione Singolare nelle Obligazioni*, in *Polemica in Torno All'Actio*, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni, 1954, p. 233.

uma formula nel caso che il suo diritto venga leso”²⁸. Essa pretensão teria caráter público, porquanto dirigida contra o Estado, tendo como pressuposto a existência de um direito subjetivo lesado.

Malgrado toda a discrepância entre os dois autores alemães, deve-se destacar que, em um ponto, não há dissensão: a autonomia da ação em relação ao direito subjetivo. Para Windscheid, a *actio* seria “originale”, inconfundível com o direito subjetivo; para Muther, embora sua existência estivesse condicionada à existência de um direito lesado, a *actio* se constituía em um outro direito, dirigido contra o pretor, nada tendo de *accessório* em relação ao direito subjetivo. A ação, ou o direito de acionar, passaria a ser tratado, doutrinariamente, como categoria autônoma.

2.4. Teoria concreta

Embora as bases para a formulação da teoria concreta da ação já estivessem bem presentes em Muther, foi Adolf Wach quem inaugurara essa concepção, cujo cerne, em linhas gerais, reside na premissa segundo a qual a ação corresponde ao direito de se obter uma resolução judicial favorável.

Para Wach, a categoria convencionalmente denominada de ação, ou “direito de ação”, deveria chamar-se “pretensão à tutela jurídica”²⁹, conceito por ele introduzido na doutrina processual, que corresponde ao direito de se exigir do Estado a tutela judicial, a qual somente é entregue, quando favorável a alguma das partes. Embora desligada do direito subjetivo, ela se exerce frente ao Estado para que satisfaça frente ao demandado o interesse de tutela jurídica. Portanto, embora possua natureza pública, ela se dirige não apenas contra o Estado, mas também contra o adversário, que a despeito de não poder “prestar” a tutela jurídica, deverá sofrer suas consequências³⁰. Uma grande contribuição dada por Wach à Ciência Processual consiste no afastamento, praticamente definitivo, do suposto condicionamento da ação à prévia existência de um direito subjetivo, como concebido por alguns juristas, inclusive Muther, a partir do tratamento dispensado por aquele jurista à ação declaratória negativa, que não teria por objeto a realização

28. MUTHER, Theodor. *Sulla Dottrina dell'Actio Romana, Del Odierno Diritto di Azione, Della Litiscontestatio e Della Sucesione Singolare nelle Obligazioni*, in *Polemica in Torno All'Actio*, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heintz, Firenze: Sanzoni, 1954, p. 238.

29. Em alemão “rechtsschutzanspruch”, havendo quem traduza o termo por “pretensão de proteção do direito” (Cf. WACH, Adolf. *La Pretensión de Declaración*, trad. Juan M. Semon, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962, p. 59).

30. WACH, Adolf. *La Pretensión de Declaración*, trad. Juan M. Semon, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962, p. 59.

ou a proteção de um direito subjetivo, “sino la integridad de la posición jurídica del demandado”³¹.

Outro partidário da concepção concreta foi Chiovenda, para quem a ação seria o direito de se obter a realização da vontade concreta da lei através do processo, em virtude de sua não realização por ato do obrigado³². Em outros termos: não cumprida a vontade concreta da lei voluntariamente pelo obrigado, surgiria para o autor a possibilidade de obtê-la processualmente.

Declarando-se seguidor de Wach, ele desenvolve a concepção do processualista alemão, inserindo a ação na classe dos direitos potestativos, pois ela se esgotaria com o respectivo exercício, nada podendo fazer o obrigado para impedi-la. Embora afirme que não deva ser confundida com o direito subjetivo material da parte, não hesita o jurista italiano em afirmar ser a ação o direito do autor de obter para si “*una resolución favorable*”³³.

Por ser um poder coordenado para a tutela de um interesse, a natureza da ação, segundo Chiovenda, seria a mesma do direito subjetivo material deduzido (público ou privado), embora não devesse ser confundida com ele³⁴. Por essa razão, é considerado como um dos chamados “concretistas”, pois embora para ele a ação seja considerada um direito autônomo em relação ao direito subjetivo, só teria ação quem fosse titular do direito material deduzido, já que aquela nada mais seria do que o direito à obtenção de uma sentença favorável.

Tem sido alvo de críticas a concepção concreta da ação. E, com efeito, alguns fenômenos não obtêm, através dela, explicações satisfatórias, como ocorre, por exemplo, com a sentença de improcedência, ou mesmo, da sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito. A despeito disso, juristas de tradição, como Calamandrei³⁵, além dos já citados Wach e Chiovenda, emprestaram seu nome àquela vertente.

Ultimamente, a teoria concreta vem ressurgindo sob fundamentos novos. Andres de la Oliva Santos³⁶, por exemplo, entende ser a ação um direito subjetivo

31. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 43.

32. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, p. 20.

33. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, p. 70.

34. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, p. 25.

35. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 254-255.

36. OLIVA SANTOS, Andres de la. *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1980, p. 15.

à obtenção de uma tutela jurisdicional concreta (julgamento favorável), mas que não se confundiria com a faculdade geral, assegurada a todos os cidadãos, de propor uma demanda em juízo.

2.5. Teoria abstrata

Uma vez já firmada a autonomia da ação em relação ao direito subjetivo, reconhecendo-se, outrossim, a insuficiência da concepção concreta da ação, que deixava sem explicação convincente uma série de fenômenos jurídicos, surge, em sua contraposição, primeiramente na Alemanha, com Degenkolb e, quase ao mesmo tempo, com Plosz, na Hungria, a denominada “teoria abstrata da ação”.

A idéia fundamental da concepção abstrata, que também reafirma a autonomia do conceito de ação, reside no caráter público do “direito de ação”, assim como na sua independência em relação ao direito subjetivo, repudiando a formulação dos “concretistas”, para os quais a ação deveria ser considerada como um direito à obtenção de uma resolução judicial favorável. Na Itália, a concepção abstrata da ação tem vários adeptos, entre os quais se citam Rocco, Liebman e Carnelutti.

Para Carnelutti, *actio* e *ius* seriam conceitos completamente distintos. O direito subjetivo material teria por sujeito passivo o outro litigante e por conteúdo a prevalência do interesse na lide; a ação, a despeito de também ser um direito subjetivo, mas de natureza processual, contrariamente, teria por sujeito passivo o juiz e por conteúdo a prevalência do interesse na composição da lide. O juiz, ou o encarregado do processo, teria a obrigação de desdobrar sua atividade a fim de se efetuar a composição da lide, para cuja atuação a lei remete à iniciativa da parte. Reciprocamente a tal obrigação do órgão judiciário, seria conferido aos cidadãos o direito subjetivo processual chamado de ação; daí Carnelutti incluí-lo entre os “direitos cívicos”³⁷.

Outro jurista italiano que desenvolveu teoria própria sobre a natureza jurídica do “direito de ação”, deixando sobretudo na doutrina brasileira vários adeptos, foi Liebman. Este autor inicialmente discorda de Carnelutti quanto à existência de uma obrigação por parte do Estado à prestação jurisdicional, porquanto o exercício estatal da jurisdição seria função soberana, realizada para satisfazer o interesse público de realização do direito objetivo³⁸.

37. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, Vol. I, trad. Adrián Sotero de Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 366-368.

38. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*, São Paulo: Saraiva, p. 130.

Para Liebman, a ação seria um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, mediante o atendimento de certas condições, à obtenção de um julgamento sobre o mérito da demanda³⁹. O resultado tanto poderia ser favorável, quanto desfavorável; não importa se o autor tem ou não o direito material alegado, pois ter ação significaria possuir direito a um provimento de mérito.

Portanto, segundo Liebman, a ação não pressupunha a existência do direito subjetivo material; as partes teriam o denominado “poder subjetivo processual”, equivalente ao poder de promover o processo, com o oferecimento da petição inicial. Se o pedido viesse a possuir os requisitos suficientes para, além de formar a relação jurídica processual, provocar o exercício da jurisdição, tal poder subjetivo seria chamado de “ação”⁴⁰.

O “direito de ação”, embora autônomo e abstrato, estaria subordinado à presença das chamadas *condições da ação*, que seriam: a) interesse de agir; b) legitimidade para a causa; e c) possibilidade jurídica do pedido⁴¹.

Caso ficasse constatada a falta de qualquer delas, o juiz deveria extinguir o processo sem julgar-lhe o mérito, reputando o autor carecedor do direito de ação⁴². Daí, portanto, decorre a distinção entre carência e improcedência da ação; quando ocorre a primeira, o autor não possui sequer o “direito de ação” e o exame do juiz é preliminar ao exame do mérito; na segunda, o autor possui a ação, mas não possui o direito subjetivo material alegado em juízo.

No Brasil, autores como Calmon de Passos, defendem ser a ação um direito público subjetivo de provocar a jurisdição através do processo. Para esse jurista, sem razão se mostra falar em condições da ação, nos moldes da teoria de Liebman: “A ação é o direito de à sentença, mesmo àquelas sentenças chamadas de meramente processuais”⁴³.

Outros juristas brasileiros aludem à existência de *duas* ações: um “direito de ação”, conferido a todos por força da Constituição, e outro, previsto nas leis processuais⁴⁴. Quando o juiz indefere uma petição inicial, v.g., por falta de interesse

39. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.150-151.

40. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*, São Paulo: Saraiva, p. 131.

41. Liebman reformulou seu pensamento excluindo das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, após a aprovação da Lei do Divórcio na Itália, já que o divórcio era o exemplo encontrado pelo jurista para justificar a existência da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

42. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 154.

43. PASSOS, J. J. Calmon de. *Em Torno das Condições da Ação – Possibilidade Jurídica*, in Revista de Direito Processual Civil, V. 04, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 58.

44. ALVIM, Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 380.

processual, o demandante, segundo pensava Liebman, seria “carecedor de ação”, por lhe faltar uma das condições da ação. Para Arruda Alvim, porém, nesta hipótese, mesmo a despeito do indeferimento, houve atividade jurisdicional e, por conseguinte, exercício da ação; mas não do direito “processual” de ação, cuja existência dependeria sempre da manifestação da vontade da parte, pois desse, efetivamente, o demandante seria carecedor; mas sim do direito “constitucional” de ação. Então, haveria *dois* “direitos de ação”: um de origem constitucional, conferido a todos indistintamente; outro, de natureza processual, sujeito às mencionadas condições da ação.

Há também outras formulações, variantes da concepção abstrata, como a de Couture⁴⁵, por exemplo, que defende a ação como um poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal; um verdadeiro direito à jurisdição, incondicionado, genérico, pois atribuído a todos os cidadãos, e teria a mesma natureza jurídica do direito de petição. Sustenta o autor uruguaio que, em face do princípio da separação dos poderes, consagrado em quase todas as Constituições atuais, o direito de petição pode ser dirigido a cada um dos poderes estatais. Assim, ante o executivo, é exercido pelos recursos administrativos; ante o legislativo, por meio de petições ao parlamento; e, perante o judiciário, através da ação. Fairén Guillén⁴⁶ também segue a orientação segundo a qual a ação seria uma manifestação do direito constitucional de petição.

Nos tempos atuais, pode-se dizer que a concepção predominante, mesmo não sendo definitiva, pois as controvérsias sobre o assunto ainda não estão eliminadas, corresponde à da teoria abstrata da ação. No Brasil, particularmente, a maioria dos autores a ela se filia, embora não se deva olvidar que, mesmo entre os partidários da teoria do “direito abstrato de ação”, ainda há algumas divergências, como visto, acerca da sua natureza jurídica, surgindo com isso várias vertentes dentro dessa concepção. Em um ponto, contudo, os defensores da teoria abstrata estão acordes: o “direito de ação”, além de autônomo, apresenta-se totalmente independente da existência de um direito subjetivo no plano do direito material.

2.6. Avaliação crítica

A concepção romana de ação estava ligada, principalmente nos períodos correspondentes ao sistema das *legis actiones* e do procedimento formular, ao ato de

45. COUTURE, J. Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, trad. Mozart Victor Russomano, Rio de Janeiro: José Karfino Editor, 1951, p. 29.

46. FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Acción*, in *Acción, Pretensión y Demanda* – Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Sociales, Lima: Palestra Editores, 2000, p. 189.

agir em juízo. Posteriormente, tornara-se público o conceito de *actio* formulado por Celso, que serviria de base para a formulação da teoria civilística da ação.

Os juristas pertencentes à concepção civilística, ao definirem ação, tinham-na em mente apenas como fenômeno inerente ao direito material. Quando os críticos, em geral, consideram essa concepção superada por suporem que através dela se estaria definindo o direito público subjetivo de ação como uma mera manifestação do direito subjetivo no plano do direito material, deixam de atentar para o fato de que os civilistas estavam a tratar da ação no âmbito do direito material.

Não se pode olvidar que aqueles juristas, com rigor metodológico elogiável, sempre buscavam fazer a distinção das diversas acepções em que o vocábulo “ação” era utilizado; e muito embora desconhecassem os conceitos de “direito de ação” e de relação jurídica processual, tal como hoje assentados na doutrina, não desprezavam a necessária diferenciação entre ação no sentido processual e material, tal como, por exemplo, fizera Camara Leal: “A ação e o direito são de natureza substantiva, competindo sua criação ao legislador federal; a ação-processo é de índole adjectiva, competindo sua criação a legislação estadual.”⁴⁷

Sem embargo do mérito que tiveram aqueles juristas de diferenciar as diversas acepções em que era empregado o vocábulo *ação*, não se pode omitir, é certo, que por desconhecerem eles a existência de um direito público subjetivo de exigir do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional, acabaram por fundir no mesmo conceito as categorias do “direito de ação” e da ação de direito material, o que se traduziu em equívoco.

Os concretistas, embora tenham dado um passo à frente em relação à concepção civilística, pois passaram a considerar o “direito de ação” como categoria autônoma, sem vinculá-la ao direito subjetivo deduzido em juízo, terminaram por cair em alguns equívocos. O primeiro deles foi o de concebê-la como direito à obtenção de uma sentença favorável, pois não seria correto falar-se em provimento favorável a uma das partes antes e fora do processo. Não obstante, segundo essa teoria, o fenômeno da sentença de improcedência ficaria sem explicação satisfatória, pois nesta hipótese a ação haveria sido exercida, movimentara-se o aparelho judiciário sem, contudo, verificar-se o provimento favorável ao autor.

O Estado, ao monopolizar a distribuição da justiça, assumiu o dever de prestar a todos a tutela jurisdicional. Seria pouco razoável conceber-se um direito de se

47. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Theoria e Prática das Ações*, São Paulo Saraiva & Comp., V. I, 1923, p. 15. A alusão ao legislador estadual certamente fora feita em razão da competência constitucional, à época, dos Estados-membros para legislar sobre matéria processual.

pedir ao juiz uma tutela favorável. Se assim o fosse, só teria o “direito de ação” quem tivesse “razão”, isto é, aqueles que fossem titular de um direito subjetivo. Se o chamado “direito de ação” correspondesse efetivamente a essa formulação concreta, o Estado estaria prometendo a infalibilidade no ato de julgar.

Embora Carnelutti haja acertado em afirmar o caráter público da ação, sua concepção se acha intimamente vinculada, a nosso ver equivocadamente, ao conceito de lide. O fim da ação seria provocar a atividade estatal com vistas à composição da lide.

O conceito de lide (=conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida)⁴⁸, desenvolvido como a pedra de toque das formulações de Carnelutti, revela-se manifestamente metajurídico. Sem embargo, a suposição de que a ação e, por conseguinte, o processo dependeriam da existência de lide parece-nos estar em desacordo com a realidade. A experiência nos mostra situações nas quais há exercício do direito à jurisdição, seguido do surgimento da relação jurídica processual, mesmo na falta de tal “conflito de interesses”, v.g., nos casos dos feitos corridos à revelia⁴⁹; nos quais não se verifica, pelo réu, qualquer resistência à “pretensão” do autor. Seria correto, então, afirmar-se não haver ação e processo nessas situações? Parece-nos, à evidência, que a resposta negativa se impõe.

Liebman, por sua vez, tendo fixado a natureza pública do “direito de ação”, assim como o seu caráter abstrato, incorreu, parece-nos em outro equívoco ao asseverar que a existência da ação dependeria de determinadas condições (legitimidade para causa, interesse processual, possibilidade jurídica), assim como o de afirmar que a falta de qualquer delas levaria à “carência de ação”. Na verdade, as ditas condições, segundo o nosso pensamento, não são requisitos para a existência do chamado “direito de ação”, mas sim para o seu exercício, quando não estejam situadas no mérito da demanda, como se dá com a legitimidade para causa. O Supremo Tribunal Federal⁵⁰, ao reconhecer que o julgamento por “carência de ação” não induz à negativa de acesso ao Poder Judiciário, acabou por afastar, a nosso ver com acerto, qualquer assimilação da “ação” tal como idealizada por Liebman, com o direito de acesso à jurisdição do art. 5º, XXXV da Constituição brasileira.

Sustentar-se a existência de dois “direitos de ação”, como fez Arruda Alvim, também não nos parece adequado. Na verdade, o único “direito de ação”, assim

48. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 30 *et passim*.

49. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977, p. 41.

50. STF. Recurso Extraordinário 145023/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.12.1992.

entendido como direito de pedir a tutela jurídica, é aquele previsto na Constituição. Conceber-se um outro “direito de ação”, este estabelecido na lei processual, levaria a algumas incongruências. A que, na verdade, serviria este segundo “direito de ação”, se o outro (constitucional) já seria apto para alcançar a mesma finalidade do primeiro, que seria a obtenção de prestação jurisdicional? Tal segundo direito de ação, de natureza tipicamente processual, pode, na verdade, ser assimilado ao conceito de remédio jurídico processual, que nada mais é do que o meio estabelecido pelas normas de direito processual para o exercício do direito à jurisdição.

A concepção de Couture, que tentou assimilar a ação como o direito de petição, embora tenha o mérito de não se prender à teoria das condições da ação criada por Liebman, também se apresenta insuficiente. O direito de petição é conferido aos sujeitos para postularem seus interesses perante as autoridades administrativas e qualquer assimilação com o “direito de ação” deve ser afastada, porquanto o que está à base da ação, como direito de pedir a tutela jurídica, é o fato de o Estado haver chamado para si o monopólio na distribuição da jurisdição.

Também insuficiente se revela a alusão ao “direito de ação” como direito decorrente do *status civitatis*. Depois que Marcos Bernardes de Mello⁵¹ fixou na doutrina a distinção entre capacidade jurídica e personalidade, tornou-se fácil perceber a insuficiência teórica de tal formulação. O *status* de “cidadão” pressupõe, necessariamente, a personalidade. Por outro lado, o direito positivo nos mostra situações nas quais vários entes desprovidos de personalidade jurídica figuram como partes em relações jurídicas processuais⁵². Ora, se podem ser partes em um processo, é porque têm o direito à jurisdição, mesmo não ostentando a qualidade de cidadãos.

O direito à jurisdição, como decorrência do monopólio do Estado na distribuição da tutela judicial, é conferido a todos os sujeitos de direito indistintamente e corresponde ao poder de provocar a atividade jurisdicional através do processo⁵³. Se alguém vai a juízo e tem seu processo extinto sem julgamento de mérito (por falta de interesse processual, v.g.), é porque houve falta de pressuposto estabelecido pela lei processual para o seu exercício, mas nunca por lhe faltar o direito de demandar em juízo.

51. MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*, in Revista Direitos e Deveres, Maceió, EDUFAL, ano II, nº 04, jan/jun 1999, p. 30.

52. Como ocorre, v.g., com o condomínio, com o espólio e com a massa falida. Embora tais entes sejam, em juízo, representados pelo administrador, pelo inventariante e pelo síndico, respectivamente, são aqueles e não estes que, efetivamente, figuram como partes na relação jurídica processual (CPC, art. 12, III, V e IX).

53. PASSOS, J. J. Calmon de Passos de. *Em Torno das Condições da Ação – Possibilidade Jurídica*, in Revista de Direito Processual Civil, V. 04, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 58.

Se é certo que os problemas a respeito da autonomia e da abstração do direito à jurisdição já se acham hoje satisfatoriamente equacionados, é necessário não perder de vista que esse direito, mormente se considerarmos o fato da existência em torno dele de uma disciplina constitucional, ainda que pouco analítica (Constituição Federal, art. 5º, XXXV), para ser bem compreendido, deve ser estudado dentro do contexto de uma teoria dos direitos fundamentais.

É curioso notar que os processualistas brasileiros, salvo algumas exceções⁵⁴, não têm dado muita ênfase à perspectiva de “fundamentalidade” do direito à jurisdição; já os constitucionalistas, talvez por crerem que o estudo daquilo que se convencionou a chamar de “direito de ação” se situe no âmbito da Ciência do processo, normalmente deixam de se ocupar detidamente com a sua problemática.

Para superar esse hiato, entendemos oportuno situar o direito à jurisdição também no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, partindo dos elementos teóricos colhidos da dogmática processual consolidados em torno da problemática a respeito da “natureza da ação”, para assim obter uma descrição satisfatória e integral do seu regime jurídico segundo o direito positivo.

3. PERSPECTIVA JURÍDICO-POSITIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São diversas as discussões doutrinárias suscitadas em torno da temática dos direitos fundamentais, assim como distintas são as perspectivas para se buscar um conceito de direito fundamental. Pode-se abordá-lo a partir de sua perspectiva jusfilosófica, uma vez ser o jusnaturalismo moderno (movimento filosófico e político da idade moderna) uma das fontes das concepções desses direitos; seria cabível uma análise dos direitos fundamentais também a partir de sua fundamentação moral, encarando-os como “direitos morais”. Também poderia ser analisado o fenômeno desde uma perspectiva histórica, através da investigação da conhecida concepção das “gerações” de direitos fundamentais.

Para os nossos objetivos, entretanto, interessa, exclusivamente, uma análise dogmático-jurídica do problema, sem olvidar, evidentemente, a relevância das outras abordagens: trata-se de conceituar os direitos fundamentais a partir do direito positivo, sem dispensar o supedâneo teórico das concepções construídas a partir do direito positivo de outros ordenamentos jurídicos. Calha, nesse sentido,

54. MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 07 ago. 2006.

a concepção de Alexy⁵⁵, ao propor uma teoria eminentemente formal dos direitos fundamentais; para ele, a relevância que tem uma posição jurídica a ponto de ser qualificada como “fundamental” não poderia ser a sua importância em si mesma.

Essa visão jurídico-positiva (ao lado das outras visões antes mencionadas), é certo, também não deixa de ser uma forma de pensar historicamente condicionada, contingente, como ressaltou Guastini⁵⁶, mas cuja utilidade aqui se justifica pela delimitação dada ao objeto desta pesquisa.

Tradicionalmente, designa-se por direito fundamental aquele direito subjetivo que se positiva quando o Estado edita regras jurídicas nas quais se traduz a equação “man versus the state”, mesmo sem estar obrigado a reconhecê-lo, explícita ou implicitamente, por alguma regra de Direito supra-estatal⁵⁷. As concepções contemporâneas também não deixam de considerar a possibilidade de oposição de direitos fundamentais aos particulares, através da chamada eficácia externa ou horizontal⁵⁸⁻⁵⁹. De fato, embora historicamente o nascimento dos direitos humanos se ligue à concepção de defesa do indivíduo frente ao poder absoluto do soberano, como expressão e conquista dos ideais liberais e burgueses, do ponto de vista jurídico-positivo, é inegável a existência de certos direitos (v.g. direito à vida, à liberdade de locomoção) que podem ser exercidos diretamente – e como tal são

55. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 432-433. No mesmo sentido, a partir do direito positivo brasileiro, é a concepção de Martins Neto (MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*, São Paulo: RT, 2003, p. 87).

56. GUASTINI, Riccardo. *Decrehos: una contribucion analitica*, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Ed. José María Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, Madrid: 1994, p. 130.

57. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 628.

58. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 593.

59. Hoje, há um consenso doutrinário sobre existência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Remanesce intenso debate, contudo, sobre a amplitude desses efeitos. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional manifestou entendimento no sentido de ser a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares meramente mediata ou indireta (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 224.). A tendência, contudo, sobretudo no Brasil e em Portugal, é de aceitar-se a eficácia direta, possibilitando-se aos particulares oporem-se mutuamente os direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário a solução dos casos de colisão de direitos, através do método da ponderação (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 595; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 370, dentre outros). Ressalvadas as situações em que apenas o Estado foi posto na condição de destinatário (direito de petição, direito ao contraditório, v.g.), parece-nos, pela própria configuração normativa dada à proteção de certos direitos fundamentais, que não haveria sentido razoável, ao menos no direito brasileiro, afirmar que apenas o Poder Público teria obrigação de respeitar direitos como, v.g., à livre locomoção, à honra e à vida.

garantidos pela Constituição -, contra quaisquer membros da comunidade, sejam entidades públicas, ou entidades de caráter privado, ou, ainda, pessoas físicas. Não seria acertado, segundo nos parece, limitar o alcance da proteção conferida pelas regras de direitos fundamentais, hoje, para apenas considerar como seu destinatário o Estado. A Constituição Federal (CF/88, art. 5º, § 1º) foi categórica ao estabelecer a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, pondo assim, em segundo plano, a necessidade de mediação dos outros Poderes Públicos para sua aplicação, inclusive no âmbito privado.

Esse regime particular de aplicação imediata posto na Constituição brasileira, portanto, não autorizaria uma definição de direitos fundamentais que limitasse o seu âmbito de abrangência para apenas indicar como seus destinatários ou sujeitos passivos possíveis o Estado ou o Poder Público.

A carta constitucional brasileira também estabelece a abertura para a existência de direitos fundamentais fora do chamado “catálogo” enumerado no art. 5º da Constituição Federal, inclusive quando previstos em tratados internacionais⁶⁰ (CF/88, art. 5º, § 2º), positivando assim a divisão, amplamente difundida na doutrina⁶¹, entre direitos formalmente fundamentais, como sendo aqueles expressamente assim enumerados no texto da Constituição, e os direitos materialmente fundamentais, isto é, situados fora da enumeração e até mesmo fora do texto constitucional, mas, a despeito disso, incorporados ao direito positivo.

Apesar de toda a particularidade que envolve a disciplina jurídica dos direitos fundamentais no plano da Constituição, até mesmo pela sua relevância para o Estado brasileiro, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais, passando agora o enfoque para o plano da Teoria Geral do Direito, são espécies de direito subjetivo.

Ao tratarmos do fenômeno da causalidade jurídica podemos assentar que, segundo as premissas teóricas aqui adotadas, toda espécie de efeito jurídico só tem lugar com a ocorrência de um fato jurídico, após a incidência da norma sobre seu suporte fático. E a relação jurídica, como categoria eficaz que é, também se apresenta no mundo jurídico como irradiação do fato jurídico.

Do lado oposto da relação em que se tem um sujeito titular do direito subjetivo, tem-se outro sujeito portando um dever a respeito de algo que corresponda ao

60. O Supremo Tribunal Federal, porém, diferentemente, tem entendido que, mesmo na hipótese do art. 5º, § 2º da CF/88, os tratados ou convenções internacionais são hierarquicamente inferiores à Constituição (Cf. ADI 1480 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18/05/2001).

61. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 528; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 93.

objeto do direito. Como ressalta Guastini⁶², possuir um direito subjetivo – gênero do qual os direitos fundamentais são espécie –, nada mais é do que ser titular de um atributo frente a outro sujeito, a quem se impõe o dever correlativo.

Por isso, pressupõem os direitos subjetivos fundamentais: *i)* norma jurídica de direito constitucional ou de direito internacional; *ii)* a concretização do(s) fato(s) previsto(s) no suporte fático daquela norma; *iii)* a incidência da norma sobre o seu suporte fático.

No direito brasileiro, a fundamentalidade há de ser entendida a partir do regime jurídico estabelecido para esses direitos. A Constituição de 1988 vinculou o caráter de direito fundamental à sua imunidade em relação ao poder reformador (CF/88, art. 60, § 4º), daí Martins Neto⁶³ chamar os direitos fundamentais, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, de “direitos subjetivos péticos”. Tal propriedade, é interessante observar, é atribuída não apenas ao direito subjetivo, mas sobretudo à norma de direito fundamental que o consagra (dimensão objetiva). Ao lado da imodificabilidade, a Constituição brasileira também agrega a aplicabilidade imediata como nota característica da fundamentalidade desses direitos, que podem ser invocados de imediato, ainda que na ausência ou na insuficiência de lei regulamentadora, dado o caráter preceptivo das normas constitucionais que os consagram, como assinalado por Krell⁶⁴.

Em síntese, podemos considerar como direito fundamental todo direito subjetivo surgido da incidência de normas constitucionais ou internacionais, que positivam valores essenciais da comunidade desde que assim estabelecidos em normas jurídico-positivas, tendo como destinatários o Estado ou particulares e que se submetem ao regime jurídico próprio de aplicabilidade imediata e de imodificabilidade.

3.1. A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Conforme asseveramos, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais, mesmo lhes sendo conferidos pelas constituições de um modo geral um regime jurídico com aspectos bem particulares (v.g., aplicabilidade imediata, preservação do núcleo imodificável etc.), não perdem o caráter de direitos subjetivos.

62. GUASTINI, Riccardo. *Decretos: uma contribuição analítica*, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Ed. José Maria Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, Madrid: 1994, p. 128.

63. MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*, São Paulo: RT, 2003, p. 87.

64. KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos*, in Rev. Direitos e Deveres, ano II, nº 05, Maceió, EDUFAL, 1999, p. 141.

Na doutrina do direito comparado e ultimamente também entre alguns autores brasileiros⁶⁵, tem-se cogitado de uma dúplici dimensão dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais, dentro de tal perspectiva, são encarados como autênticos direitos subjetivos, com ênfase assim, na posição subjetiva do respectivo titular, mas também como valores da ordem constitucional vigente, a serem observados nos âmbitos legislativo, administrativo e judiciário, pondo em realce aquilo que se convencionou chamar de “dimensão objetiva” dos direitos fundamentais.

A perspectiva objetiva enfatiza o conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva presentes na Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico. Por isso, entende-se que às normas consagradoras de direitos fundamentais é outorgada uma função autônoma, para além da função meramente subjetiva de conferir uma posição jurídica a um determinado sujeito⁶⁶. E justamente por incorporarem valores essenciais, caracterizadores da própria “fundamentalidade”, a doutrina também tem destacado a função de parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais dentro da dessa dimensão objetiva⁶⁷.

Rigorosamente, contudo, do ponto de vista conceptual, essa dualidade de dimensões parece-nos poder ser causa de ambigüidades. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais representa do que a própria norma jurídica consagradora do direito fundamental que, incidindo sobre seu suporte fático e gerando o fato jurídico, irá fazer surgir em favor de algum sujeito o direito (subjetivo) fundamental. O próprio Vieira de Andrade⁶⁸, tratando da dimensão objetiva, chegou a asseverar que os efeitos dela decorrentes constituem conseqüências jurídicas diretamente e, em primeiro plano, relacionadas à própria “norma” e não às posições subjetivas individuais.

O problema, então, parece ser de ordem semântica pelo fato de se utilizar o mesmo signo, “direitos fundamentais”, para se designar duas realidades completamente distintas: o direito subjetivo fundamental atribuído a um sujeito (dimensão subjetiva) e a norma jurídica em cujo conseqüente está previsto, em abstrato, o mesmo direito fundamental (dimensão objetiva).

65. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 273; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 152-160.

66. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 153.

67. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 167-168.

68. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 167.

Não negaríamos que as normas positivadoras dos direitos fundamentais gozam de uma condição peculiar no interior do ordenamento jurídico - isso não apenas por consagrar valores essenciais da comunidade -, mas porque a própria Constituição positiva tratou de atribuir a essa classe de normas uma posição diferenciada (do ponto de vista jurídico-positivo). Por mais relevante que seja o valor, não há como se falar em direito subjetivo fundamental enquanto alguma norma jurídica não o venha a consagrar. Como ressalta Galindo⁶⁹, as normas consagradoras de direitos fundamentais, apesar de seu forte conteúdo axiológico, não são valores. O problema, portanto, extrapola os limites do plano exclusivamente axiológico.

Quanto à questão da função do parâmetro de controle de constitucionalidade exercida, segundo a doutrina, pelos direitos fundamentais, podemos verificar que essa nota não parece ser típica das normas que consagram de direitos fundamentais. No direito brasileiro, em razão do caráter rígido da Constituição Federal de 1988, qualquer norma constitucional, consagradora ou não de direito fundamental, representa parâmetro de controle de constitucionalidade para os atos administrativos e legislativos dos Poderes Públicos. É certo que o regime próprio das normas positivadoras de direitos fundamentais as coloca em posição de superioridade em relação às normas que venham, pelo processo legislativo, a se incorporar ao texto da Constituição, já que ostentam o caráter de cláusulas pétreas. Mas também essa particularidade, em nosso ordenamento jurídico, não denota algo de exclusivo das normas consagradoras de direitos fundamentais, pois outras classes de normas (v.g. a que dispõe sobre a forma federativa do Estado brasileiro, CF/88, art. 18) gozam do mesmo privilégio (CF/88, art. 60, § 4º, I).

Do ponto de vista jurídico-positivo, parece que a dupla dimensão dos direitos fundamentais requer alguma elucidação. Falar em direito fundamental na sua dimensão objetiva, é o mesmo que fazer referência à norma jurídica consagradora de direito fundamental. Se é certo que os valores essenciais da comunidade, positivados em normas jurídicas em geral (e não somente naquelas definidoras de direitos fundamentais), devem ser realizados e concretizados, não é menos certo que esse problema se coloca fora das raíais do conceito de direito subjetivo fundamental. Essa dúplici dimensão apontada pela doutrina é, ao que parece, fruto da ambigüidade semântica da expressão “direito fundamental”. De todo modo, com a ressalva do ponto de vista semântico, a alusão à dimensão objetiva dos direitos fundamentais parece-nos válida, desde que

69. GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*, Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 78.

direcionada à compreensão da própria norma jurídica abstrata consagradora do direito (subjeto) fundamental.

3.2. A co-relação necessária: direito fundamental/dever jurídico

Sendo o direito fundamental uma espécie de direito subjetivo e, por conseguinte, categoria de eficácia jurídica, segue a conclusão de que o seu surgimento somente se dará após o fenómeno da incidência. Incidindo a norma sobre o seu suporte fático, tudo aquilo que resulta de vantajoso para alguém é direito, no sentido subjetivo; consiste em acréscimo na esfera jurídica do respectivo titular. Ao mesmo tempo, tem-se a limitação da esfera jurídica de outro sujeito, o titular do dever correspondente, já que se há um direito, por outro lado, deverá existir um dever, no lado passivo da relação jurídica⁷⁰.

A doutrina formada a partir do direito constitucional português, sobretudo J. J. Gomes Canotilho⁷¹, chegou a cogitar da existência de direitos fundamentais sem deveres correspondentes (= não-correspondência entre direitos e deveres fundamentais), por exemplo, nos casos dos direitos, liberdades e garantias vinculantes de entidades privadas, nos quais embora seja possível cogitar de sua eficácia na ordem privada, como previsto no art. 18º, n. 1 da Constituição portuguesa de 1976⁷², o carácter relacional entre direitos e deveres não se faria presente.

Também sob o direito constitucional português, Vieira de Andrade⁷³ sustenta a existência de “deveres fundamentais autónomos”, impostos pela Constituição independentemente de qualquer direito, ao lado dos “deveres fundamentais associados a direitos”. Seriam exemplos de deveres fundamentais desvinculados de direitos subjetivos: o dever de obediência aos atos do Poder Público, o dever de prestar serviço militar etc.

Afastamo-nos, contudo, de tal perspectiva. Não existe possibilidade lógico-jurídica de subsistir um direito sem que do lado passivo da relação jurídica haja algum sujeito portando o dever correspondente; o princípio da correspondência de direitos/deveres é essencial dentro de uma relação jurídica⁷⁴ e, sem esta, é

70. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 231.

71. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 547.

72. “Artigo 18.º (Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

73. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 151.

74. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158.

impossível cogitar-se da existência de qualquer direito subjetivo. Quando J. J. Gomes Canotilho aludiu ao art. 18º, n. 1 da Constituição de Portugal, partiu da premissa de que nos casos em que o direito fundamental é oposto contra entidades de caráter privado não haveria um dever fundamental correspondente. Ora, em tais situações, o direito fundamental pode ser oposto contra o Poder Público e contra os particulares, também de forma direta, sendo o dever jurídico, naturalmente, de ambos. Mesmo os autores portugueses que não aceitam irrestritamente a tese da vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, cogitam da existência de um “dever geral de respeito” atribuído aos particulares em face dos direitos fundamentais⁷⁵, o que demonstra a fragilidade, até mesmo entre os que não aceitam a eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem privada, da tese da não-correspondência de direitos fundamentais e deveres jurídicos.

Também não vemos razão para se cogitar da existência dos chamados “deveres fundamentais autônomos”, pois neles, apesar de Vieira de Andrade afirmar que são impostos diretamente pela Constituição (pretendendo com isso eliminar a posição subjetiva de quem está no lado ativo da relação jurídica), há sempre algum outro sujeito na posição contraposta; todo dever, fundamental ou não, está atrelado a um direito, porque somente é juridicamente possível dever-se algo a alguém – o titular da situação de vantagem a que chamamos “direito”. De fato, conforme demonstrou Lourival Vilanova⁷⁶, em toda relação jurídica estarão presentes um termo-sujeito perante outro termo-sujeito; as relações no direito são irreflexivas.

Portanto, os direitos fundamentais, concebidos como a posição de titularidade de vantagem em favor de determinado sujeito, surgida após a incidência da regra jurídica sobre o seu suporte fático, configurando direitos subjetivos, hão de pressupor, necessária e correspondentemente, do lado passivo da relação jurídica, um dever jurídico atribuído a outro sujeito e essa posição de passividade, como bem sintetiza George Sarmento⁷⁷, caracteriza-se pela existência de um dever destinado a satisfazer o direito subjetivo fundamental.

4. O DIREITO À JURISDIÇÃO FOCALIZADO A PARTIR DO DIREITO POSITIVO

Robert Alexy desenvolve uma teoria dogmática dos direitos fundamentais, tendo como referência uma determinada ordem jurídica, com a utilização de crité-

75. SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias*, in Revista de Direito Público, nº 82, abr/jun, 1987, p. 50.

76. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 166.

77. SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió, Nossa Livraria Editora, jan/dez 2005, p. 38.

rios exclusivamente jurídico-positivos. Distingue ele três dimensões da dogmática jurídica: *i)* analítica, que trata de considerações sistemáticas e conceituais do direito positivo, tendo como uma de suas tarefas primordiais a análise dos conceitos jurídicos fundamentais; *ii)* empírica, que trata do conhecimento do direito positivo, envolvendo a descrição do direito legislado, mas também uma descrição e prognósticos sobre a práxis judicial; e *iii)* normativa, que vai além daquilo que na dimensão empírica é constatável como direito positivo, para estabelecer uma orientação e crítica da práxis judicial, buscando responder qual é, no caso concreto e a partir do direito positivo, a solução judicial correta⁷⁸.

Para realizar a tarefa de descrever o direito à jurisdição a partir do direito positivo brasileiro utilizaremos os critérios dogmático-jurídicos preconizados por Alexy, com maior ênfase nas dimensões analítica e empírica, esta última principalmente no que diz respeito ao conhecimento do direito positivo.

Quanto ao aspecto analítico, já enfatizamos a necessidade de distinguir entre norma consagrada de direito fundamental e o direito subjetivo fundamental propriamente dito - embora na linguagem doutrinária seja freqüente o uso da expressão “direitos fundamentais” para designar as duas realidades -, pois, conforme assinala Gaustini, “se dicen fundamentales aquellos derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales”⁷⁹.

Também já deixamos claro, ao tratar dos conceitos jurídicos fundamentais, que o conceito de norma aqui adotado é o chamado “conceito semântico” aludido por Alexy⁸⁰, entendida a norma nessa perspectiva como o significado dos enunciados normativos, estruturado formalmente através de duas proposições (hipótese e conseqüente) ambas articuladas pelo conectivo deôntico “deve-ser”.

Ao tratarmos do conceito de direito fundamental, pudemos assentar a sua natureza de direito subjetivo. Cabe acrescentar que, analiticamente, enunciar-se a existência de um direito subjetivo⁸¹ é o mesmo que manifestar: *a* tem frente a *b* um

78. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 29-34.

79. GUASTINI, Riccardo. *Decretos: una contribucion analitica*, in *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Ed. José Maria Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, Madrid: 1994, p. 128.

80. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 54.

81. Com sua teoria analítica, Alexy divide as posições que constituem os direitos em três espécies: (*a*) direito a algo; (*b*) liberdades; (*c*) competências. Para o nosso estudo interessará apenas a espécie referida em “a”, pois o direito à jurisdição não pode ser visto como um liberdade, nem muito menos como uma competência (Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 186).

direito a *G*. Simbolizando: *DabG*. Esse enunciado pode ser concebido como uma relação entre três membros: o primeiro membro o titular do direito (*a*), o segundo membro, o portador do dever (*b*) e o terceiro membro, o objeto do direito (*G*)⁸².

Postas assim as considerações de cunho analítico com ênfase nos aspectos estruturais dos conceitos de norma e direito subjetivo, passaremos ao plano dogmático-empírico, com a tarefa de descrever o direito à jurisdição segundo o direito positivo brasileiro. O nosso ponto de partida é enunciado normativo contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal:

Art. 5º

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

A Constituição utilizou no enunciado do art. 5º, XXXV uma oração negativa (“a lei não excluirá”...) para estabelecer o direito de acesso à justiça, diferentemente da técnica redacional adotada nas Constituições de outros países, como Espanha (art. 24, n.1⁸³) e Portugal (art. 20º, n. 1⁸⁴), cujos textos proclamam, de modo afirmativo, a existência de um direito de acesso aos tribunais, ou à tutela judicial.

Não obstante, o dispositivo brasileiro coloca o Poder Judiciário na incumbência de apreciar as alegações formuladas a respeito de direitos lesados ou de ameaças de lesões a direitos, o que se faz através do processo, mediante o exercício da atividade jurisdicional. Como afirma Pontes de Miranda: “Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impôs-se-lhe o prover a distribuição dos julgamentos, onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido”⁸⁵.

Assim, o direito a provocar a função jurisdicional toma o status de contrapartida jurídica da vedação geral ao exercício da justiça de mão própria na resolução de

82. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 187. Percebe-se, neste particular, um ponto de confluência entre o pensamento de Pontes de Miranda e Robert Alexy, apesar da diversidade de pontos de partida: a relação triádica a que alude Alexy se amolda perfeitamente à enunciação dos chamados princípios essenciais da relação jurídica, sistematizados por Marcos Bernardes de Mello (intersubjetividade, correspectividade de direitos/deveres, essencialidade do objeto), conforme exposto acima (Cf. seção 6, supra).

83. “Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

84. “Art. 20º.

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.”

85. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*, I, São Paulo: RT, 1973, p. 149.

conflitos intersubjetivos, assumindo o Estado a posição de sujeito passivo desse direito, na condição de devedor da tutela jurisdicional.

Quando alguém vai a juízo propondo uma demanda, presenciamos, pelo menos, três direitos (e *a fortiori* três pretensões) distintos e independentes: *i*) o direito à jurisdição, exercido para que o Estado-juiz preste a tutela jurisdicional, situado no plano do direito constitucional; *ii*) o direito ao remédio jurídico processual, exercido para que o Estado preste a tutela jurídica em conformidade com algum procedimento previsto na legislação (v.g. mandado de segurança, ação sumária etc.), situando-se, portanto, no plano do direito processual; *iii*) o direito subjetivo do qual se alega ser titular quando se intenta uma demanda (v.g. direito líquido e certo, direito à indenização etc.), cujo reconhecimento redundará na procedência ou não da demanda proposta, situado, de regra, no plano do direito material.

O direito à jurisdição é resultado da incidência da norma jurídica inserida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira e não se liga com o direito subjetivo que alguém alega possuir quando vai a juízo. Por isso, também o réu, quando chamado a se defender, exerce o mesmo direito de invocar a jurisdição, do qual já era titular mesmo antes do ajuizamento da demanda. Como assinala Pontes de Miranda, “a defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado”⁸⁶, sendo por isso correto afirmar, como o faz Francisco Wildo Lacerda Dantas, que a defesa é “o poder de exigir a prestação jurisdicional, visto do ângulo do réu”⁸⁷. Não deve ser olvidado o fato de que o *exercício* da defesa, necessariamente, corresponde à prática de um ato jurídico de direito processual, variando em conformidade com o que estabelecem as leis do processo (v.g. direito a oferecer contestação, no procedimento ordinário; direito a oferecer embargos, no procedimento monitório; direito a oferecer impugnação, no procedimento de embargos do devedor etc.). No entanto, o direito a se defender (como sinônimo do direito à jurisdição sob o ponto de vista do demandado), não pode ser confundido com os direitos subjetivos de caráter processual que possibilitam o seu exercício no interior do processo.

Como características do direito à jurisdição, temos: *i*) a abstração, pois sua existência independe do fato da parte interessada possuir o direito subjetivo que afirma ser titular quando vai a juízo; *ii*) a universalidade, pois ele é conferido a todos indistintamente e também até a certos entes desprovidos de personalidade jurídica.

86. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, V, São Paulo: RT, 1968, p. 221.

87. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 107.

Feitas essas considerações, podemos então descrever a norma jurídica consagrada do direito fundamental à jurisdição, inserida no enunciado normativo do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, a partir do modelo de norma adotado neste trabalho e dentro da perspectiva dogmática ora assumida: *dado o fato de alguém possuir capacidade de ser parte, dever ser a relação jurídica entre o sujeito de direito e o Estado-juiz tendo como objeto a tutela jurisdicional* (Se H, então deve-ser S¹RS⁸).

Na hipótese normativa, temos o fato de alguém possuir a capacidade de ser parte, que é a aptidão conferida pelo direito a certas pessoas e a determinados organismos desprovidos de personalidade natural ou jurídica para figurarem como parte em relação jurídica processual⁸⁸. A rigor, a capacidade de ser parte é extensiva a todos os sujeitos de direito, isto é, aos que são detentores da capacidade jurídica. Trata-se de noção que não comporta relativização, como bem assinala Didier Jr.⁸⁹:

Ser ou não sujeito de direito é questão que não comporta relativização: ou se é sujeito de direito porque o Direito reconhece a possibilidade de titularizar situações jurídicas, ou não se é sujeito de direito. Não se pode ser sujeito de direito para algumas situações e não ter capacidade jurídica para outras.

Logo, sendo alguém titular da capacidade de ser parte, incide a norma jurídica do art. 5º, XXXV da Constituição, com a imediata irradiação da relação jurídica em que se terá o direito à jurisdição de um lado e o dever de prestar a tutela jurisdicional de outro. Por isso, “ter capacidade de ser parte é ser titular da pretensão à tutela jurídica”⁹⁰. Embora o enunciado normativo não seja expreso quanto à referência a esse elemento, sua presença decorre de imposição lógica: se do exercício do direito à jurisdição resulta o surgimento da relação jurídica processual, tem-se, por dedução, que somente quem possa figurar como termo dessa relação é que possa ser detentor daquele direito subjetivo.

No conseqüente normativo, temos a relação jurídica em que o sujeito ativo está na posição jurídica de vir a obter a prestação da tutela jurisdicional, que constitui o objeto do dever imposto ao Estado, na condição de sujeito passivo (*a*

88. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 223; MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*, in Revista Direitos e Deveres, Maceió, EDUFAL, ano II, nº 04, jan/jun 1999, p. 21; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

89. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119.

90. MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*, in Rev. Direitos e Deveres, ano II, nº 04, Maceió, EDUFAL, 1999, p. 31.

tem frente a *b* um direito $G - DabG$). A seguir, passaremos a analisar os elementos que integram o direito à jurisdição.

4.1. O problema da titularidade (sujeitos ativo e passivo)

Quando falamos em identificar a titularidade do direito à jurisdição, estamos pretendendo evidentemente fazer referência à posição do sujeito ativo da relação jurídica correspondente, mas, por elipse, falar de titularidade importa também em fazer alusão à posição do sujeito detentor do dever correspectivo da mesma relação.

Titular do direito à jurisdição pode ser quem quer que se afigure detentor da capacidade de ser parte. O direito processual positivo brasileiro atribui a entes como o nascituro, a massa falida e o espólio a possibilidade de figurarem na posição de autor ou de réu em relação jurídica processual⁹¹. Por conseguinte, o direito (pré-processual) à jurisdição também lhes é estendido. O réu também titulariza o direito fundamental à jurisdição, devendo, por conseguinte, ter capacidade de ser parte. Todavia, como demonstrou Didier Jr.⁹², não se deve supor que o processo (relação jurídica processual) em que figure na condição de réu algum ente desprovido de capacidade de ser parte seja inexistente⁹³.

Do lado oposto, temos o Estado como titular do dever correspectivo ao direito à jurisdição. Interessa notar que o ente estatal comparece na relação na qualidade de órgão, a quem o direito atribui a condição de sujeito passivo. O devedor da tutela jurisdicional, na maioria dos casos, não em todos (v.g. Senado Federal nos crimes de responsabilidade), no ordenamento jurídico positivo, é o Poder Judiciário, o Estado-juiz, a despeito da falta de personalidade de tal órgão. Isso porque, tomando-se aqui como hipótese de trabalho a distinção entre os conceitos de sujeito de direito e de personalidade, em razão da qual é possível perceber que podem ser termo de relações jurídicas certas entidades não-personificadas, verificamos que o Estado-juiz, como órgão, foi posto nessa condição por força da norma contida no art. 5º, XXXV da Constituição, que atribuiu ao Poder Judiciário (e não ao Estado brasileiro que ele integra) o dever de apreciar e afastar a lesão ou

91. A capacidade de ser parte desses entes revela, a nosso ver, o equívoco da assimilação feita por alguns doutrinadores do direito à jurisdição a um *status civitatis*.

92. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 129.

93. O contrário ocorre quando se tem a ausência de capacidade de ser parte do autor, porque aqui a relação jurídica processual autor-juiz não é sequer formada. Essa hipótese, porém, há de ser tida como excepcional (Cf. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120), pois o sentido da atribuição da capacidade de ser parte, inclusive a entes despersonalizados, é o de estender em maior medida possível a outorga do direito à jurisdição.

ameaça de lesão a direitos. E não poderia ser de outro modo, pois, caso contrário, não haveria possibilidade de haver relação jurídica processual em que o próprio Estado fosse parte, conforme observado por Lourival Vilanova⁹⁴:

Se o órgão não fosse uma porção diferenciada e individualizada de competência, se não adotasse a posição de sujeito-de-direito, confundir-se-ia com os demais órgãos, e descaberia o exercício da pretensão da tutela jurisdicional: incorreria na impossibilidade jurídica do Estado contra si mesmo, do Estado autojulgando-se.

Assim, embora a personalidade seja do Estado, como pessoa jurídica de direito público que é, o órgão do Poder Judiciário, como ente dotado de capacidade jurídica, é posto na posição de sujeito passivo do dever de efetuar a prestação jurisdicional. Assim temos S'RS² em: *sujeito de direito R órgão do Poder Judiciário*.

4.2. A tutela jurisdicional

O direito fundamental à jurisdição se enquadra na modalidade de direito a ações positivas do Estado, que, na classificação de Alexy⁹⁵, se subdivide em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. A tutela jurisdicional constitui a prestação que satisfaz o direito à ação positiva ora denominado direito à jurisdição, pois nele o Estado-juiz é chamado a exercer a atividade de julgar e de resolver os conflitos postos à sua apreciação. A jurisdição, nessa perspectiva, se coloca como o objeto daquele direito fundamental. Logo, o direito fundamental se enquadra como um direito à ação positiva fática.

Por “tutela jurisdicional” entendemos a atividade praticada pelo Estado-juiz que consiste em receber e responder os pedidos formulados pelas partes em um dado processo, proferindo decisão a seu respeito. Assim, o exercício da jurisdição, feito através do processo, que, por sua vez, surge do exercício do direito à tutela jurisdicional, consiste em uma atividade, muito embora Cintra, Grinover e Dinamarco⁹⁶ tenham abordado o conceito de jurisdição sob uma tripla perspectiva: poder, função e atividade.

Distinta é a concepção de Yarshell⁹⁷, que utiliza a expressão “tutela jurisdicional” ora (a) como o resultado da atividade jurisdicional produzido em favor do

94. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 280.

95. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 194.

96. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125. Considerando que nossa análise está sendo de forma preponderante do ponto de vista de quem pede a tutela jurisdicional, não entraremos no problema da jurisdição como poder e como função.

97. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 28-36.

vencedor – a chamada “tutela de quem tem razão”⁹⁸ –, ora (b) no sentido de meios ordenados e predispostos à consecução desse resultado. Isso porque, para ele, a tutela jurisdicional prestada ao vencedor seria diversa daquela prestada ao vencido. Enquanto o vencedor teria uma tutela jurisdicional correspondente ao resultado em conformidade com o estabelecido no direito material, o vencido teria outra tutela jurisdicional, desta feita “sob o enfoque de seu escopo social” (portanto, metajurídico), de obter a “pacificação” pela eliminação da controvérsia.

Embora não deixemos de reconhecer o valor dessa contribuição, por três razões, não adotamos aqui o pensamento de Yarshell a respeito do duplo significado da expressão “tutela jurisdicional”. Em primeiro lugar, porque se esse mesmo autor reconhece serem distintas as tutelas jurisdicionais prestadas ao vencedor e ao vencido, do ponto de vista semântico, o uso da mesma expressão para fazer referência a essas duas realidades, por levar à ambigüidade, seria pouco recomendado. Em segundo lugar, porque falar em tutela jurisdicional como “tutela de quem tem razão”, poderia sugestionar que uma das partes tivesse o direito de exigir do Estado que lhe proferisse um julgamento favorável, antes mesmo que o processo se iniciasse (o Estado-juiz, mesmo antes de apreciar as provas e até mesmo de ouvir a parte adversa, estaria com a obrigação de conceder ao autor a tutela de seu direito). Em terceiro lugar, porque a tutela jurisdicional sob a ótica do vencido consistente, não prestação da tutela jurídica, mas na pacificação pela eliminação da controvérsia, representa investida ao plano sociológico.

Tradicionalmente, a jurisdição tem sido considerada como a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário destinada a realizar a justiça mediante a aplicação do direito às relações humanas intersubjetivas⁹⁹. Essa aplicação, como enfatiza Francisco Wildo Lacerda Dantas¹⁰⁰, é autoritativa, porque exercitada por um poder estatal, que substitui as partes envolvidas como um terceiro imparcial, além de provocada, porque pressupõe a iniciativa das partes, e vinculada, porque promovida através do processo.

98. Similar é o entendimento de Leonardo Ferres Ribeiro, ao distinguir a “tutela jurisdicional”, relacionada com a proteção e satisfação do direito subjetivo, da “prestação jurisdicional”, como sinônimo de serviço judiciário, instrumentalizada pelo processo. (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Prestação Jurisdicional Efetiva: Uma Garantia Constitucional*, in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006, p. 154).

99. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Best Book, 2001, p. 109; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 34, dentre outros.

100. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 35.

A expressão “tutela jurisdicional”, assim, é aqui empregada no sentido de prestação que constitui o objeto do dever (pré-processual) do Estado-juiz de aplicar autoritativamente o direito, através do processo, como resultado do exercício da jurisdição.

Portanto, como características da jurisdição podemos enumerar: *i)* o fato de ser atividade praticada por autoridade estatal, realizada como desempenho de dever de função; *ii)* a condição de terceiro imparcial assumida pela autoridade julgadora relativamente aos interesses das partes¹⁰¹; *iii)* ser atividade realizada através de um processo.

Relativamente à última característica assinalada, é importante gizar que o processo representa o instrumento através do qual é exercido pela parte o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional e também o meio através do qual o juiz realiza a atividade a que chamamos de jurisdição. Isso demonstra a relação existente entre o direito à jurisdição, o processo e a tutela jurisdicional; a conhecida trilogia estrutural do fenômeno processual (jurisdição, ação e processo) é resultado desse relacionamento.

Nessa perspectiva, tem-se que o juiz cumpre seu dever de prestar a tutela jurisdicional encerrando a atividade a que estava obrigado a realizar. O principal ato dessa atividade, normalmente, principalmente nos chamados “processos de cognição”, é a sentença. Ao mesmo tempo, há atos executivos que são praticados pelo juiz no âmbito do processo de execução que também satisfazem o direito à tutela jurisdicional. Por isso, não se deve resumir a atividade jurisdicional àquela espécie de tutela prestada no processo de conhecimento.

O autor exerce o direito à jurisdição e do ato jurídico em que se materializa seu exercício surge, como efeito, a relação jurídica processual (autor-juiz); com a citação, o réu é chamado a se defender e em assim o fazendo também exerce o seu direito à jurisdição, do que resulta a angularização da relação jurídica processual (autor-juiz-réu); o juiz ao resolver o processo (julgando ou não o mérito e independentemente do resultado do litígio) satisfaz o direito à jurisdição exercido por autor e réu e, também, extingue a relação processual.

Muito embora processo e jurisdição estejam intimamente vinculados, é sempre necessário distinguir: *i)* a pretensão à tutela jurisdicional (pré-processual); *ii)* a pretensão à resolução judicial (processual), que nos chamados processos de cognição faz exigível o direito à obtenção de sentença; *iii)* pretensão à obtenção de sentença de mérito (processual), que constitui o direito daquele que atende a

101. SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 40.

todos os pressupostos estabelecidos nas leis do processo (pressupostos processuais etc.).

4.2.1 A tutela jurisdicional no âmbito da jurisdição voluntária

O problema em torno da jurisdição voluntária reside em saber se, no direito positivo brasileiro, ela seria uma autêntica modalidade de jurisdição e, por consequência, se em relação a ela seria possível cogitar da existência do direito fundamental à tutela jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Os processualistas brasileiros, em sua grande parte¹⁰², têm adotado a conhecida teoria de Carnelutti em torno do conceito de jurisdição e, com base nela, sustentado com vigor a ausência de atividade tipicamente jurisdicional nos processos de jurisdição voluntária.

Segundo Carnelutti¹⁰³, a jurisdição se destinaria à composição dos conflitos de interesses. Quando alguém formula uma pretensão (entendida como um ato de vontade destinado a submeter a concretizar um interesse em face de outrem) e outro sujeito resiste em satisfazê-la, instaura-se um conflito, denominado lide. A jurisdição seria a atividade estatal destinada justamente a promover a justa composição da lide.

Nessa linha de raciocínio, como na jurisdição voluntária não se está diante de conflitos de interesses, não haveria uma atividade jurisdicional propriamente dita¹⁰⁴, daí os autores também chamarem-na de “jurisdição graciosa”, pois seria um favor prestado pelo Estado ao interessado; seria uma atividade pública de administração de interesses privados.

É facilmente constatável, entretanto, que o problema de não se considerar a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional está na sua vinculação ao conceito de lide. Há diversas ocasiões em que o processo de jurisdição tipicamente contenciosa não encerra, por conjunturas diversas, um autêntico conflito de interesses (v.g. demanda com revelia, homologação judicial de transação etc.) e nem por isso o ato judicial correspondente deixa de ter a natureza de atividade jurisdicional. Também não parece adequado falar-se em favor ou graça do Estado

102. PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VII, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 8-9; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 79, dentre outros.

103. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, Vol. I, trad. Adrián Sotero de Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 366.

104. José Maria Tesheiner entende sempre haver lide nos processos de jurisdição voluntária, pois a verificação da existência desse pressuposto deve ser feita em nível abstrato, no plano das normas legais, e não em concreto (TESHEINER, José Maria. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 45-46).

nos processos de jurisdição voluntária, porque neles o juiz também é obrigado a receber o pedido de tutela da parte, de apreciá-lo e de decidi-lo.

Como ressaltou Dinamarco¹⁰⁵, o Código de Processo Civil brasileiro disciplinou duas jurisdições, contenciosa e voluntária, como espécies do mesmo gênero: jurisdição. A falta de contenciosidade não é razão para se desnaturar a atividade judicial desenvolvida nos processos de jurisdição voluntária, de modo que também neles se aplica a regra do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de cuja incidência decorre a obrigação de que Estado preste a tutela jurisdicional.

4.3. Direito à tutela jurisdicional efetiva

A Constituição espanhola consagra, de maneira explícita, em favor de todos os cidadãos espanhóis o que chamou de “direito à tutela efetiva”, ao proclamar em seu artigo 24: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. A Constituição brasileira, diferentemente, não chegou a fazer nenhuma menção, de forma expressa, sequer a um direito à tutela jurisdicional, quicá ao seu caráter “efetivo”. Não obstante, alguns autores, como Marinoni, têm sustentado a existência, no direito brasileiro, do direito à tutela jurisdicional efetiva.

Para Marinoni¹⁰⁶, o art. 5º, XXXV da Constituição Federal garante a todos uma prestação jurisdicional efetiva, compreendendo o direito a um provimento judicial e aos meios necessários a dar efetividade aos direitos no plano do direito material. Os direitos subjetivos, em situações de ameaça ou agressão, para se tornarem efetivos (realizados) precisam da prestação jurisdicional. Assim, o direito fundamental à tutela judicial efetiva é visto como uma contrapartida da proibição da autotutela; é o direito a poder fazer valer os próprios direitos. Englobaria: a) direito à técnica processual adequada (norma processual); b) direito de participar através do procedimento adequado; c) direito à resposta do juiz. O direito do jurisdicionado à tutela judicial, dentro desse paradigma, não seria limitado à faculdade de acesso ao procedimento legalmente instituído. A ausência de técnica processual adequada para certa situação concreta representa hipótese de omissão, contrária, portanto, ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

105. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151.

106. MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 07 ago. 2006.

Como base em tais premissas, Marinoni propõe um direito à tutela jurisdicional efetiva dirigido contra o legislador, mas também contra o juiz. Considerando a regra da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (CF/88, art. 5º, § 1º), sustenta que o juiz deve interpretar as normas processuais à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, na falta de lei, deve concretizá-lo. Proclama, então, a partir de dispositivos como o art. 461 do CPC¹⁰⁷, um direito à construção da ação adequada à tutela dos direitos¹⁰⁸, por meio do qual o juiz deveria garantir todos os meios necessários à efetivação da tutela dos direitos, pois a ação poderia ser construída em cada caso concreto, conforme as necessidades da situação em apreciação.

As ponderações de Marinoni são oportunas. Apesar do texto constitucional brasileiro não enunciar expressamente a existência de um direito à tutela jurisdicional efetiva, como é feito pela Constituição espanhola, a sua presença pode ser inferida a partir do enunciado do art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Se o direito material atribui a alguém determinadas posições jurídicas positivas (v.g. direitos, pretensões e ações), mas veda a sua auto-realização, pondo o Estado na tarefa de realizá-las e satisfazê-las, não seria razoável concluir que as posições jurídicas de direito material pudessem, mesmo depois de reconhecidas, ficar simplesmente sem concretização.

Se o Judiciário brasileiro, segundo o art. 5º, XXXV da Constituição, deve apreciar e, por óbvio, remover as lesões ou ameaças de lesão a direitos, os seus julgados naturalmente devem ser efetivos, isto é, capazes de propiciar a remoção das situações contrárias à eficácia dos direitos reconhecidos. Figueruelo Burrieza¹⁰⁹ entende, na perspectiva do ordenamento jurídico espanhol, o direito fundamental a que o julgado se cumpra como um dos elementos do próprio direito à tutela judicial efetiva. Também Alexy¹¹⁰ entende que a efetiva proteção jurídica dos direitos a procedimentos judiciais implica a necessidade de um resultado do procedimento que garanta ao respectivo titular os seus direitos materiais.

Todavia, se há lugar para o reconhecimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva no direito brasileiro, parece-nos não haver fundamento para

107. “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

108. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 233.

109. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 126.

110. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 472.

se sustentar, a partir da interpretação do texto constitucional, um *direito à construção da ação adequada* a conferir efetividade da tutela jurisdicional em cada situação conflituosa.

Para sustentarmos que o demandante tem, a partir do art. 5º, XXXV da Constituição, direito à construção adequada à tutela de seu direito, seríamos obrigados a reconhecer que o juiz, correspectivamente, estaria obrigado a conceder a tutela jurisdicional ao postulante da forma como por ele postulada, desde que entendesse adequada à tutela efetiva do direito.

Nessa perspectiva, o demandado ficaria com suas garantias asseguradas constitucionalmente severamente reduzidas, pois tal idéia daria ensejo a que se pudesse reclamar a adoção de técnicas processuais de tutela dos direitos “criadas” e de tal maneira postuladas pelo próprio demandante no âmbito de um processo, independente de sua conformação com os veículos previstos nas normas de direito processual. Cada juiz estaria autorizado a, em qualquer caso, em nome do direito à tutela jurisdicional efetiva, empregar técnicas que, segundo seu juízo de conveniência, se apresentassem adequadas para a realização de direitos. Parece-nos que essa amplitude do direito fundamental à tutela judicial efetiva não se sustenta perante o direito brasileiro.

É certo que, se admitíssemos a existência de um direito à tutela jurisdicional efetiva no direito brasileiro, uma decisão judicial não poderia ficar sem cumprimento, mesmo na ausência total de normas processuais. Nessa situação de anomia (meramente hipotética, sem nenhuma relação com o direito positivo atual), poder-se-ia admitir a atuação supletiva do juiz, praticando atos concretos destinados a promover o cumprimento de seu julgado. Mas a atuação que teria o juiz, em tal situação hipotética, seria apenas de relativa liberdade (mesmo em face desse imaginado estado de anomia do direito processual), em face da necessidade de observância das normas e garantias constitucionais (v.g. CF/88, art. 5º, LV) cuja proteção também se destina aos que ocupam a posição de demandado e de vencido no processo judicial e que têm aplicação imediata.

Posto isso, podemos a partir do enunciado normativo do art. 5º, XXXV da Constituição brasileiro, inferir mais uma norma jurídica, a seguir enunciada: *Dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do vencedor à obtenção da realização efetiva do julgado.*

Na hipótese normativa, está o fato da existência de uma decisão emanada do Poder Judiciário. No conseqüente, a relação jurídica entre o vencedor, como sujeito ativo, e o juiz, como sujeito passivo, com o dever de prestar a tutela efetiva, promovendo a realização (cumprimento) da decisão, como maneira de evitar que seu julgado quede sem concretude.

4.4. O direito à duração razoável do processo

Em razão do advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, foi incluído o inciso LXXVIII no rol dos direitos e garantias fundamentais estabelecido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, positivando-se o que se convencionou a chamar de direito fundamental à duração razoável do processo.

O enunciado normativo do art. 5º, LXXVIII expressa:

Art. 5º

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A questão que se põe é: seria o direito à duração razoável do processo vinculado ao direito à jurisdição, ou seria um direito fundamental com foros de autonomia? O problema, embora tenha pouca relevância prática, surge porque na doutrina estrangeira, sobretudo os portugueses¹¹¹, tem-se entendido que o direito de acesso aos tribunais envolve o direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável e, mesmo Brasil, chegou-se a sustentar¹¹² que o direito à tutela jurisdicional efetiva, decorrente do art. 5º, XXXV da Constituição compreenderia o direito à tempestividade da tutela judicial.

No direito brasileiro, porém, está subentendido na Constituição que o direito à duração razoável do processo pressupõe a existência de uma relação jurídica processual; a hipótese normativa da norma inserida no art. 5º, LXXVIII da Constituição contém, como elemento essencial, o fato de estar em curso um processo judicial ou administrativo. Com efeito, careceria de sentido imaginar que alguém, mesmo sem haver proposto uma demanda, estivesse na posição jurídica de reclamar do Estado-juiz a prolação de uma decisão em prazo razoável. Para que o juiz tenha a obrigação de julgar com celeridade é necessário que o processo em que a decisão deva ser proferida ao menos exista.

Logo, se o direito à jurisdição pré-existe ao surgimento da relação jurídica processual e se o direito à duração razoável, por seu turno, pressupõe a existência de um processo, parece-nos tratar-se de direitos fundamentais autônomos e independentes. No direito brasileiro, o juiz que resolve o litígio de forma demasiadamente demorada satisfaz o direito das partes à obtenção da tutela jurisdicional, a despeito de desatender, ao mesmo tempo, o direito fundamental à duração

111. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 258; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 652.

112. MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 07 ago. 2006.

razoável do processo. Além do mais, o direito à duração razoável também se aplica aos processos administrativos o que, ao nosso sentir, impediria, no ordenamento jurídico nacional, qualquer vinculação com o direito à tutela jurisdicional como sustentam os constitucionalistas portugueses.

5 O DIREITO À JURISDIÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL: ANÁLISE CRÍTICA

Embora esteja diretamente ligado ao processo, por meio do qual o Estado entrega a prestação jurisdicional, o direito à jurisdição possui um caráter constitucional (CF/88, art. 5º, XXXV); ele é pré-processual¹¹³, pois sua existência é, necessariamente, anterior ao surgimento processo, já que apenas após o exercício do direito de provocar a atividade jurisdicional, é que será formada a relação jurídica processual.

O fato, porém, de ostentar um caráter constitucional não afasta o relacionamento existente entre aquele direito fundamental, a jurisdição e o processo, que juntos formam a chamada trilogia estrutural do fenômeno processual¹¹⁴. Com efeito, o exercício do direito de reclamar a tutela jurisdicional somente se dá através do processo, por cujo caminho também o Estado exercerá a jurisdição.

Há autores, como Fábio Gomes¹¹⁵, contudo, sustentando que o chamado “direito subjetivo de ação” nasceria no momento em que o Estado estabeleceu o monopólio da jurisdição e por isso se situaria no plano processual, pois o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, para ele, “além de conter afirmação equivocada”, também seria “irrelevante”.

Os argumentos utilizados por Fábio Gomes, todavia, não nos aprecem decisivos. Como demonstrou Pontes de Miranda, o direito de se invocar a jurisdição pré-existe ao processo. Na verdade, se a relação jurídica processual é justamente a primeira consequência de seu exercício, tal direito não poderia ter natureza processual. O juiz possui o dever pré-processual ao menos de receber a petição inicial do autor, ainda que para indeferi-la, ou para rejeitar-lhe admissibilidade¹¹⁶.

113. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 89; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

114. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 30.

115. GOMES, Fábio. *Carência de Ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

116. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 213.

Também não seria correto supor que o monopólio na distribuição da justiça houvesse sido estabelecido pelo Estado em razão de alguma norma jurídica de direito processual. Ao contrário, se entendemos que ao Poder Judiciário cabe precipuamente o exercício da jurisdição, essa conclusão deriva justamente do art. 5º, XXXV da Constituição, cujo texto deixou claro que as lesões ou ameaças de lesões a direitos serão remediadas pelo Estado-juiz, ou, ainda, na implicitude do enunciado normativo do art. 2º da Constituição, que consagra o chamado princípio da separação de poderes, em razão do qual está subentendido que a função jurisdicional é atividade típica do Poder Judiciário¹¹⁷. Como observou Figueruelo Burrieza, ao comentar a ausência de dispositivo constitucional expresso nas constituições espanholas anteriores à Carta Constitucional de 1978 a respeito do direito à jurisdição: “es necesario precisar que, de forma implícita, el derecho a la jurisdicción se contenía en la regulación del poder judicial”¹¹⁸.

De fato, se entendêssemos que o direito de acesso à justiça fosse de índole processual, estaríamos admitindo que o legislador do processo, mediante a edição de uma simples lei ordinária, poderia a qualquer momento restringir a regulação da função jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro e assim interferir na estrutura de separação dos poderes positivada na nossa Constituição. Se é certo o entendimento de Fábio Gomes no sentido de que o direito à jurisdição surge como contrapartida da assunção do monopólio estatal na distribuição da justiça – e a doutrina de um modo geral costuma adotar esse entendimento –, parece-nos pouco razoável sustentar que esse monopólio seria obra da legislação processual.

6. O DIREITO À JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

A análise do conceito de direito à jurisdição à luz da teoria dos direitos fundamentais¹¹⁹, sobretudo a partir das concepções formuladas em torno dos direitos português e brasileiro, revela uma forte tendência de se considerá-la uma garantia constitucional de defesa dos direitos fundamentais¹²⁰, daí Jorge Miranda haver

117. Em sentido análogo, Marcia Zollinger entende que o chamado “direito de ação” não decorre simplesmente do enunciado do art. 5º, XXXV da Constituição, mas também do monopólio da coação física pelo Estado, do dever de manutenção da paz jurídica e da proibição de autodefesa. (ZOLLINGER, Marcia. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*, Salvador: Juspodivm, 2006, p. 121).

118. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 25.

119. Para uma análise do direito à jurisdição no contexto da teoria dos direitos fundamentais, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição*, in DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (coord). *Constituição e Processo*, Salvador: Juspodivm, 2007, p. 547 e segs.

120. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 652.

afirmado, aludindo ao princípio da tutela jurisdicional: “Os direitos fundamentais serão sempre insuficientemente protegidos enquanto estiverem desprovidos de tutela jurisdicional”¹²¹.

Mesmo aqueles que consideram as garantias também como espécie do gênero direito subjetivo - e o direito à tutela jurisdicional é normalmente considerado por esses doutrinadores como uma garantia -, não deixam de conceberem-na como uma técnica para a realização dos direitos fundamentais. José Afonso da Silva, a esse respeito, sustenta: “essas garantias não são um fim em si mesmo, mas instrumentos para a tutela de um direito principal”¹²² (o direito fundamental).

Para Galindo¹²³, a idéia de direitos fundamentais associa-se às prerrogativas de todos os cidadãos, ao passo que as garantias, dado o seu caráter instrumental, estariam ligadas aos meios utilizáveis para se fazer valer os direitos fundamentais e o princípio da universalidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV) seria uma das principais garantias constitucionais do processo.

Já Gilmar Ferreira Mendes¹²⁴ considera o chamado “direito de proteção judiciária” uma espécie de garantia institucional, com âmbito de proteção estritamente normativo, isto é, dependente, para sua concretização, da edição de um complexo normativo, pois em relação a ela (garantia) cabe ao legislador ordinário definir o conteúdo e a amplitude.

Essas posições, contudo, hão de ser recebidas com reservas. O enquadramento do direito à tutela jurisdicional como garantia constitucional de proteção dos direitos fundamentais, por paradoxal que pareça, revela uma visão nitidamente insuficiente em torno daquele direito.

Não se pode pretender vincular – e essa vinculação se mostra nítida no pensamento de Jorge Miranda¹²⁵ -, a efetivação dos direitos fundamentais com o direito de acesso à jurisdição, compreendido como garantia constitucional, que, segundo aquele autor, seria “acessória” em relação ao direito por ela tutelado.

O direito à tutela jurisdicional não se apresenta como uma garantia constitucional, mas como um verdadeiro direito fundamental autônomo, completamente

121. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 255.

122. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 186.

123. GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*, Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 50/52.

124. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 45.

125. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 89.

independente de um outro direito fundamental cuja existência, eventualmente, venha a ser defendida em juízo por uma das partes litigantes de um determinado processo.

Se alguém vai ao juiz se dizendo titular de certo direito fundamental e o julgador, considerando procedente a demanda proposta, assim o declara, verifica-se a satisfação de dois direitos fundamentais: o direito à tutela jurisdicional e o direito subjetivo objeto da *res in iudicium deducta*; se a demanda é repelida (com ou sem exame de mérito), o julgador, justamente porque a jurisdição fora exercida, satisfaz, do mesmo modo, o direito fundamental conferido ao demandante de invocar a atividade jurisdicional.

O direito de invocar a tutela jurisdicional do Estado, como já visto, é também exercido pelo réu quando se defende em um processo judicial e essa realidade parece haver passado despercebida pelos constitucionalistas que consideram aquele direito como uma espécie de garantia constitucional.

Ora, se o réu, mesmo sem estar defendendo qualquer direito fundamental - já que tal posição caberá no processo em tese ao demandante -, também exige do Estado-juiz a entrega da prestação jurisdicional, recebendo-a no momento em que o litígio é resolvido, mesmo quando a decisão lhe seja desfavorável, é evidente que o direito à jurisdição jamais poderia ser considerado como mero instrumento para defesa de direitos fundamentais.

Dizer que o direito de provocar a atividade jurisdicional seria uma garantia constitucional, como quis Jorge Miranda, seria admitir que tal prerrogativa estivesse à disposição *apenas* de quem tem (ou afirma ter) um direito fundamental que ela tivesse por escopo proteger. Seria condicionar um direito fundamental, já conferido a todos os sujeitos de direito abstratamente, a quem fosse (ou na pior das hipóteses a quem alegasse ser) titular de outro direito fundamental. E, nesse caso, ficaria sem explicação o fato de o demandado, mesmo sem estar defendendo a existência de algum direito fundamental (ao contrário, defendendo a inexistência do direito alegado pelo seu adversário), também ter o direito de exigir do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional.

Por outro lado, não se pode confundir o direito à jurisdição com os instrumentos que o direito processual coloca à disposição dos interessados para que ele venha a ser exercido (v.g. mandado de segurança, ação civil pública, ação popular etc.), aos quais Pontes de Miranda¹²⁶ denomina “remédios jurídicos

126. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 143 *et passim*.

processuais”, ou simplesmente “ações” de direito processual. Esses sim correspondem aos meios para a defesa, não só dos direitos fundamentais, mas de qualquer direito subjetivo.

6.1. O direito fundamental à jurisdição como um direito à prestação positiva

Dentro da tipologia dos direitos fundamentais é clássica a divisão entre direitos a ações negativas do Estado e direitos a ações positivas. Os primeiros se apresentam como verdadeiros direitos de defesa dos sujeitos; a prestação jurídica que os satisfaz é um abster-se do Estado em praticar algum ato que interfira no exercício das posições asseguradas aos particulares (v.g. liberdades públicas, direito à vida etc.). Os segundos são aqueles que se caracterizam por possuírem como objeto uma prestação positiva do Estado. Para Alexy¹²⁷, todos os direitos a ações positivas podem ser classificados como direitos a prestações.

O ser o um direito à prestação positiva evidencia que a sua satisfação requer um “agir”, ou um “prestar” do titular do dever jurídico correlato, traduzido, de uma forma geral, na obrigação do juiz sentenciar, ou a praticar atos executivos quando a tutela jurisdicional seja prestada através do processo de execução. Por isso, como ressalta Ribeiro¹²⁸, se o juiz está obrigado a julgar, sua prestação não pode ser negativa, pois não lhe é dado negar-se a proferir uma sentença.

É significativamente o amplo o campo de abrangência dos direitos a prestações, embora ultimamente esse tipo específico de direitos fundamentais venha sendo utilizado com ênfase pelos constitucionalistas no estudo dos direitos sociais (educação, saúde etc.). Por isso, dentro dos direitos a prestações cabem desde a proteção jurídico-normativa conferida aos cidadãos através das normas penais até as prestações em pecúnia¹²⁹.

O direito fundamental à jurisdição, dentro de tal tipologia, justamente por ter como objeto a prestação da tutela jurisdicional do Estado, deve ser classificado como um direito a prestação positiva fática, que é satisfeito quando o juiz pratica os atos concretos correspondentes.

127. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 419.

128. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 84.

129. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 427, que ainda divide os direitos a prestações em: a) direitos a ações positivas normativas e b) direitos a ações positivas fáticas.

7. NORMA DE CONDUTA, NORMA DE ESTRUTURA E NORMA SANCIONADORA EXTRAÍDAS DO ENUNCIADO DO ART. 5º, XXXV DA CF/88

Entre os variados critérios utilizados para se classificar as normas jurídicas, encontra-se a difundida classificação referenciada por autores como Norberto Bobbio¹³⁰, entre normas de conduta e normas de estrutura. As primeiras disciplinam os comportamentos intersubjetivos, recaindo imediatamente sobre a conduta humana; as segundas regulam as condições ou os procedimentos de que emanam normas de condutas válidas (pertencentes a um dado ordenamento). Essa classificação, conforme procuraremos demonstrar a seguir, é de grande utilidade para o estudo do direito à jurisdição a partir do ordenamento jurídico positivo brasileiro.

Como temos ressaltado, a norma jurídica difere do enunciado normativo que a veicula. Por isso, nada obsta a que se tenha um fragmento de texto (artigo, parágrafo, inciso ou alínea) cujo sentido revele a existência de mais de uma norma. É justamente o que sucede com o art. 5º, XXXV da Constituição brasileira.

Já pudemos dar a devida ênfase à norma jurídica de conduta inserida naquele dispositivo constitucional, que chamaremos de *NC'*, de cuja incidência decorre o surgimento do direito à jurisdição e, logicamente, do dever jurídico correspondente.

O enunciado, porém, revela, justamente na oração negativa: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário”, um comando cujo significado é diferente daquele que indica a norma de conduta que prescreve o direito à jurisdição.

Com efeito, o destinatário dessa segunda norma, que doravante chamaremos *NE*, como se percebe, é o legislador e não mais o Estado-juiz, como se deu na primeira norma antes descrita. Aqui temos uma nítida vedação à edição de atos legislativos (em sentido amplo) que impossibilitem o acesso à justiça a quem quer que se sinta lesado ou com ameaça de lesão a seus direitos. Pontes de Miranda, ao comentar o art. 150, § 4º da Constituição de 1967¹³¹, cuja redação era similar à do art. 5º, XXXV da Carta em vigor, pontificava: “os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem edictar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua a cognição (coisa julgada material) pelo Poder Judiciário”¹³².

130. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 33.

131. Art. 150..... § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual;”

132. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, V, São Paulo: RT, 1968, p. 100.

Essa segunda norma (NE) se apresenta como uma típica regra de estrutura, pois recai – não imediatamente sobre comportamentos intersubjetivos –, mas sim sobre a amplitude da competência, quanto à matéria, para edição de outras normas jurídicas. As normas de estrutura não se restringem a regular o procedimento e a estabelecer órgão competente para edição de normas jurídicas; em certa medida, também podem atingir o conteúdo do ato normativo a ser editado. Como pondera Gabriel Ivo¹³³, a competência não pode ser entendida alheia a um conteúdo. Por isso, as chamadas normas que delimitam matéria também se apresentam como normas de estrutura. Essa regra de estrutura, denominada “norma de produção jurídica que delimita a matéria”¹³⁴ pode assim ser expressa: *Dado o fato do órgão competente exercer sua competência, deve ser a observância dos contornos materiais estabelecidos na Constituição*. Cotejando essa regra com o enunciado normativo do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, temos que a norma de estrutura a que estamos a nos referir (NE) pode ser articulada nos seguintes termos: *Dado o fato do Poder Legislativo exercer sua competência, deve-ser a observância de vedação quanto à edição de atos legislativos que excluam da apreciação judicial alegações de lesão ou de ameaça de lesão a direitos*.

Somente por força da inegável existência dessa norma de estrutura é que se poderia justificar a existência de garantia constitucional em face do legislador ordinário quanto à preservação do direito à jurisdição, no sentido de impedir a edição de leis que afastem do Poder Judiciário a apreciação de pedidos de tutela jurisdicional em certas situações.

O próprio Supremo Tribunal Federal¹³⁵ já reconheceu a inconstitucionalidade de lei ordinária que autorizava a manutenção de sigilo da identificação de qualquer denunciante de irregularidades no Tribunal de Contas da União, por violação ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pois o anonimato impediria que a parte denunciada ingressasse em juízo contra o denunciante para reclamar eventuais ofensas a direito à imagem e as indenizações daí decorrentes. Esse precedente ratifica que do art. 5º, XXXV da Constituição extrai-se também uma norma de estrutura contendo vedação dirigida ao legislador infraconstitucional. Isso porque se é inconstitucional lei que torna materialmente impossível ao ofendido pleitear em juízo reparações pelas violações a seus direitos, é porque alguma norma constitucional, antes, vedara a edição de um ato legislativo dessa natureza.

133. IVO, Gabriel. *Norma Jurídica – produção e controle*, São Paulo: Noeses, 2006, p. 25.

134. IVO, Gabriel. *Norma Jurídica – produção e controle*, São Paulo: Noeses, 2006, p. 24.

135. STF. Mandado de Segurança 24.405/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 23.04.2004.

Do enunciado normativo também extraímos uma terceira norma jurídica (de conduta), aqui simbolizada por *NC*², que estabelece o chamado “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, do qual já tratamos acima, e cuja estruturação pode ser assim expressa: *Dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do vencedor à obtenção da realização efetiva do julgado*.

Ademais, também podemos inferir a existência de outra norma jurídica a partir do enunciado do art. 5º, XXXV da CF/88, esta agora de natureza sancionadora, doravante chamada *NS*. Como bem demonstrou Marcos Bernardes de Mello¹³⁶, a invalidade constitui espécie de sanção atribuída pelo ordenamento jurídico em decorrência da prática de ato jurídico contrário ao direito. Logo, a inconstitucionalidade se apresenta como sanção prescrita pela Constituição como decorrência da produção de atos jurídicos infraconstitucionais com ela conflitantes.

Assim, sempre que ocorre a violação à vedação posta em *NE*, isto é, quando o Poder Legislativo exerce sua competência em desconformidade com a proibição de natureza material contida naquela regra, incide a norma jurídica sancionadora invalidando a norma produzida em desacordo com o direito. Sempre que o Poder Legislativo editar norma que acarrete exclusão da apreciação judicial de qualquer pedido de tutela de direito, tal norma conterá o vício de inconstitucionalidade, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no precedente há pouco mencionado. Podemos então expressar *NS* com o seguinte teor: *Dado o fato do Poder Legislativo editar a norma jurídica N' com inobservância da vedação contida em NE, deve-ser a invalidação de N'*.

Portanto, reagrupando as normas jurídicas que se extraem do enunciado do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, temos: *NC*¹ - dado o fato de alguém possuir capacidade de ser parte, deve ser a relação jurídica entre o sujeito de direito e o Estado-juiz tendo como objeto a prestação da tutela jurisdicional; *NC*² - dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do vencedor à obtenção da realização efetiva do julgado; *NE* - dado o fato do Poder Legislativo exercer sua competência, deve-ser a observância de vedação quanto à edição de atos legislativos que excluam da apreciação judicial alegações de lesão ou de ameaça de lesão a direitos; *NS* - dado o fato do Poder Legislativo editar a norma jurídica *N'* com inobservância da vedação contida em *NE*, deve-ser a invalidação de *N'*.

136. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 227.

8. O DIREITO À JURISDIÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL: ANÁLISE DO ARTIGO X DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Para fazermos incursão na problemática do direito à jurisdição no contexto das declarações internacionais, mais especificamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, buscaremos analisá-la a partir da tipologia que considere a existência de direitos fundamentais superiores ao ordenamento jurídico estatal.

George Sarmento¹³⁷, com influência do pensamento de Pontes de Miranda, divide os direitos fundamentais em: *i*) direitos supra-estatais e *ii*) direitos estatais. Chamam-se direitos fundamentais supra-estatais aqueles anteriores ao Estado, isto é, para cuja existência se faz prescindível sua inserção no bojo da Constituição, uma vez que já se situam no plano da ordem jurídica supra-estatal. As regras jurídicas do direito interno que os consagram seriam apenas declaratórias¹³⁸, de modo que esses direitos surgiriam mesmo quando não “declarados” nos textos constitucionais. De ordinário, os direitos supra-estatais se acham inseridos em declarações internacionais de direitos (v.g. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

Já na categoria dos direitos fundamentais estatais se inserem aqueles que são produto exclusivo do poder constituinte, cujo reconhecimento e incorporação na ordem interna não seriam exigidos pelo direito supra-estatal. A existência de tais direitos depende única e exclusivamente da vontade do poder constituinte. Para sua validade no âmbito do direito interno estatal, não há necessidade da imediata recepção pela ordem internacional¹³⁹.

Divergindo da doutrina tradicional, George Sarmento¹⁴⁰ obtempera que o § 2º da Constituição brasileira não garante hierarquia constitucional aos direitos fundamentais declarados em documentos internacionais (tratados, declarações, pactos etc.), pois tal dispositivo, em verdade, reconhece que a ordem jurídica brasileira se submete aos direitos fundamentais supra-estatais positivados em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, cujos direitos ali positivados se

137. SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió, Nossa Livraria Editora, jan/dez 2005, p. 45.

138. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 632.

139. SARMENTO, George. *Ética, Direitos Humanos e Constitucionalismo*, in Revista Direitos & Deveres, ano II, n. 5, jul/dez 99, Maceió, EDUFAL, p. 86.

140. SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió, Nossa Livraria Editora, jan/dez 2005, p. 59.

propagariam por todo o direito interno, independente do procedimento interno de recepção. O Supremo Tribunal Federal¹⁴¹, entretanto, quando instado a interpretar o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988¹⁴², tem entendido a submissão de todo e qualquer tratado ou convenção internacional em matéria de direitos humanos ao texto constitucional.

Postas assim algumas das concepções em torno da relação dos direitos reconhecidos em tratados internacionais com a ordem jurídica estatal, e tomando como hipótese de trabalho a concepção que considera a existência de direitos supra-estatais (mesmo porque na concepção que considera os tratados internacionais em matéria de direitos humanos com status de lei ordinária o problema aqui proposto deixaria de ter grande relevância), passemos à análise do enunciado do artigo X da Declaração de Direitos Humanos de 1948, relacionada com o direito de acesso à justiça:

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência pública e justa por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

A questão que se coloca é: seria correto, a partir do enunciado normativo do artigo X da Declaração de Direitos Humanos de 1948, considerar a existência de um direito de acesso à justiça de caráter supra-estatal?

Parece-nos que a resposta negativa se impõe¹⁴³. O direito fundamental à jurisdição se liga ao pressuposto de o Estado haver criado um Poder específico com a finalidade de exercer em seu território a jurisdição. A prerrogativa de como organizar a Justiça insere-se dentro do âmbito de atuação do poder constituinte, dado a cada ente estatal pela ordem supra-estatal (direito das gentes). Se aquela prerrogativa se situa no plano do poder de *constituir* o Estado e o direito de acesso à justiça é dela decorrente, logo está afastada a sua supra-estatalidade. Não seria possível, a nosso ver, interpretar o dispositivo como se nele estivesse inserta uma obrigação imposta a todos Estados do planeta de criarem, internamente, um Poder Judiciário (sem o qual não poderíamos falar em jurisdição, evidentemente). A

141. STF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79785/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.02.

142. A Emenda Constitucional n. 45, de 2004 inseriu o § 3º no texto do art. 5º da CF/88 estatuinto que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos somente terão status de emenda à Constituição quando aprovados, por cada casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 de votos.

143. Em sentido oposto, Figueruelo Burrieza entende que o direito à tutela judicial efetiva não seria conquista do Estado de Direito, mas uma imposição a todos os Estados em decorrência de seu reconhecimento nas declarações internacionais de direitos (Cf. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 51).

criação ou não de um órgão dessa natureza ainda permanece no âmbito do poder constituinte.

O artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos se refere, em verdade, à vedação de julgamentos por tribunais de exceção, e a algumas outras garantias mínimas a serem asseguradas aos litigantes de processos judiciais (v.g. imparcialidade do julgador e igualdade de tratamento) nos Estados em que órgãos jurisdicionais houverem sido criados. Também nos parece que nada impediria interpretar-se a expressão “tribunal independente e imparcial” num sentido amplo de modo a abranger qualquer organismo, inclusive os de natureza não-jurisdicionais, de solução de conflitos, desde que observadas as garantias de independência e imparcialidade (v.g. câmaras de arbitragem, cortes de arbitragem bastante difundidas inclusive no plano internacional). Não se refere o dispositivo, portanto, à estruturação, pelos Estados, do direito de acesso à justiça, que permanece sendo matéria objeto de regulação pelo direito interno como questão afeta ao poder constituinte e cuja definição e contornos caberão a cada ente estatal.

É evidente que, se partimos da premissa de que a norma contida no artigo X da Declaração Universal é de regra de direito supra-estatal, somos obrigados a reconhecer que os Estados que resolverem criar um órgão com função jurisdicional deverão se submeter aos comandos daquele dispositivo no tocante à imparcialidade e à independência.

De todo modo, mesmo se interpretarmos o artigo X da Declaração Universal vendo ali a obrigatoriedade de criação de um órgão jurisdicional, ainda nessa perspectiva não seria correto falar-se em um direito à jurisdição com status internacional, mas, em última análise, de um direito (supra-estatal) a exigir do Estado a criação de um órgão com funções jurisdicionais. Isso se explica – independente do problema semântico quanto à interpretação da expressão “tribunal independente e imparcial” –, pelo fato de que a norma jurídica que se extrai do enunciado do artigo X da Declaração Universal é uma norma de estrutura e não uma norma de conduta.

CAPÍTULO IV

A TEORIA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Sumário • 1. O problema semântico – 2. O problema conceptual: a ação como impositividade do direito subjetivo: 2.1 O exercício das ações – 3. A coextensão não-necessária: direitos, pretensões e ações – 3.1 Direito subjetivo; 3.2. Pretensão; 3.3. Ação de direito material; 3.4. Direitos subjetivos desprovidos de ação – 4. Objeções doutrinárias à teoria da ação de direito material: 4.1. A posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; 4.2. A posição de Guilherme Rizzo Amaral; 4.3. A posição de Gabriel Pintaúde; 4.4. A posição de Hermes Zaneti Junior; 4.5. Apreciação conclusiva – 5. A ação de direito material e a “pretensão à tutela jurisdicional dos direitos” – 6. A trajetória das ações na fenomenologia do direito: 6.1. Nascimento das ações; 6.2. Vicissitudes a que se sujeitam as ações: 6.2.1. A relação ação/exceção; 6.3. A extinção das ações: 6.3.1. Extinção da ação com subsistência do direito subjetivo: 6.3.1.1. O problema da prescrição como modalidade de extinção da ação; 6.3.2. Extinção da ação sem subsistência do direito subjetivo – 7. Ação (material), “ação” processual e o direito fundamental à jurisdição: distinção necessária e implicações existentes – 8. A utilidade da teoria da ação de direito material no plano da aplicação judicial do direito – 9. A importância da teoria da ação de direito material no contexto da relação entre o direito fundamental à jurisdição e o processo

1. O PROBLEMA SEMÂNTICO

O significado da palavra *ação* na Ciência Jurídica, especificamente no campo do Direito Processual, tem sido objeto de intensos debates. Se é certo que a Ciência Processual teve seu desenvolvimento catalisado, como ramo do saber jurídico com foros de autonomia, na célebre polêmica travada entre Windscheid e Mutther, hoje, mais de um século depois, as discussões permanecem acesas.

Podemos dividir as questões em torno do conceito de ação em duas ordens de problemas: *i)* de precisão do sentido em que a palavra é utilizada, já que durante séculos tem-se falado em “ação” para designar realidades distintas; e *ii)* de delimitação conceptual, pois mesmo quando se verifica a univocidade de tratamento (isto é, quando se usa a palavra no mesmo sentido), também verificamos divergências doutrinárias em torno de seu conceito. Ao primeiro problema poderíamos chamar de “semântico”, pois sua causa está justamente na plurivocidade do termo utilizado; ao segundo, poderíamos chamar de problema “conceptual”, pois sua causa está na falta de consenso entre os juristas em torno de seu conceito.

Por hora, cuidaremos do problema semântico. Para se tratar com o máximo de rigor e precisão da problemática a respeito da categoria denominada *ação*, faz-se imprescindível indicar o sentido em que a expressão será utilizada, já que, conforme pontifica Genaro Carrió¹, as dificuldades práticas de ambigüidade na

1. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Language*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 31.

linguagem podem ser superadas quando se toma a precaução de precisar, nos casos de possíveis dúvidas, o sentido em que se emprega uma palavra.

Na linguagem cotidiana, em textos de direito positivo e na praxe judiciária, é comum encontrar-se enunciados do tipo: (i) “O Ministério Público exercerá o direito de *ação* nos casos previstos em lei”; (ii) “o juiz extinguiu a *ação* sem resolução de mérito”; (iii) “a *ação* ficará suspensa enquanto não se localizarem bens do devedor”; (iv) “a *ação* de execução foi arquivada em razão do trânsito em julgado dos embargos”; (v) “a petição inicial será indeferida quando o tipo de procedimento não corresponder ao valor da *ação*”; (vi) “a *ação* de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal”; (vii) “a *ação* de indenização teve como causa a inscrição indevida do demandante em cadastros restritivos”.

No enunciado “i”, a palavra está sendo usada no sentido de direito à jurisdição, ou direito de acesso à justiça; em “ii”, no sentido de relação jurídica processual; em “iii”, o termo aparece como sinônimo de procedimento; em “iv”, no lugar de “autos” do processo; em “v”, já como sinônimo de pedido; em “vi”, como sinônimo de remédio jurídico processual.

O enunciado “vii” mostra o uso da palavra *ação* significando a categoria denominada por Pontes de Miranda² de *ação de direito material*. É nesse sentido que, doravante, passaremos a nos referir ao termo.

Cabe, entretanto, advertir que o próprio Pontes de Miranda, ao se referir às ações de direito processual, também chamadas de “remédios jurídicos processuais”, de cujo conceito iremos tratar adiante, utiliza a mesma palavra *ação* só que entre aspas (“*ação*”)³, justamente para evitar a confusão com a outra categoria, que para ele seria a *ação* no sentido próprio (direito material).

2. O PROBLEMA CONCEPTUAL: A AÇÃO COMO IMPOSITIVIDADE DO DIREITO SUBJETIVO

Especificado o sentido em que se usará o termo, superando assim o problema semântico, passaremos agora a tratar de seu problema conceptual. Para se compreender o conceito de *ação de direito material* é necessário ter-se em vista os conceitos de fato jurídico e de eficácia jurídica, do qual antes já tratamos.

2. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969*, I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 143-147 *et passim*.

3. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 119 *et passim*.

Dentre as várias espécies de categorias de eficácia jurídica podemos encontrar, certamente como a principal delas, a relação jurídica. No contexto de uma relação jurídica teremos sempre um sujeito em posição de vantagem, denominada direito subjetivo, frente a outro sujeito, e a respeito de um objeto, cuja prestação constitui o dever daquele que se encontra em posição jurídica de desvantagem (dever jurídico).

Os direitos subjetivos são integrados por poderes. Assim, v.g., diz-se ter o proprietário o poder de alienar a sua coisa; o credor, o de renunciar ao seu crédito, o possuidor esbulhado de reaver a coisa subtraída etc. Mas independente dos poderes que enchem o conteúdo dos direitos subjetivos, segundo cada espécie, como nestes exemplos aqui apontados, há outros poderes jurídicos conferidos *in genere*, isto é, independentemente da natureza do direito de que se esteja a tratar.

Dentre tais poderes, que integram todos os direitos em geral, salvo em algumas exceções (v.g. direito mutilados), encontram-se o poder jurídico de exigir (=pretensão) e o de impor a satisfação do direito subjetivo, ao que se denomina de ação de direito material, daí Pontes de Miranda, figurativamente, sentenciar: “a ação é inflamação do direito ou da pretensão”⁴. Nessa perspectiva, a ação representa a impositividade atribuída como *plus* a algum direito subjetivo em decorrência de algum fato jurídico. Por isso, Marcos Bernardes de Mello, com propriedade, afirma: “a ação, assim, constitui o grau de impositividade do direito”⁵.

A teoria da ação de direito material, tal como desenvolvida por Pontes de Miranda, também vem sendo acolhida no meio doutrinário por outros processualistas⁶, dentre os quais se destacam Ovídio Baptista da Silva, Fábio Gomes, Araken de Assis, Daniel Mitidiero, além de outros.

Todavia, Ovídio Baptista da Silva, embora separe com notável rigor técnico os planos do direito material e do direito processual, ao definir ação de direito material, termina por enfatizar o momento de seu exercício – que hodiernamente é feito, de regra, através da “ação” processual em face do monopólio estatal da jurisdição -, e com isso deixa de dar o devido relevo a fato de ser ação uma categoria de eficácia jurídica, cujo conceito, portanto, dispensa o posterior momento de seu exercício. O jurista gaúcho define a ação de direito material como “o agir

4. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsó, 1955, p. 482.

5. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 183.

6. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 75 *et passim*; ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 78 *et passim*; GOMES, Fábio. *Carência de Ação*, São Paulo: RT, 1999, p. 47 *et passim*.

do sujeito para realização do próprio direito”, isto é, “o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado”⁷. O conceito contém a virtude de deixar clara a posição jurídica do obrigado, pois efetivamente o sujeito passivo, ante o surgimento da ação em favor do sujeito ativo ficará na condição de sofrer, em sua esfera jurídica, mesmo contra sua vontade e independente de sua cooperação, as consequências do poder jurídico de impor a satisfação do direito subjetivo. Não obstante, a ação, na perspectiva de Pontes de Miranda, que aqui seguimos, é um efeito jurídico específico e existe em potência; pode-se ter ação, sem no entanto exercê-la. A ação existe no plano do pensamento e não em ato: “O direito subjetivo, o dever, a pretensão, a ação e a exceção são seres do mundo do pensamento”⁸. O “agir”, a que alude Ovídio Baptista da Silva, corresponde, em verdade, ao momento do exercício da ação, necessariamente posterior, por imposição lógica, ao seu surgimento no mundo jurídico⁹.

É necessário deixar assente que a ação de direito material, porque hoje vedado, salvo em casos excepcionais, o uso da justiça de mão própria, normalmente é exercida conjuntamente com o exercício do direito à jurisdição, através dos instrumentos que o direito processual coloca a serviço dos interessados para incoarem a atividade jurisdicional. Como esclarece Pontes de Miranda, “a ação exerce-se principalmente por meio da ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica que o Estado criou”¹⁰. Isso, porém, não quer significar que a “ação” processual seja condicionada pela ação de direito material. Quando o juiz declara a improcedência de uma demanda, não nega a existência e o exercício da “ação” processual, embora negue a existência da ação de direito material da qual o demandante afirmou ser titular na petição inicial.

Assim, quando alguém tem seu direito ou pretensão feridos, no plano do direito material, surge, de regra, a ação (material), que será exercida com a propositura da “ação” (processual), tida esta última como meio para o exercício do direito à jurisdição e após o que surgirá a relação jurídica processual (autor-juiz), angularizável com a citação (autor-juiz-réu). Ao reconhecer a procedência da ação de

7. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 81-82.

8. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 240.

9. Pontes de Miranda, tornando claro tratar-se de momentos distintos a criação da ação e seu exercício, afirma: “O direito, a pretensão, a ação e a exceção são exercíveis desde que se criam” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 87). Em outra passagem, deixando claro que a ação surge, de regra, no mundo jurídico, no momento da violação da pretensão e não quando o titular “age” para satisfazer o direito, sentencia: “o que nasce quando se exige a prestação é a ação, se o devedor obrigado não a satisfaz” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 103).

10. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 124.

direito material que o demandante no processo disse possuir, o juiz agirá, em sua substituição, praticando os atos necessários a realizar a ação (direito material) e o direito subjetivo a que ela se refira. Segundo Ovídio Baptista da Silva¹¹, como o Estado proibiu o agir privado do titular do direito, o próprio Estado-juiz há de dar o remédio capaz de realizar a atividade que poderia ser realizada privadamente não fosse a vedação ao exercício da justiça de mão própria.

Mostra-se de extrema importância para a exata compreensão da ação de direito material como categoria de eficácia jurídica, a diferenciação entre *titularidade* e *exercício*; entre ação como poder jurídico que confere impositividade à satisfação do direito subjetivo, e ação como atividade concreta destinada a realizá-lo. Consequentemente, pode-se ter o direito, ter a ação, sem, contudo, exercê-los. Da mesma forma como se pode exercer a “ação” (processual), tendo-se ou não a ação de direito material, pois o direito de acesso à Justiça não é exclusivo daqueles que têm um direito ou uma ação no plano do direito material.

Por isso, o conceito que aqui adotamos é o de ação (de direito material) como poder jurídico conferido ao titular de um direito subjetivo, após a ocorrência de um fato jurídico, de impor a sua satisfação, ainda que contra a vontade do sujeito passivo.

2.1 O exercício das ações

É de rigor ter-se presente a distinção entre titularidade da ação e seu exercício. Já salientamos serem situações diferentes o ter ação e o fato de se exercê-la. A ação, como algo ligado ao direito subjetivo, existe no plano do pensamento, ao passo que o seu exercício se materializa em atos concretos, verificáveis empiricamente e pode se dar de diferentes maneiras.

De um modo geral, por força da vedação genérica de utilização da justiça de mão-própria, a ação é exercida através da “ação” processual, no âmbito judicial. Isso não basta, contudo, para se considerá-la como uma categoria vinculada exclusivamente ao processo.

Há diversas situações em que a ação (direito material) surge como decorrência da incidência de normas jurídicas de direito material e nesse plano mesmo se realiza, independentemente de sua alegação em juízo. Do fato jurídico surge o direito subjetivo juntamente com os poderes que o qualificam (pretensão e ação) e a própria ordem jurídica autoriza o respectivo titular, em exercício de autotutela, a buscar, por si mesmo, a sua realização.

11. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 89.

No direito civil, têm-se os exemplos do desforço imediato da posse (Código Civil, art. 1.210, § 1º), da legítima defesa (Código Civil, art. 188, I), do direito e ação do proprietário de cortar os ramos de árvores que ultrapassem o limite vertical do prédio vizinho (Código Civil, art. 1.283). No direito administrativo, tem-se a auto-executoriedade dos atos administrativos em geral (v.g. apreensão em estabelecimentos empresariais de alimentos impróprios para o consumo humano, interdição de estabelecimentos etc.). No direito penal, tem-se o ato em estado de necessidade (Código Penal, art. 24). Em todos esses casos, e também em outros aqui não enumerados, a ação material surge, é exercida e realizada independentemente de qualquer a intervenção judicial.

A ligação da ação de direito material com o processo, embora seja inegável, apenas se verifica no ato de ingresso em juízo, no momento do exercício direito à jurisdição, e no momento da prestação da tutela jurisdicional (quando o juiz, reconhecendo a existência do direito, da pretensão e da própria ação, pratica atos destinados a realizá-los). A ação de direito material, quando submetida à apreciação judicial, se situa no âmbito da *res in iudicium deducta*, o que não quer significar, como se pode observar, a eliminação da “ação” de natureza processual (cuja existência é autônoma e independente). Ademais, as hipóteses de exercício não-judicial da ação material, que, mesmo excepcionais, não deixam de ter relevância e nem podem deixar de ser tratadas pela Ciência Jurídica, justificam o seu tratamento no plano do direito material.

3. A COEXTENSÃO NÃO-NECESSÁRIA: DIREITOS, PRETENSÕES E AÇÕES

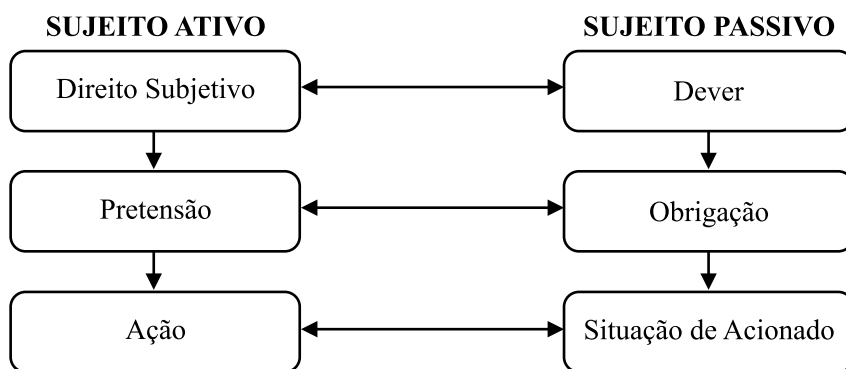
Muito embora já tenhamos conceituado e considerado a ação na perspectiva do direito material, sem negar a existência do direito fundamental à jurisdição e da “ação” processual por meio da qual ele é exercido, e diferenciando-a do momento de seu exercício, a sua exata compreensão ainda reclama análise das chamadas categorias eficaciais coextensivas da relação jurídica com as quais mantém estreita relação.

Normalmente, o conteúdo eficaz da relação jurídica é constituído por direito subjetivo e correlativo dever; pretensão e correlativa obrigação; ação e correlativa situação de acionado. Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro, podemos nos referir ao *princípio da coextensão de direitos, pretensões e ações*¹², segundo o qual o direito adquire sua exigibilidade com a pretensão e sua impositividade com a ação, ou, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “a todo direito correspon-

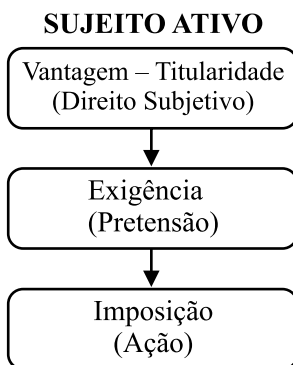
12. Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O princípio da Coextensão de Direitos, Pretensões e Ações*, in Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Nossa Livraria, jan/dez 2005, p. 91.

de a uma pretensão que o torna exigível e uma ação que a faz impositiva”.¹³ Por correlação, a coextensão também sucede no lado passivo da relação jurídica: em sendo o sujeito ativo titular de um direito dotado de exigibilidade e de acionabilidade, necessariamente, encontraremos na posição passiva outro sujeito titular de uma obrigação e de uma situação de acionado, respectivamente.

O gráfico a seguir ilustrará a verticalidade (coextensão) dos conceitos de direito, pretensão e ação, assim como a corresponsividade de deveres, obrigações e situação de acionado, em uma relação jurídica:



Se fizéssemos um corte abstrato para, em uma dada relação jurídica, contemplar unicamente os poderes que enchem de um modo geral o conteúdo dos direitos subjetivos, desconsiderando as situações passivas (embora saibamos que tal secção se faz unicamente para fins cognoscitivos, pois, em realidade, as posições ativa e passiva na relação são juridicamente inseparáveis), teríamos:



13. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158.

Alfredo Augusto Becker¹⁴, embora de forma implícita acolha o postulado da coextensão entre direitos, pretensões e ações, utiliza-se do vocábulo “coação”, em lugar do termo “ação”, para designar esta categoria. A nosso ver, porém, o emprego da expressão *coação* no sentido preconizado por Becker seria desaconselhado, por nada mais ser a ação do que o poder jurídico de impor a realização de um direito subjetivo, cujo exercício muitas vezes não se dá de forma coativa. Além do mais, não se deve confundir a titularidade da ação com o seu efetivo exercício. Embora quase sempre, ao exercer a ação (feita, de regra, perante o Estado-juiz), o sujeito passivo da relação possa ficar na contingência de sofrer em sua esfera jurídica a coação estatal, nada obsta a que o sujeito ativo já tenha a ação, mas deixe de exercê-la; nesse caso, tem-se ação, sem se falar em coação, donde parecer incorreta a assimilação dos dois conceitos.

O direito positivo consagra algumas situações excepcionais que levam à caracterização do princípio da coextensão como “não essencial”, segundo a tipologia proposta por Marcos Bernardes de Mello¹⁵. Nessas situações, o conteúdo da relação jurídica, no que concerne à amplitude de seus efeitos, se apresenta limitado. Às vezes se atribui ao respectivo titular apenas o direito e a pretensão, excluindo-se a ação, ou, em alguns casos, confere-se-lhe apenas o direito subjetivo, desprovido-o da exigibilidade e da acionabilidade. Nas dívidas decorrentes de jogo ou aposta¹⁶, v.g., conquanto o credor não possa exigir do devedor o pagamento, nem muito menos compeli-lo a efetuá-lo, não lhe cabe o direito de pedir restituição do valor voluntariamente pago pelo devedor. Neste exemplo, há o direito (e por consequência lógica o correspectivo dever), porquanto incabível a restituição da quantia paga, porém inexistem a pretensão, para tornar possível a *exigência* da prestação, e a ação, necessária para *compelir* o devedor a pagá-la; é caso de típico de direito mutilado.

Se é correto afirmar que pode haver direito subjetivo sem ação, a relação inversa não é possível de se estabelecer. Toda ação de direito material pressupõe um direito subjetivo. Mesmo nos casos das ações declaratórias negativas de inexistência de relação jurídica (CPC, art. 4º) essa relação se faz presente. Se alguém simplesmente afirma, de qualquer modo, a existência de alguma relação jurídica, o outro figurante da suposta relação tem o direito subjetivo, a pretensão e ação de declaração negativa. Isso porque essa simples “afirmação” quanto à

14. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 343.

15. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158.

16. Código Civil, art. 814, *caput*.

existência de alguma relação jurídica é juridicizada como ato-fato jurídico¹⁷ do qual decorre para o prejudicado o direito subjetivo à declaração negativa (protegido por pretensão e por ação de direito material). Oportuna a esse respeito a observação de Pontes de Miranda¹⁸:

[...] há relação jurídica entre quem tem interesse em que seja declarada a existência ou inexistência de alguma relação jurídica, ainda persistem os erros dos que não vêem na ação declaratória ação de direito material. [...]. Contra qualquer afirmativa falsa, ou negativa falsa, tem o Homem a pretensão à tutela jurídica, o direito material e a ação para declaração negativa como teria para declaração positiva.

A despeito de ausência de exigibilidade e da acionabilidade, no exemplo da dívida decorrente de jogo acima mencionado, a relação jurídica se estabelece entre credor e devedor com todos os seus caracteres essenciais (intersubjetividade, correspectividade de direitos/deveres e essencialidade do objeto), daí o princípio da coextensão de direitos, pretensões e ações ter a nota da não-essencialidade. Nesse caso, tem-se relação jurídica apenas com direito subjetivo e correlato dever jurídico.

Cabe agora tratar, analiticamente, da posição ocupada por cada uma daquelas categorias em uma dada relação jurídica.

3.1 Direito subjetivo

Em sendo a finalidade precípua do direito disciplinar o comportamento humano, as normas jurídicas, incidindo sobre os suportes fáticos respectivos, atribuem os bens da vida a esse ou aquele sujeito. A tradução lógica dessa subjetivação, a que Rendeti denominou de “subjetivación ativa del precepto”¹⁹, é que se chama direito subjetivo; consiste na individuação, após a incidência da regra jurídica, do bem da vida “a” ao sujeito “A”.

É certo que há, no conseqüente das normas jurídicas, mesmo antes da incidência, a previsão, em abstrato, do direito subjetivo. Quando se contempla a norma jurídica inserta no art. 1.228 do Código Civil²⁰, v.g., claramente se visualiza o

17. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 142.

18. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 146.

19. RENDETI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*, I, trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Rendín, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, p. 15.

20. “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

direito de o proprietário dispor do bem objeto de seu domínio. Contudo, antes de ocorrida a circunstância descrita no suporte fático (ser proprietário) daquela regra jurídica, não há que se falar em surgimento do direito subjetivo propriamente dito.

Incidindo a norma sobre o seu suporte fático, tudo aquilo que resulta de vantajoso para alguém é direito, no sentido subjetivo; consiste em acréscimo na esfera jurídica do respectivo titular²¹. Consequência inafastável, outrossim, é a limitação da esfera jurídica de outro sujeito, o titular do dever correspectivo, já que se há um direito, por outro lado, deverá existir um dever, no lado passivo da relação jurídica, daí Pontes de Miranda afirmar, sinteticamente, que “direito subjetivo é o que fica do lado ativo, quando a regra jurídica incide”²².

Muitos autores, descendendo da teoria do interesse, criada por Rudolf Von Jhering, como por exemplo, em linhas gerais, Carnelutti²³ concebem o direito subjetivo como “interesse juridicamente protegido”²⁴. Tal concepção, embora até possa se mostrar acertada no plano político, juridicamente, apresenta-se pouco satisfatória. A esse respeito, oportuna a crítica formulada por Pontes de Miranda: “a teoria do interesse, sobre ficar no plano em que se protegeram interesses (plano do mundo político), portanto antes da incidência, e muito antes da eficácia, não atendeu a que nem sempre se indaga do interesse concreto quando se apontam direitos”²⁵.

Efetivamente, pode-se acontecer que haja o direito, sem que, necessariamente, o seu titular tenha, concretamente, o interesse correspondente; tal objeção já esvaziaria a caracterização de direito como “interesse juridicamente protegido”. Por outro lado, dentro da perspectiva teórica por nós assumida, inegável ser o direito subjetivo uma categoria eficaz. A sua definição, assim, deve ser formulada atendendo ao que se acha no plano da eficácia dos fatos jurídicos (portanto já no mundo jurídico).

21. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 225-227.

22. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 231.

23. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 77.

24. Embora Carnelutti chegue a afirmar que o direito subjetivo seja um “poder conferido à vontade de uma pessoa para o prevalecimento de seu interesse”, também declara, categoricamente, que “todo direito subjetivo é um interesse protegido” (Cf. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 77). Portanto, como se observa, a despeito de haver o autor italiano inserido em sua conceituação o elemento *vontade*, não abandona a caracterização do direito subjetivo como “interesse juridicamente protegido”.

25. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 235.

3.2. Pretensão

Quando aqui falamos de pretensão, fazemos alusão a um *plus* em relação ao direito subjetivo: a exigibilidade. A todo direito exigível denomina-se pretensão. Nesse sentido, a pretensão consiste no poder, conferido ao respectivo titular, de exigir do obrigado a satisfação do seu direito, ou, nas palavras de Pontes de Miranda: “é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.²⁶

O significado atribuído à palavra “pretensão”, porém, não é unívoco. A doutrina processual, de um modo geral, tem conferido significação diversa ao termo. Carnelutti²⁷ a define como: “a exigência da subordinação de interesse alheio a um interesse próprio”. Para o processualista italiano, a palavra vem expressar um ato de vontade, praticado com o escopo de fazer prevalecer o interesse do titular. Por essa razão, para se ter pretensão, não seria necessário ter-se primeiramente o direito. A pretensão corresponderia a um ato e não a um poder; algo que o titular do interesse faz e não algo que tem.

Outros autores²⁸ também utilizam o termo “pretensão processual” para designar o produto do exercício da “ação” processual, em sentido semelhante ao de objeto do processo, sobre o qual recai a atividade dos sujeitos processuais.

O sentido do termo por nós utilizado neste trabalho, contudo, deriva do conceito primitivo germânico de pretensão (*anspruch*), introduzido na literatura jurídica por B. Windscheid²⁹.

Na perspectiva teórica assumida neste trabalho, pretensão é entendida como o “exigir”, conferido pela ordem jurídica, ao titular de um direito subjetivo. Logo, deixamos de adotar, o conceito formulado por Carnelutti e adotado por grande parte dos processualistas brasileiros e de outros países. Quando falarmos em pretensão, estaremos aludindo unicamente ao direito ao direito subjetivo dotado de exigibilidade³⁰.

26. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 451.

27. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, II, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 30-31.

28. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 132.

29. WINDSCHEID, Bernhard. *L'Actio del Diritto Civile Romano dal punto di vista del Diritto Odierno*, in *Polemica in Torno All'Actio*, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni, 1954, p. 08.

30. No texto, quando definimos pretensão, tínhamo-na em consideração como categoria do direito material. Não se deve supor, entretanto, que ela não esteja presente também no direito processual. Nesse sentido, e.g., tem-se: pretensão a recorrer de decisões, pretensão a obter vistas do processo, pretensão a produzir provas etc. Todas estas, verdadeiramente, pretensões prevista em normas processuais (que não se confundem com a “pretensão processual” no sentido acima referido).

3.3. Ação de direito material

Já afirmamos serem coextensivos os conceitos de direito, pretensão e ação. Com a pretensão, é possível ao titular de um direito exigir sua satisfação. Porém, se o direito não é satisfeito pelo obrigado, mesmo diante da exigência do sujeito ativo, surge para este a ação, como poder jurídico de impor, ainda que contra a vontade do sujeito passivo, a realização do direito subjetivo.

Assim, se sou titular de um direito subjetivo e *exijo* o cumprimento da obrigação correspectiva, estou a exercer minha *pretensão*; se o obrigado não a atende, surge para mim a *ação*, também como poder jurídico conferido para a satisfação do meu direito, mas podendo ir a ponto de *compelir* o sujeito passivo a satisfazê-lo. Ovídio Baptista da Silva bem soube ver a diferença entre ambas: “A distinção entre pretensão e ação de direito material está em que a pretensão - enquanto exigência - supõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir do próprio obrigado”.³¹

O Código Civil de 1916, em seu art. 75, declarava: “a todo direito corresponde a uma ação que o assegura”. Alguns autores³² chegaram a sustentar haver tal disposição legal consagrado a concepção civilística do “direito de ação”. Na verdade, porém, aquele dispositivo apenas consagrava a acionabilidade dos direitos e das pretensões, cuja regra, embora não esteja expressamente referida no texto do novo Código Civil, constitui uma decorrência necessária do próprio ordenamento jurídico, pois nada significaria consagrar-se direitos subjetivos, sem que os respectivos sujeitos passivos pudessem ser postos na condição satisfazê-los de forma compulsória.

Os doutrinadores que não trabalham com o conceito de ação de direito material foram levados ao equívoco de supor que o art. 75 do Código Civil de 1916 estivesse subordinando a existência do “direito de ação” (= direito de pedir a tutela jurídica estatal) à prévia existência de um direito subjetivo, concepção hoje já praticamente superada. Todavia, a ação referida naquele dispositivo era a ação de direito material. Houve, na verdade, acerto do legislador de 1916, que tratou a ação no seu devido lugar, isto é, no âmbito do direito material.

Não são pouco freqüentes os exemplos de utilização, pelo legislador, da palavra ação, que em diversas oportunidades tem aparecido em enunciados normativos

31. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 81.

32. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini, *verbete “ação”*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 172 e 176; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V.1. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 49, dentre outros.

com sentido próprio e específico de uma categoria pertencente ao direito material. O Código Civil, no seu art. 195 prevê: “Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente...”

Parece-nos evidente que utilização da palavra *ação* no citado dispositivo do Código Civil atual não visa a exprimir o chamado “direito de ação”, público e abstrato, muito menos a ação de direito processual. O termo alude à ação, no sentido do direito material, conferida em favor dos relativamente incapazes e das pessoas jurídicas, contra o assistente e o representante, respectivamente, nas hipóteses que menciona.

Do ponto de vista da linguagem descritiva da Ciência Jurídica, o que está dito no art. 195 do Código Civil poderia estar assim formulado: *Se o assistente do relativamente incapaz ou o representante da pessoa jurídica deixar prescrever as pretensões do assistido e/ou da pessoa jurídica apresentada, ou, ainda, deixar de alegar, oportunamente, a correspondente exceção de prescrição, a estes fica conferida a ação de direito material específica contra aqueles, para o fim de suprimir ou reparar as conseqüências da lesão a direito, verificada pela omissão do assistente do relativamente incapaz e/ou do representante da pessoa jurídica.*

Já a Lei Uniforme em matéria de letras de cambito e notas promissórias, no art. 70, estabelece: “Todas as ações contra ao aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento.” O dispositivo deixa claro que as *ações* nele mencionadas são exercidas contra o aceitante, não podendo assim ser equiparadas ao direito público subjetivo, dirigido contra o Estado, de pedir tutela jurídica, muito menos com qualquer “ação” processual, pois não há qualquer referência no texto a processo ou a procedimento.

O Código Civil, em seu art. 80, inciso I, prescreve:

“Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;”

Nesse dispositivo, o legislador não pôde disfarçar a vinculação entre os direitos reais imobiliários e as respectivas ações que o assegurem, considerando-os bem imóveis para os efeitos legais. É evidente que o termo *ações*, no texto, quer significar aquela categoria, ligada ao próprio direito real (portanto, no plano do direito material) destinada a assegurá-lo (“ações que o asseguram”).

Pode-se constatar, portanto, que a palavra *ação* nos dispositivos legais transcritos não pode ser interpretada como equivalente ao direito público e abstrato de invocar a jurisdição. Na verdade, a generalidade dos processualistas, ao descrever

a evolução histórica do “direito de ação”, passou a reputar superada e “substituída” a velha *ação* da concepção civilística, que equivale hoje, com reparos e ajustes, ao conceito de *ação de direito material*, pelo direito de pedir ao Estado a tutela jurídica, correspondente ao denominado *direito abstrato de ação*. Pertinente a esse respeito a observação de Ovídio Baptista da Silva³³: os processualistas procuraram monopolizar a categoria jurídica conhecida como *ação*, “como se aquela figura que fora de direito material tivesse simplesmente emigrado para o processo, deixando um vazio no lugar por ela antes ocupado.”

3.4. Direitos subjetivos desprovidos de ação

Se é certo que ação é o efeito jurídico específico que confere impositividade a um direito subjetivo, não podemos afirmar que todo direito, sem exceção, esteja garantido por uma ação.

O direito positivo nos dá alguns exemplos em que o sujeito ativo goza de uma particular posição jurídica de vantagem em relação ao outro sujeito com relação a determinado objeto, sem no entanto atribuir-lhe o poder jurídico de exigir (pretensão) e ou muito menos de impor (ação) a realização daquela prestação que satisfaz o direito subjetivo.

A esse tipo excepcional de direito subjetivo carecido de pretensão e ação, ou só de ação, costuma-se dar o nome de “direito mutilado” ou “obrigação natural”³⁴. Como exemplos dessa categoria, temos os negócios jurídicos não-proibidos de jogo e aposta, previstos no Código Civil, art. 814, que estabelece: “As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”. O credor de dívida de jogo não dispõe de pretensão, nem de ação para obter a quantia que lhe é devida. Não obstante, o direito subjetivo lhe é conferido, pois o pagamento espontâneo pelo devedor o satisfaz; o fato do Código enunciar a impossibilidade de se recobrar o que fora pago demonstra nitidamente que o credor foi posto em uma posição jurídica de vantagem relativamente à quantia decorrente do jogo, o que ratifica a existência de direito subjetivo (confirmando o caráter “devido” da prestação do devedor), porém sem exigibilidade e acionabilidade.

Há, entretanto, outras situações em que a ação, por alguma contingência, ainda não haja surgido para o titular, mas que não correspondem a casos de mutilação do

33. SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V.1, São Paulo: RT, 2000, p. 35.

34. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 40; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

direito subjetivo, mas sim de surgimento sucessivo de direitos, pretensões e ações (v.g. a dívida antes do vencimento; a obrigação tributária, antes de sua inscrição em dívida ativa; a dívida oriunda de duplicata mercantil antes do protesto etc.).

Vale ressaltar que os casos de direitos mutilados representam situação de excepcionalidade, pois de um modo geral todos os direitos subjetivos gozam do efeito próprio que lhe atribui a impositividade, sem o qual o respectivo titular, para tê-lo satisfeito, sempre haveria de aguardar o atendimento espontâneo do sujeito passivo.

4. OBJEÇÕES DOUTRINÁRIAS À TEORIA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

O conceito de ação de direito material, tal como acima proposto, tem sofrido certas vicissitudes no meio doutrinário. Como pudemos observar, a perspectiva da ação como uma categoria própria do direito material, ligada diretamente ao direito subjetivo, tem raiz histórica na chamada concepção civilística da ação.

No entanto, há uma diferença substancial entre as formulações dos “civilistas” e a concepção de ação de direito material nos termos em que sustentada pela doutrina contemporânea: para a teoria civilística e para a concepção romana de *actio*, a ação, embora umbilicalmente vinculada ao direito subjetivo, era exercida contra o juiz (ou pretor). Os civilistas (e muito menos os romanos), porém, não tinham em mente o direito de estar em juízo, ou mesmo a ação no sentido processual do termo³⁵. No pensamento de Pontes de Miranda, e dos que desenvolveram sua concepção, entretanto, a ação vincula unicamente os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica correspondente ao direito subjetivo. O direito de ir a juízo e invocar a proteção jurisdicional e o direito de utilizar as formas processuais positivadas pelo direito com essa finalidade seriam outras categorias, existentes ao lado da categoria chamada de ação de direito material. A esse respeito, oportuna a observação de Pontes de Miranda, comentando a célebre definição de *actio* do jurisconsulto romano Celso: “Na história do direito processual tal definição frenou, aqui e ali, o desenvolvimento deste por ter materializado a ação (direito material), como devera, e a pretensão à tutela jurídica e ação processual (o que constituía erro)”³⁶.

Nessa particular ligação da ação de direito material contemporânea com a ação dos antigos “civilistas”, pode-se encontrar uma explicação para o “esquecimento”

35. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*, São Paulo: RT, 1998, p. 166.

36. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 105-106.

da doutrina processual em sua generalidade, que, durante aproximadamente um século, depois de assentada em definitivo a autonomia da relação jurídica processual entre as partes e o juiz, simplesmente passou a tratar da ação de direito material como simples reminiscência histórica. Por isso, parece-nos escorreita a observação de Ovídio Baptista da Silva³⁷ quanto ao equívoco doutrinário de se supor que o monopólio da jurisdição houvesse despotencializado o direito subjetivo no plano do direito material e suprimido o poder jurídico conferido ao respectivo titular de agir para realizar seu direito, operando-se assim uma virtual substituição da ação material pela ação processual.

No século passado, sobretudo a partir da sua segunda metade, a ação de direito material foi trazida à tona por Pontes de Miranda. Sua concepção, num primeiro momento, não produziu eco no meio doutrinário, possivelmente porque a Ciência Jurídica Processual brasileira ainda sofria forte influência do pensamento de Liebman, sobretudo no tocante à teoria da ação, que passou a ter larga aceitação entre os processualistas do país, dentre eles o autor do anteprojeto de Código de Processo Civil de 1973, ainda vigor, Alfredo Buzaid.

No final do século XX, porém, a teoria da ação de direito material fora retomada, desenvolvida e acolhida por vários processualistas, Ovídio Baptista à frente. Já agora no início do século XXI, acenderam-se os debates em torno da teoria da ação de direito material, com o surgimento de respeitáveis trabalhos doutrinários, que a puseram em xeque.

Traçado esse breve panorama, passaremos a analisar as concepções que hoje têm fustigado a teoria da ação de direito material, para ao final apresentarmos conclusão a respeito da controvérsia.

4.1. A posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira parte de uma concepção do direito como “entidade prática”. A partir dessa premissa, e propondo uma visão do Direito Processual em torno do paradigma de efetividade, manifesta críticas à concepção de Pontes de Miranda a respeito do dualismo: ação de direito material/ação de direito processual, argumentando que os conceitos de pretensão e ação de direito material somente poderiam se prestar ao plano do direito material, mas não ao plano do direito processual, “que é o reino da incerteza e da dúvida”³⁸.

37. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*, São Paulo: RT, 1998, p. 168.

38. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 83/95.

Um dos erros atribuídos por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a Pontes de Miranda seria o de colocar no direito subjetivo e, portanto, no direito material, a coercibilidade estatal, pois embora o direito subjetivo de fato revele essa potencialidade isso se ligaria ao direito público, no âmbito jurisdicional. O resultado de um processo judicial projetaria seus efeitos perante as partes em decorrência da soberania do Estado-juiz e não por virtude de uma norma de direito privado. O direito material, para o prof. Carlos Alberto, seria tão só “norma de resolução”, a determinar para o juiz o conteúdo da sentença de mérito³⁹.

Outro ponto alvo de ataque é a afirmação, feita por Pontes de Miranda, de que a ação de direito material é exercida em conjunto com a “ação” de direito processual, pois para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não seria possível falar-se em direito, e muito menos em ação de direito material, antes do contraditório, de modo que essa ação somente poderia ser averiguada após o processo, com o trânsito em julgado da sentença. O litigante, ao propor uma demanda, não exerceria a ação (de direito material) mas apenas afirmaria a existência de um direito e a sua lesão, pedindo a tutela jurisdicional adequada. Além do mais, a ação, uma vez sendo a demanda julgada procedente, passaria a se confundir com o resultado do processo. Por isso, pondera que no plano da realização do direito material, o conceito de ação de direito material constituiria “um desnecessário desdobramento do conceito de ação processual”⁴⁰.

Crítica também a asserção de que ação de direito material, porque elemento integrante do direito subjetivo, seria dirigida contra o adversário, ao passo que a ação processual seria dirigida ao Estado, pois, no seu entender, o demandante, ao pedir a tutela jurídica, nada pede ao réu mas sim ao órgão judicial, porquanto aquilo que o demandante pede “não lhe pode ser concedido pelo demandado, mesmo que por este querido”⁴¹.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴² também nega, no direito brasileiro, a admissão de uma ação também no plano do direito material, que implicaria a eliminação da distinção entre direito material e direito processual, pois, no seu entender, não se conceberia que uma norma jurídica tipicamente material contivesse em si mesma o instrumento de sua realização judicial:

39. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 99-100.

40. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 101-103.

41. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 104.

42. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Problema da Eficácia das Sentenças*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 47 e 50.

Ao inserir a ação no plano do direito material, tal modo de visualizar o problema deixa obviamente de levar em conta a necessária separação entre os planos do direito material e processual.[...]

A idéia de uma norma de conduta que contenha dentro de si o mecanismo de sua própria realização judicial, acaso violada, de modo nenhum se afina com o ordenamento jurídico brasileiro que distingue claramente o plano do direito material e o plano do direito processual. É como admitir uma norma de primeiro grau que fosse ao mesmo tempo norma de segundo grau.

Após enfatizar que com a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição, de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo, deve ser ressaltado um nexó teleológico entre o agir em juízo e a tutela do direito afirmado, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴³ arremata:

Essa mudança de perspectiva não permite mais referência à ação como tal – nem à demanda ou à exceção em si, “instrumentos” tecnicamente neutros – mas sim aos tipos de pronunciamento de tutela, que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo.

4.2. A posição de Guilherme Rizzo Amaral

Depois da primeira investida de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira contra a teoria da ação de direito material, outros processualistas também passaram manifestar adesão àquelas objeções. Um deles foi Guilherme Rizzo Amaral, que questiona uma afirmativa de Pontes de Miranda, segundo a qual a ação processual seria *plus* que se juntaria à ação de direito material, o que acarretaria a dependência da primeira em relação à segunda. Essa tese, no se entender, traria de volta a doutrina Wach ou ainda a de Savigny. Para ele, Pontes de Miranda para ser coerente deveria sustentar que a *afirmação* da existência da ação de direito material é que seria um *plus* juntado à ação processual⁴⁴.

Nega também a possibilidade de se equiparar a ação de direito material exercida pelo particular com o agir do juiz, pois o magistrado não agiria tal qual o particular se não houvesse a proibição da autotutela, pois se trata de atuações em níveis completamente distintos. A declaração judicial em uma sentença de mérito produz os efeitos de imutabilidade, sendo que nenhum particular poderia produzir idênticos efeitos⁴⁵.

43. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 109.

44. AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 120.

45. AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

Conclui ponderando que a vedação de autotutela implicou a extinção da ação de direito material, que somente subsiste no ordenamento jurídico quando inexistente tal óbice, isto é, quando é dado ao particular tutelar seu próprio direito nas raras hipóteses ainda admitidas⁴⁶.

4.3. A posição de Gabriel Pintaúde

Gabriel Pintaúde também aderiu, recentemente, às críticas formuladas principalmente por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira à teoria da ação de direito material, exaltando o novo paradigma do processo preconizado por este último jurista, denominado “formalismo-valorativo”, baseado no culturalismo, no constitucionalismo e na efetiva tomada de posição a respeito do escopo precípua do processo: a realização da justiça material no caso concreto e a efetividade do direito material⁴⁷.

Lançado em tais premissas, afirma que o ponto de vista para analisar o relacionamento entre direito material e direito processual deve ser o da hermenêutica contemporânea, ressaltando a ineliminável constitutividade judicial na construção do direito, a impor temperamentos na concepção de que tudo pudesse estar previamente regulado no direito material “e à jurisdição coubesse apenas uma função declarativa”⁴⁸.

Para ele, a ação de direito material não existe no processo civil e ela não ingressa no plano processual. O que se projetaria para o processo seria tão somente “a afirmação do direito contida na *causa petendi*”; não poderia haver ação de direito material no interior do processo pois “quem afirma não age, e quem age não afirma. Ou se afirma, ou se age”⁴⁹. Segundo Pintaúde seria paradoxal pôr a ação de direito material como liame entre o direito material e o direito processual, pois nos casos de improcedência do pedido seria inexplicável dizer-se que o demandante exercera a ação sem tê-la.

O conceito de ação de direito material viria a ser prejudicial ao processo, pois seria ínsita em sua construção um elevado *quantum* privatístico, tornando assim o

46. AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 127.

47. PINTAÚDE, Gabriel. *Tutela Jurisdicional (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flavio Luiz Yarshell)*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 255.

48. PINTAÚDE, Gabriel. *Tutela Jurisdicional (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flavio Luiz Yarshell)*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 258.

49. PINTAÚDE, Gabriel. *Tutela Jurisdicional (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flavio Luiz Yarshell)*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 268-269.

processo como algo privado das partes. Na teoria de Pontes de Miranda, segundo Pintaúde, estaria subjacente a idéia de que a força condutora da realizabilidade dos direitos estaria no direito privado e não no direito constitucional conforme as exigências contemporâneas.

4.4. A posição de Hermes Zaneti Junior

Hermes Zaneti Junior defende posição bastante particular a respeito dessa nova polêmica instaurada recentemente sobre o conceito e sobre a função da ação de direito material, principalmente para a explicação das relações existentes entre direito processual e direito material.

Segundo ele, o processo sempre devolve algo diverso do afirmado em uma demanda judicial, algo que também é diverso da norma expressa no direito material positivado. Entre o processo e o direito material ocorreria uma relação circular: o processo serve ao direito material mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele. O processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa, um direito material novo. Nesse relacionamento é que está apoiada a chamada “teoria circular dos planos”, por ele defendida com apoio em Carnelutti⁵⁰.

Hermes Zaneti admite a existência da ação de direito material nos casos em que o ordenamento jurídico ainda tolera a autotutela, por isso não seria acertado sustentar a insubsistência dessa categoria. Entretanto, afirmar-se a sua “essencialidade” seria um limite excessivo para a realização de novos direitos nos quais as circunstâncias fáticas não desencadeariam, automaticamente, a incidência, que dependeria da laboriosa construção do juiz, como nos casos dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais que precisam ser “preenchidos” no caso concreto. Por essas hipóteses, afasta ele a possibilidade de uma ação de direito material anterior ao processo a ser exercida em conjunto com a ação processual⁵¹.

Para Hermes Zaneti⁵², o direito material quando levado a juízo se torna uma expectativa, se volatiliza toda a certeza que eventualmente tem seu requerente ou mesmo a que lhe parece oferecer o ordenamento jurídico material.

Sugere então uma redefinição dos planos do direito, fazendo-se uma depuração do que se entende por direito material e por direito processual, para verificar se a

50. ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167.

51. ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 180.

52. ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181.

solução seria acentuar a dicotomia, reduzir os dois planos ao monismo, ou propor “momentos de atuação”, ora atuando o direito por meio da norma material, ora atuando o direito por debate judicial, que, na teoria circular dos planos por ele sustentada, leva em consideração a norma afirmada, desconsiderando sua veracidade e incidência fora e antes do processo. Nessa perspectiva, o processo criaria a própria norma de direito material em uma metodologia tópica.

4.5. Apreciação conclusiva

Inicialmente deve ser posta em evidência a diversidade de perspectivas teóricas que influenciam os pensamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Pontes de Miranda. O professor Carlos Alberto deixa manifesta sua opção por uma compreensão do processo civil como “entidade prática”. Pontes, ao contrário, não propõe uma redução do fenômeno jurídico às suas manifestações práticas.

A objeção de que os conceitos de pretensão e de ação de direito material somente serviriam ao plano do direito material não constitui, até certo ponto, um ponto de discórdia entre os autores: Pontes de Miranda sempre deixou claro em seu pensamento que o conceito de ação de direito material não se situa no plano do direito processual, mas sim no direito material e é nesse âmbito que há de ser estudado, como vimos aqui sustentando. Isso, contudo, não deve ser posto como motivo para que se sustente a imprestabilidade do conceito no âmbito do processo, que seria “o reino da incerteza e da dúvida”. Tudo (não apenas as ações) que se leva ao processo se contingente, mas isso não representa razão bastante para se relegar o estudo de várias categorias de direito material que, ao ingressarem no seio de uma querela judicial, sempre ganharão o timbre da incerteza. Quando se parte da premissa segundo a qual o processo tem por escopo realizar o direito material, consegue-se perceber como é útil para a Ciência trabalhar com categorias, que, a despeito de situadas no direito substancial, representam a interseção direito processual/material.

A visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira termina por reduzir, embora ele o negue, o fenômeno jurídico àquilo que for objeto do crivo judicial (daí porque a ação de direito material surgida antes do processo para ele seria inútil). Oportuna a esse respeito a objeção manifestada por Dinamarco⁵³ às teorias monistas que propugnam a limitação do fenômeno jurídico às realidades processuais:

É da experiência comum a constituição e extinção de direitos, em número indefinido de casos, e correspondendo à normalidade da vida do direito, sem qualquer

53. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 234-237.

interseção jurisdicional. [...]

É ilusória a idéia de que os direitos só são efetivos quando afirmados e impostos por via do processo, não passando de mera promessa antes disso. Essa postura expressa, no fundo, as angústias e incertezas caracterizadoras do estado de insatisfação que antecede e motiva os pronunciamentos jurisdicionais; parte portanto de dados sociológicos e não jurídicos[...]

No nosso modo de ver, a crítica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no sentido de que Pontes de Miranda haveria pretendido transpor para o terreno do direito material a coercibilidade estatal, fenômeno próprio da função jurisdicional, situada no direito público, resultou de uma incompreensão da teoria ponteana. Na verdade, não há o que se falar em assimilação de ação com coação. Se é certo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira tem razão ao afirmar que a coercibilidade é uma potencialidade ligada não ao direito subjetivo material da parte, mas sim ao próprio atuar do órgão estatal encarregado de exercer a jurisdição, não se poderia pensar que Pontes de Miranda houvesse sustentado o contrário⁵⁴.

A asserção de que o direito material representa a norma de resolução a determinar o conteúdo da sentença de mérito também não se confronta com a teoria da ação de direito material, antes confirma que o escopo do processo é a realização do direito material. No entanto, é preciso ter-se em mente que o juiz é levado a julgar procedente ou improcedente uma demanda pela verificação da existência ou não do direito, da pretensão e/ou ação (de direito material) de quem alega possuí-los. Nesse particular, o estudo da ação (material) se apresenta útil para o processo, já que a sua presença ou não determinará a sorte da disputa judicial.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também rejeita a afirmativa de que a ação (direito material) se exerceria através da “ação” (processual), pois não seria possível falar em direito antes do contraditório e a ação somente poderia ser averiguada com o trânsito em julgado da sentença, quando então passaria a mero desdobramento da ação processual. Contudo, ao afirmar que não haveria direito antes do contraditório e da sentença, reduz a praticamente nada o direito material; se o fato de apenas se ter certeza sobre a existência da ação com o trânsito em julgado da sentença constituísse algum óbice para o seu estudo e para o seu trato científico como uma categoria autônoma, também todas as

54. As ações (de direito material) declaratórias e constitutivas bem demonstram que Pontes de Miranda jamais chegou a assimilar ação com a coerção estatal. Aliás, ação, como categoria eficaz, independe da jurisdição. Pode-se ter ação, sem se exercê-la em juízo, ou tê-la e exercê-la extrajudicialmente.

outras categorias próprias do direito material (direitos fundamentais, direitos reais, propriedade, posse, contratos etc.), por se submeterem à mesma vicissitude, seriam (segundo se infere do seu pensamento) totalmente desprezíveis. Oportuna a crítica feita a tal tese, disparada em tom de interrogação por Fábio Cardoso Machado⁵⁵:

Como poderia o processo ser um instrumento a serviço do direito material se a própria existência de qualquer direito dependesse de sua constituição por ato do juiz que o fizesse existente? das duas uma: ou antes do contraditório já há direitos que se devam satisfazer, e as ações que se devam realizar para tanto, ou o direito material é mesmo uma ilusão de ótica que sugere uma realidade projetada pela realidade processual, mas que na verdade não existe.

Já a opinião de que a ação (material), como elemento integrante do direito subjetivo, não poderia teoricamente ser concebida como dirigida contra o adversário, mas somente contra o Estado, pois quando se pede a tutela jurídica nada seria pedido ao demandado, parece-nos pouco convincente. Ora, a ação, ingressando no processo ou não, não é pedido, mas poder jurídico conferido ao titular para impor a satisfação de seu direito. Como não lhe é possível fazê-lo por ato próprio, vai-se ao Estado-juiz, “afirmando-se” titular de direito, pretensão e ação, para o órgão estatal assim o poder realizar. Não aceitamos, também, a hipótese de que o adversário, mesmo no processo, não pode satisfazer o direito do demandante. Se, v.g., *A*, propõe a ação de reintegração de posse contra *B*, que, durante o processo, restitui a coisa espoliada, tem-se a realização, por ato próprio do adversário, do direito subjetivo invocado perante o Estado-juiz.

Quando Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que a admissão da ação de direito material acarretaria a eliminação da distinção entre direito processual e direito material, pois na norma jurídica primária (que conteria a ação material) estaria contida em si mesma a garantia de sua realização judicial, acabou por fundir, ele mesmo, os dois planos diversos do direito material e processual.

A norma que contém a ação de direito material, na perspectiva teórica aqui assumida, não contém o instrumento de sua realização em juízo. É preciso reafirmar que o conceito de ação de material não pode ser analisado como algo que surge e se realiza necessariamente no processo; é fenômeno do direito material. Sustentar que a ação teria a propriedade de se auto-realizar judicialmente seria algo dificilmente sustentável – que, diga-se de passagem –, Pontes de Miranda não sustentou. Essa tese representaria um retorno à chamada “teoria concreta da

55. MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 150.

ação”, que reduzia o direito à jurisdição a um direito à obtenção de um provimento judicial favorável, concepção fustigada com ênfase pelo jurista alagoano.

Oportuna a observação registrada por Ovídio Baptista a respeito do “agir” do juiz, no processo, em substituição à atuação da própria parte no exercício da ação de direito material: “Se admitimos que o juiz deve ‘agir’ depois da sentença, devemos admitir também que esse ‘agir’ seja idêntico ao agir privado.”⁵⁶

No que diz respeito ao questionamento de Guilherme Rizzo Amaral a respeito da afirmativa de Pontes de Miranda, segundo a qual a “ação” processual seria um *plus* que se juntaria à ação de direito material – o que o traria à tese concretista de Wach -, percebe-se mais uma nítida falta de compreensão da teoria da ação de direito material. Pontes, no contexto de sua obra, não sustenta a tese de que a “ação” processual seria dependente da existência da ação de direito material. Com razão Mitidiero⁵⁷, ao asseverar: “de modo nenhum se pode aceitar que se afirme categoricamente que a ‘ação’ processual depende, para sua existência, da verificação da ação de direito material, porque é um dado incontestável entre os defensores da teoria dualista da ação a abstração da ‘ação’ processual”.

Ademais, no excerto a seguir transcrito, Pontes infirma por completo a suposição de Rizzo: “o remédio jurídico processual é conferido a quem quer que se ache em situação de propô-lo, variando apenas os pressupostos de legitimação ativa e passiva. O que dele se utiliza por ter ou não ter ação”⁵⁸.

Ao sustentar que a ação de direito material não poderia se equiparar aos atos de ofício praticados pelo juiz (crítica à asserção de Ovídio Baptista da Silva, segundo a qual o juiz exerceria a ação de direito material, em substituição ao titular), Guilherme Rizzo deixou de observar que a ação de direito material não se converte em ação processual ao ingressar no processo. Os atos praticados pelo juiz em função de seu ofício, ao julgar procedente uma demanda, pressupõem o reconhecimento da existência da ação de direito material. O juiz, v.g., ao “declarar”, “condenar”, ou “executar”, age, no lugar do titular do direito, reconhecendo, porém, no processo, a existência da ação (material) declarativa, condenatória ou executiva, conforme o caso. Não há que se falar, portanto, em equiparação de planos. Nem se há de pensar que os atos processuais desenvolvidos pelo juiz no

56. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 66.

57. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material - “Ação” Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 132.

58. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 108.

curso de processo antes da sentença representam o agir em substituição à ação do titular do direito subjetivo. A realização da ação de direito material reconhecida em juízo é que se dá por ato do juiz em substituição ao que seria praticado pelo titular do direito.

Quanto à posição defendida por Gabriel Pintaúde, segundo a qual a finalidade maior do processo seria a realização da justiça material no caso concreto e a efetividade do direito material ponderando pela necessidade de se analisar as relações entre direito material e direito processual à luz da hermenêutica contemporânea, exaltando a constitutividade na criação judicial do direito”, algumas reservas não de ser feitas. Primeiro, quanto ao sistema de referência: Pontes de Miranda partiu de premissas teóricas diversas para defender sua hipótese de trabalho; logo, objeções formuladas por autores que constroem um raciocínio a partir de outras premissas não podem servir como parâmetro de cotejo.

Ademais, a chamada “constitutividade” judicial, por considerar o processo com a particularidade de transformar e criar, de forma autônoma e sem qualquer vinculação com o direito material, as realidades jurídicas, acaba por romper (embora Gabriel Pintaúde não o admita expressamente) com a dicotomia: direito material/direito processual, pois, em tal perspectiva teórica, tudo passa a ser criação do processo. Conseqüentemente, a ação de direito material (assim como as demais categorias oriundas do direito material), antes do processo, nada significariam.

Para ele, o que ingressaria no processo seria a “afirmação” da ação de direito material, que de modo nenhum poderia ser equiparada a um agir, pois “quem afirma não age, e quem age não afirma”. Já assentamos, entretanto, que ação de direito material – e aqui divergimos de Ovídio Baptista da Silva –, não constitui um agir, mas um poder jurídico atribuído ao titular de um direito subjetivo. Quando se vai a juízo, “afirmando-se” ser titular de um direito, pretensão e ação, manifesta-se vontade perante o órgão judicial para que o seu direito, potencializado pelo *plus* que lhe é atribuído pelo direito material, seja satisfeito, valendo ressaltar que o sujeito passivo desse direito – o titular do dever correspondente –, é o demandado. Portanto, não há inconsistência em se pensar que o exercício desse poder a que chamamos *ação* seja feito mediante uma manifestação de vontade perante o órgão judicial.

Gabriel Pintaúde também considera paradoxal a afirmativa de que a ação (material) fora exercida em juízo nos casos de sentença de improcedência. Todavia, não se pode supor que Pontes de Miranda haja defendido que todo ato de se ingressar em juízo constitua exercício da ação de direito material. Quando se propõe uma demanda, exerce-se o direito à jurisdição através da “ação” processual,

independente de ter-se ou não a ação de direito material. A sentença de improcedência declara que o demandante não tinha ação que alegara, algo absolutamente normal na teoria ponteana que não pressupõe, como se imaginou, a existência da ação (material) para o exercício da “ação” processual.

Já o ponto de vista de Hermes Zaneti não pode ser oposto ao pensamento de Pontes de Miranda em torno da ação de direito material, pois aquele jurista trabalha com a hipótese da chamada “teoria circular dos planos”, que não é considerada na teoria ponteana.

Cabem, porém, algumas considerações a respeito das afirmativas feitas por Zaneti; a primeira delas diz respeito à impossibilidade de se tomar a ação de direito material com a nota da “essencialidade”, principalmente em face dos “novos direitos” dependentes de laboriosa construção judicial, nos casos dos princípios e das cláusulas gerais que precisariam ser preenchidos no caso concreto.

Tivemos o ensejo de demonstrar que ação de direito material não teria a nota da “essencialidade”, nem mesmo no plano do direito material, pois existem hipóteses excepcionais de direitos subjetivos sem ação (v.g. direitos mutilados). Por outro lado, Pontes de Miranda jamais chegou a afirmar que a ação de direito material seria algo inerente ao processo, isto é, que toda “ação” processual precisasse conter uma ação (material). No âmbito da jurisdição constitucional exercida através dos chamados “processos objetivos”, têm-se “ações” processuais (v.g. ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade) sem haver relação imediata com algum direito subjetivo e muito menos com alguma ação de direito material.

Por isso, a teoria da ação de direito material também não se revela incompatível com a concepção dos “novos direitos”, produto direto da criação judicial. Se o direito subjetivo, nesses casos apontados por Zaneti, é resultado da decisão judicial, é porque se trata de decisão constitutiva positiva (a relação jurídica não existia antes do processo, como querem Zaneti e Rizzo, mas foi resultado da sentença), em nenhum momento ignorada pela teoria ponteana. Se a relação jurídica, nesta hipótese, é criação da sentença, então nos seria lícito afirmar, sem fugir de nossas premissas teóricas, que, após a decisão judicial, surgiram, no contexto da relação jurídica então originada, o direito subjetivo, a pretensão e ação de direito material.

Portanto, todas as objeções manifestadas contra a concepção de ação de direito material, quando não foram fruto de má compreensão do pensamento de Pontes de Miranda, não se revelaram capazes de justificar a sua imprestabilidade, ou a sua incorreção teórica.

5. A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E A “PRETENSÃO À TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS”

Há também concepções que, sem negar a existência da ação de direito material como categoria jurídica, e sem relegar sua utilidade científica, propõem a utilização, em seu lugar, do conceito de “pretensão à tutela jurisdicional dos direitos”, relacionado com as formas de tutela do direito material e, em última análise, com o próprio direito subjetivo situado nesse plano.

Segundo tal concepção, desenvolvida por Marinoni⁵⁹, a titularidade de um direito subjetivo está condicionada à existência de uma forma de tutela adequada à sua proteção. Mas ao lado das *formas de tutelas dos direitos* (v.g. tutela inibitória, ressarcitória etc.), situadas ainda no plano do direito material, há as *técnicas processuais* (v.g. sentença mandamental etc.) destinadas a dar efetivação as formas de tutela prometidas pelo direito material. Para que o sujeito obtenha uma forma de tutela é necessário exercer o chamado “direito de ação” (leia-se direito à jurisdição). Quando o demandante apresenta o pedido, formula sua *pretensão à tutela jurisdicional do direito*, solicitando a sentença capaz de prestá-la. O “direito de ação”, abstrato, se concretiza a partir da tutela jurisdicional objeto do pedido.

Pelo que se observou, é nítida a aproximação das categorias de ação de direito material e de forma de tutela dos direitos: ambas estão no plano do direito material e ambas descrevem realidades destinadas a dar proteção a um direito subjetivo. Assim, v.g., diante do art. 12 do Código Civil⁶⁰, diz-se, na perspectiva teórica engendrada por Marinoni, que o direito de personalidade possui as tutelas inibitória e ressarcitória como formas de sua proteção; na perspectiva de Pontes de Miranda, diz-se haver ações de indenização e inibitória para reparar e evitar a violação aos direitos da personalidade.

No plano jurisdicional, porém, as formas de tutela se converteriam em pretensão à tutela jurisdicional do direito que, para Marinoni, por ter o Estado como devedor, e por ser apta a abranger a tutela dos direitos difusos, seria preferível à categoria de ação de direito material.

Entretanto, a categoria de pretensão à tutela jurisdicional do direito conduz a um direito ao provimento judicial favorável. Concepções similares já mereceram a crítica dos autores em geral, pois o demandante não pode exigir que o Estado

59. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 214.

60. “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

julgue em favor de seu pedido. O Estado-juiz, com a vedação da autotutela, não prometeu julgamentos favoráveis. Também não vemos problemas em ter a ação de direito material como instrumento de realização dos direitos difusos (v.g. direito ao meio ambiente sadio). Quando o Ministério Público propõe “ação” civil pública visando obter reflorestamento de área desmatada, e obtém, efetivamente, o provimento judicial solicitado (a obrigação de fazer é adimplida pelo infrator), tem-se a satisfação do direito difuso de toda a coletividade. A ação (direito material) para impor o reflorestamento foi exercida através da “ação” civil pública e os direitos difusos que haviam sido lesados foram satisfeitos.

Não há, portanto, vantagens teóricas ou práticas que porventura justificassem a adoção do conceito de pretensão à tutela jurisdicional dos direitos (com o inconveniente de ter que fazer alusão ao direito a julgamento favorável) no lugar do conceito da ação de direito material.

6. A TRAJETÓRIA DAS AÇÕES NA FENOMENOLOGIA DO DIREITO

São pressupostos para a ação como efeito jurídico do direito subjetivo: *i)* a norma jurídica, em cujo conseqüente estará a previsão abstrata da relação jurídica e, assim, da ação coextensiva ao direito subjetivo; *ii)* a incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático, quando concretizados no plano dos fatos seus elementos; *iii)* a irradiação da eficácia jurídica, quando então se poderá cogitar da existência da ação.

Tais etapas em seu conjunto podem ser classificadas como sendo a fenomenologia do direito, pois representam os momentos distintos em que se desenvolve, no mundo jurídico, o fenômeno da juridicidade.

Ocorre que a ação, como categoria inserida no plano da eficácia dos fatos jurídicos, tem uma trajetória própria no mundo jurídico. Como afirma Pontes de Miranda: “A ação existe durante todo o tempo que medeia desde o nascer e o precluir; ou outro modo de se extinguir”⁶¹.

Forte em tal proposição, julgamos adequado buscar sistematizar uma descrição da trajetória percorrida pelas ações no mundo jurídico, fixando o átimo de seu nascimento, analisando as vicissitudes a que está sujeita durante a sua existência, e investigando as causas de sua extinção.

A justificativa dessa abordagem se dá pelo fato de que o próprio Pontes de Miranda – a despeito de enfatizar que as ações existem a partir do seu nasci-

61. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 481.

mento até a sua extinção -, não teve uma preocupação específica de sistematizar essa matéria, muito embora no contexto geral de sua obra possam ser colhidos, esparsamente, alguns elementos necessários à descrição da trajetória das ações no mundo jurídico.

Por outro lado, a análise da trajetória das ações permite a obtenção de uma noção abrangente de tal categoria, favorecendo o estudo de suas relações com outras categorias jurídicas eficaciais, como o direito subjetivo e a exceção.

6.1. Nascimento das ações

De ordinário, a ação de direito material surge sempre após o descumprimento de uma obrigação pelo sujeito passivo: quando não há, voluntariamente, por parte do devedor, o atendimento à pretensão exercida pelo sujeito ativo da relação jurídica. No entanto, situações⁶² há em que nasce a ação para o respectivo titular, independentemente de qualquer inadimplemento do obrigado, de forma que o desatendimento ao direito subjetivo ou à pretensão não pode ser considerado como requisito necessário ao surgimento da ação, embora na maioria das situações assim o seja.

No campo do direito das obrigações, pode-se ver com nitidez a segregação feita pelo próprio direito positivo das três categorias eficaciais em três momentos distintos: 1º) se o titular do direito subjetivo tem um crédito ainda não vencido e o devedor paga, há a satisfação voluntária do direito, antes mesmo de nascer a ação; 2º) vencida e não paga a dívida, surge para o credor o poder de exigir (=pretensão) a quantia devida pelo devedor; 3º) se, mesmo em face da exigência, o devedor não a atende, surge para o credor, agora, a ação de direito material, para compelir o sujeito passivo a adimplir a obrigação.

Fenômeno semelhante se dá com a ação destinada à satisfação de crédito tributário. Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (CTN, art. 150), a própria legislação fixa o termo após o qual o tributo se torna exigível, isto é, a partir de quando surgirá a pretensão do sujeito ativo e a obrigação do sujeito passivo; uma vez não adimplida a prestação e após a formalização do processo de inscrição do débito em dívida ativa (CTN, art. 201), surge para o fisco a ação para a cobrança do crédito (CPC, art. 585, VI). Nos tributos sujeitos a lançamento de ofício (CTN, art. 149), ou lançamento por declaração (CTN, art. 147), a

62. No caso da ação de usucapião, v.g., basta a concretização de todos os elementos do seu suporte fático em qualquer de suas modalidades existentes (extraordinária, ordinária especial etc.) para surgir em favor do possuidor, no mesmo átimo, o direito, a pretensão e a chamada ação (de direito material) de usucapião para se ter declarada a aquisição originária do domínio.

pretensão do fisco surge após o término do prazo da notificação do lançamento. Não pago o tributo e ultimado o processo de inscrição do débito na dívida ativa, surgirá a ação.

Nos casos de violação a direitos reais, entretanto, verifica-se o surgimento imediato, no mesmo átimo, da pretensão e da ação. Tomando-se como referência a relação jurídica de propriedade, podemos observar que, do lado ativo, está o proprietário com o seu direito de domínio e a pretensão à abstenção do *alter* (pretensão *erga omnes* a que toda a comunidade se abstenha de praticar ato que impeça o exercício dos poderes que integram o direito de propriedade). Quando qualquer pessoa da comunidade viola o direito de propriedade (Código Civil, art. 1.228) e se apodera da coisa alheia, surge, no mesmo instante, para o proprietário, o direito, a pretensão e a ação para vindicar a coisa (ação de reivindicação) do espoliador.

De maneira semelhante ocorre, v.g., com as ações constitutivas negativas de anulação de negócios jurídicos por erro (Código Civil, art. 138): do ato jurídico (*lato sensu*) anulável já surgem, instantaneamente, para os interessados, o direito, a pretensão e a ação para se decretar a anulabilidade do ato.

Nos casos acima referidos, em que direito, pretensão e ação surgem no mesmo momento, tem-se a chamada eficácia jurídica instantânea; já nas situações em que esses efeitos surgem no mundo jurídico em momentos diferentes, tem-se a eficácia jurídica sucessiva⁶³.

É necessário não perder de vista, porém, que, mesmo nos casos de eficácia jurídica sucessiva, os efeitos que, paulatinamente, vão completando o conteúdo eficaz de uma dada relação jurídica hão de ter como causa algum fato jurídico. Isso se justifica pela relação necessária de causalidade jurídica existente entre o fato jurídico e seus efeitos jurídicos, que representa uma das premissas básicas do pensamento de Pontes de Miranda⁶⁴ a respeito da teoria da eficácia jurídica; para ele sempre a eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico. Logo, nos casos acima referidos de eficácia sucessiva, temos: *i*) o nascimento da ação na situação de direito de crédito com o ato-fato jurídico ilícito que corresponde ao inadimplemento; *ii*) o nascimento da ação executiva do crédito tributário com o fato do não pagamento da obrigação tributária no seu vencimento somado ao fato do encerramento do processo administrativo de inscrição do crédito em dívida ativa; *iii*) o nascimento da ação reivindicatória no momento em que o direito de propriedade e a pretensão à abstenção são violados.

63. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

64. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsó, 1955, p. 03.

Do que se expôs já nos é lícito afirmar, de forma categórica, que toda ação, independentemente de se tratar de eficácia jurídica instantânea ou de eficácia sucessiva, somente nascerá para o respectivo titular após o surgimento de algum fato jurídico, que sempre funcionará como sua causa (relação de causalidade jurídica).

6.2. Vicissitudes a que se sujeitam as ações

Muitas vezes as ações surgem no mundo jurídico e antes de serem extintas ficam expostas a certas situações que afetam os seus efeitos. Por vicissitudes, queremos assim nos reportar aos eventos que ocorrem na vida das ações, afetando decisivamente a situação jurídica de seu titular, embora não cheguem ao ponto de excluí-las do mundo jurídico.

As vicissitudes a que em geral se sujeitam as ações são as exceções. Há uma relação entre ação e exceção; a segunda interfere na vida da primeira, porém sem afetar-lhe a existência. Buscaremos, por isso, a partir de agora, conceituar a exceção para em seguida descrever o relacionamento existente entre as duas categorias.

6.2.1. A relação ação/exceção

A exemplo do que se verificou com a utilização ambígua da palavra “ação”, o uso do termo “exceção” também tem sido feito de maneira variada em textos jurídicos, legais e doutrinários. No art. 112 do CPC, *v.g.*, está dito: “Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa”. Já o Código Civil, em seu art. 190, dispõe: “A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.”

É nitidamente perceptível que a palavra “exceção” aparece no art. 112 do CPC e no art. 190 do Código Civil em sentidos diferentes: no primeiro caso, quer significar o veículo por meio do qual é possível argüir-se a incompetência relativa do juiz para processar uma demanda; no segundo caso, está subjacente a idéia de algo que se opõe à pretensão de direito material. Mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, no qual a exceção, como categoria, não estava disciplinada de maneira explícita como no Código Civil em vigor, Pontes de Miranda já relacionava a ação de direito material à exceção no plano do direito material e a “ação” processual à exceção de direito processual: “Assim como há ação de direito material, e a ‘ação’ (direito processual), há a exceção de direito material e a exceção de direito processual”⁶⁵.

65. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 05. Com razão também Didier Jr., ao separar com clareza a exceção como instituto do direito material da exceção no plano proces-

Já na doutrina processualista não é raro utilizar-se a palavra “exceção” no sentido genérico de defesa, dividindo-a em exceção processual, quando dirigida à admissibilidade do processo, e exceção substancial, subdividida em direta, quando se volta contra o próprio fundamento do pedido, e indireta quando se verte em fatos (modificativos, extintivos ou impeditivos) que não elidem o fundamento do pedido⁶⁶.

Para nossa investigação interessa primordialmente o tratamento da exceção no plano do direito material, já que temos por escopo, por hora, analisar o relacionamento entre ela e a ação de direito material. As exceções no sentido processual, por não terem nenhuma ligação com o conceito de ação, ficam por isso em segundo plano, embora seu estudo seja de relevo no âmbito do Direito Processual.

Por *exceção* entendemos o direito atribuído ao sujeito passivo de uma dada relação jurídica de opor-se ao direito, pretensão e ação do sujeito ativo, encobrendo seus efeitos⁶⁷. Como se pode observar, a exceção diz respeito à eficácia do direito, da pretensão ou da ação que ela excetua; não se dirige contra o fato jurídico nem contra sua eficácia⁶⁸. Não se pode confundir exceção com ineficácia, pois ela, ao ser exercida, não nega, nem exclui do mundo jurídico os efeitos irradiados do fato jurídico.

Pontes de Miranda⁶⁹, buscando definir a atuação da exceção relativamente aos efeitos do fato jurídico a que se opõe, usa a expressão “encobrimento de eficácia” para com ela significar que, uma vez exercida, a exceção torna, *na prática*, ineficazes o direito, a pretensão e a ação, que embora conceptualmente continuam a existir. Justifica o uso da expressão com a vantagem técnica de evitar a negação dos efeitos aos quais a exceção se coloca em relação de oposição, os quais, verdadeiramente, ainda continuam a existir no mundo jurídico.

Tomando-se como exemplo a hipótese de exceção de contrato não cumprido (Código Civil, art. 476), percebe-se que o sujeito passivo ali excepciona a pretensão e a ação do sujeito ativo, sem infirmá-las: o devedor alega que não cumprirá sua obrigação enquanto o credor não vier a adimplir a sua prestação assumida em contrato sinalagmático. A ação de direito material do credor não é negada pelo

sual (Cf. DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22-25).

66. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 271.

67. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184.

68. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 05.

69. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 08.

devedor, nem muito menos modificada ou extinta; apenas fica impossibilitada, temporariamente, de ser exercida por força da exceção. Nesse sentido, é que se fala em “encobrir” a eficácia da ação.

Toda exceção, para nascer, pressupõe o surgimento e permanência, no mundo jurídico, do direito, pretensão ou ação aos quais irá se opor, pois, como diz Pontes de Miranda, “não se pode pensar em recobrimento de eficácia que ainda não é”⁷⁰. Necessário também se faz distinguir o surgimento da exceção com o momento de seu exercício. A exceção, como espécie de direito subjetivo que é, existe em estado de potência para seu titular; somente do seu exercício resultará o encobrimento dos efeitos aos quais se oponha. Uma coisa é o direito de excepcionar, outra é a atividade exercida, que constitui a exceção. Sem o ato de vontade correspondente ao exercício daquele direito, não há encobrimento da eficácia do fato jurídico⁷¹.

Não se deve supor também que o exercício da exceção seja sempre feito em juízo, através de defesa. A exceção (no sentido aqui utilizado) se situa no plano do direito material podendo ser exercida tanto judicialmente (e ao ingressar no processo constitui *res in iudicium deducta*), como extrajudicialmente (v.g. exercício do direito de retenção por benfeitorias previsto no art. 578 do Código Civil). É útil assim a distinção proposta por Didier Jr.⁷², mesmo no plano do direito material, entre objeção, como fato oposto pelo sujeito passivo que nega a pretensão, e a exceção, como direito oposto pelo sujeito passivo com a finalidade de impedir ou retardar a eficácia da pretensão.

Marcos Bernardes de Mello⁷³, a nosso ver escorreitamente, insere a exceção no contexto da relação jurídica na posição ativa, a despeito de constituir um direito atribuído ao sujeito passivo. Isso porque ela representa uma posição jurídica da vantagem que requer atuação e não sujeição ou passividade. Por essa razão, também não se verifica coextensividade em entre dever, obrigação, situação de acionado e exceção.

Portanto, a exceção, quando exercida, se coloca em relação de oposição à ação de direito material, sem, no entanto excluí-la do mundo jurídico; a vicissitude a que se submete a ação é justamente a impossibilidade de seu exercício pelo encobrimento de sua eficácia. Verifica-se também a existência de relação de dependência entre a exceção e a ação excepcionada: a exceção apenas aparece

70. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 08.

71. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 11.

72. DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25-26.

73. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184.

depois do surgimento da ação, que, por sua vez, condiciona a existência da exceção. Por isso, uma vez extinta a ação, por qualquer de suas modalidades, extingue-se ao mesmo tempo a exceção (v.g. extinta a relação locatícia com a satisfação do direito de retomada através da entrega da coisa pelo locatário ao locador, descabe falar em direito de retenção de benfeitorias etc.).

6.3. A extinção das ações

Ao cuidarmos do nascimento das ações, vimos que quando se trata de fato jurídico com eficácia instantânea, nascem, a um só tempo, o direito subjetivo, a pretensão e a ação. Quando ocorre a chamada eficácia jurídica sucessiva, porém, temos o direito subjetivo e ação nascendo em instantes necessariamente diversos. Assim, apesar de a ação constituir um poder jurídico específico ligado ao direito subjetivo, os dois podem, às vezes, surgir no mundo jurídico em ocasiões diferentes.

No tocante à extinção das ações não se dá o mesmo. Uma vez extinto o direito subjetivo, necessariamente estará extinta a ação respectiva, justamente porque a impositividade (poder jurídico que constitui a ação) tende à satisfação do direito; não havendo mais nada a ser satisfeito, careceria de sentido falar de ação, pois a própria relação jurídica em cujo contexto ela surgira já não mais existiria no mundo jurídico com a extinção do direito subjetivo.

Há possibilidade, porém, de haver a extinção da ação sem que venha a ser extinto, ao mesmo tempo, o direito subjetivo ao qual esteja vinculada. As modalidades de extinção das ações podem, então, ser assim classificadas: *i)* extinção com subsistência do direito subjetivo; e *ii)* extinção sem subsistência do direito subjetivo.

6.3.1. Extinção da ação com subsistência do direito subjetivo

É possível, embora pouco freqüente, que a ação surja no mundo jurídico e em seguida seja extinta, deixando, entretanto, subsistente o direito subjetivo ao qual durante algum tempo esteve vinculada. Nos contratos celebrados com estipulação de termo final ou condição resolutiva, v.g., os contratantes podem pactuar que, implementado o termo ou a condição, seja extinta a ação surgida com a celebração do negócio, embora também possam pactuar a extinção da pretensão e da ação, ou até mesmo do direito, da pretensão e da ação⁷⁴. O Código Civil a esse respeito dispõe, no art. 122, serem lícitas todas as condições, desde que não privem todo o efeito do ato jurídico.

74. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 199.

Pode também haver renúncia da ação, sem que se renuncie ao próprio direito. Nesse caso, também está configurada a hipótese de extinção da ação com subsistência do direito subjetivo (v.g. *A*, devedor, não paga a dívida no prazo certo, que se torna então exigível e acionável e *B*, credor, dá-lhe novo prazo para o adimplemento). O mesmo sucede com a transação ou novação que tenham por objeto a pretensão e/ou a ação, mas que deixem intocáveis o direito correspondente.

6.3.1.1. O problema da prescrição como modalidade de extinção da ação

A prescrição está estreitamente ligada com a ação de direito material; não raro se fala, quer na linguagem doutrinária, quer em textos legislativos, quer em julgados, em “ação prescrita”, ou “prescrição da ação”. Embora a prescrição em geral seja alegada e discutida em processos judiciais, ela não é um fenômeno próprio do direito processual. Quando, v.g., um texto normativo tipicamente de direito material, como o do art. 70 da Lei Uniforme em matéria de letra de câmbio e nota promissória enuncia: “Todas as ações contra ao aceitante relativas a letras prescrevem em três anos...”, fica fácil de compreender que a prescrição se relaciona com a ação de direito material, independente do processo judicial em que possa ser alegada, sendo inclusive perfeitamente admissível o reconhecimento da prescrição no plano extrajudicial (v.g. em negócio jurídico, em processo administrativo etc.).

A questão primordial está em descrever como se dá o relacionamento entre a ação de direito material e o fato jurídico da prescrição.

Deve-se, de antemão, deixar assentado, como ponto-de-partida para a análise do problema, que a prescrição é um conceito jurídico-positivo⁷⁵. Com isso, queremos dizer que o legislador tem total liberdade para estabelecer os prazos prescricionais, as formas de suspensão, de interrupção, de contagem, assim como as consequências de seu advento. Por essa razão, observamos que, no plano da linguagem descritiva da Ciência Jurídica, quando nos referimos à categoria jurídica da prescrição, podemos nos deparar com conceitos e regimes jurídicos distintos em função de cada ramo do direito objeto de análise.

De um modo geral, podemos conceituar a prescrição como o fato jurídico que pressupõe (a) a existência de um direito, pretensão e/ou ação, (b) a possibilidade de seu exercício, e (c) a inatividade do seu titular por certo lapso de tempo. As consequências jurídicas oriundas do fato jurídico da prescrição variam conforme

75. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 100; SANTI, Eurico M. Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 39.

cada ramo do Direito, não sendo possível estabelecer de antemão um efeito ou uma classe de efeitos que lhe sejam aplicáveis de uma forma geral e inexorável. Assim, v.g., no direito tributário a prescrição extingue o crédito tributário, atingindo o direito subjetivo, a pretensão e ação da Fazenda Pública (CTN, art. 156, V); no direito civil, a prescrição extingue apenas a pretensão e a ação (Código Civil, art. 189), deixando íntegro o direito subjetivo.

Pontes de Miranda⁷⁶, escrevendo sob a vigência do Código Civil de 1916, entendia que a prescrição era necessariamente uma modalidade de exceção, apontando como conseqüências do fato jurídico prescricional o “encobrimento” da eficácia da pretensão e da ação. O Código revogado, porém, não continha dispositivo equivalente ao art. 89 do Código Civil em vigor, que dispõe: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição...”. O direito positivo, como se pôde verificar, estabeleceu como efeito do fato jurídico da prescrição a extinção da pretensão e, *a fortiori*, da ação e não mais apenas o encobrimento da sua eficácia, como acontece com as outras exceções (v.g. de contrato não cumprido etc.). Assim, segundo a sistemática do Código Civil atual, a prescrição é espécie de ato-fato jurídico caducificante, que produz a conseqüência de extinguir a pretensão e a ação de direito material. Isso, evidentemente, não afasta a possibilidade de existir no futuro, no direito civil ou em outro ramo do direito, a prescrição como uma autêntica exceção, a pressupor o seu exercício para “encobrir” (e não extinguir) a ação prescrita.

No direito civil em vigor, porém, a prescrição tem o efeito de extinguir a ação de direito material, e também a pretensão, mas com a subsistência do direito subjetivo⁷⁷; a principal conseqüência dessa sistemática é que ocorrendo a satisfação voluntária do “débito” prescrito (quando se tratar de dívida em dinheiro) pelo sujeito passivo da relação jurídica, não caberá a restituição do adimplemento, pois o direito subjetivo não foi atingido pela prescrição.

6.3.2. *Extinção da ação sem subsistência do direito subjetivo*

Por ocasião da extinção do direito subjetivo, necessariamente, extingue-se a ação respectiva. Da extinção do direito, tem-se coextensivamente a extinção da ação que se presta a realizá-lo. As principais hipóteses de extinção da ação, sem subsistência dos direitos (ou melhor dizendo: de extinção da ação por estar extinto o direito), são: *i*) a satisfação do direito subjetivo; *ii*) a decadência; *iii*) a renúncia ao direito subjetivo. Cuidaremos resumidamente de cada uma.

76. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 106.

77. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

Quando o sujeito passivo da relação jurídica satisfaz o direito do sujeito ativo, cumprindo o dever que lhe toca, tem-se naturalmente a extinção do direito subjetivo; a finalidade da regra jurídica de subordinar os fatos da vida a seus ditames foi atingida. Esse é o modo normal de extinção dos direitos e das ações (v.g. o devedor de dívida vencida paga voluntariamente o débito, o espoliador restitui a posse da coisa furtada, o promitente-vendedor que se obrigou a outorgar escritura de compra e venda, já estando em mora, resolve cumprir sua obrigação etc.). Do fato jurídico irradiou-se a eficácia, surgiu a relação jurídica, com direitos, pretensões e ações para o sujeito ativo e o sujeito passivo realiza a conduta que corresponde a seu dever, extinguindo o vínculo e, por conseguinte, os elementos que o constituem (um dos quais a ação). Diz-se então que o direito foi satisfeito, e a ação, que o qualificava, se extinguiu.

A segunda causa de extinção é a decadência. Decadência, a que Pontes de Miranda chama “preclusão”⁷⁸, é a consequência do fato jurídico que consiste na extinção do direito, da pretensão e da ação em cujo suporte fático está o fato da inatividade do titular do direito por um determinado período. Marcos Bernardes de Mello classifica esse fato jurídico como espécie de ato-fato jurídico caducificante⁷⁹. A decadência, embora seja categoria jurídico-positiva, tem seu regime jurídico próprio estabelecido em função do ramo do direito a que pertença (direito civil, penal, tributário etc.). De um modo geral, porém, pode-se dizer que ela pressupõe: inércia quanto ao exercício de algum direito + transcurso de prazo. O traço característico da decadência, a permitir inclusive, *em alguns casos*, diferenciá-la de outras categorias próximas, com a prescrição, v.g., está no fato de que ela atinge o próprio direito subjetivo em uma dada relação jurídica, de modo que as outras categorias coextensivas (pretensão e ação) também seguem a sua sorte, deixando de ter existência no mundo jurídico. Por essa razão, uma vez surgida a ação como irradiação de algum fato jurídico e transcorrido o prazo decadencial sem que o titular haja exercido o direito, a pretensão e ação dele decorrente, a partir de então passa-se a ter como extinta a ação juntamente com o direito subjetivo a que se referia.

A terceira hipótese de extinção de ação sem subsistência do direito, aqui enumerada, é a de renúncia ao próprio direito subjetivo. Assim, v.g., se A, credor, resolve perdoar a dívida vencida de B, devedor, tem-se por extinto o direito ao crédito, assim como as pretensões e ações até então nascidas em favor do credor (Código Civil, art. 385). O mesmo se dá quando o herdeiro legítimo renuncia à

78. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974, p. 135.

79. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 118.

herança e, pois, aos direitos, pretensões e ações que lhe seriam transmitidos pela morte do *de cujus* (Código Civil, art. 1.086)⁸⁰.

Existem ainda outras modalidades de extinção das ações que correspondem a modalidades de extinção de direitos subjetivos, v.g., confusão (Código Civil, art. 381) e a novação (Código Civil, art. 360, I).

Em todas as hipóteses de extinção de ações, temos, como se pôde ver, invariavelmente como causa um fato jurídico qualquer. Assim, na satisfação do direito, a ação se extingue pelo ato-fato jurídico do adimplemento; na decadência, a ação se extingue pelo fato jurídico decadencial (ato-fato jurídico caducificante); na renúncia, a ação se extingue pelo ato jurídico de disposição do direito e assim nos demais casos exemplificados, ratificando assim a relação de causalidade jurídica necessária entre fato jurídico/eficácia jurídica.

7. AÇÃO (MATERIAL), “AÇÃO” PROCESSUAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO: DISTINÇÃO NECESSÁRIA E IMPLICAÇÕES EXISTENTES

A utilização da palavra *ação*, como visto, pode facilmente induzir a ambigüidades e ser causa de equívocos, dada a diversidade de significados que lhe podem ser atribuídos em um dado discurso. No contexto da doutrina do direito processual, de um modo geral, o termo *ação* tem sido utilizado, com maior frequência, nos três sentidos distintos: a ação como categoria do direito material, a “ação” como categoria do direito processual, e ação como direito de invocar a tutela jurisdicional. Araken de Assis⁸¹, por exemplo, em passagem de sua obra, afirma: “ao direito toca, em seqüência à pretensão, a ação, que desborda a fase de exigência, indo além...”. Já Cintra, Grinover e Dinamarco⁸² definem: “Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”. Por sua vez, Humberto Theodoro Junior, ao se referir à ação de nunciação de obra nova prevista no art. 934 do CPC, pontifica: “A ação de nunciação de obra nova tem como função criar um remédio processual específico para solucionar os conflitos surgidos no confronto do direito de construir com o direito de vizinhança”⁸³.

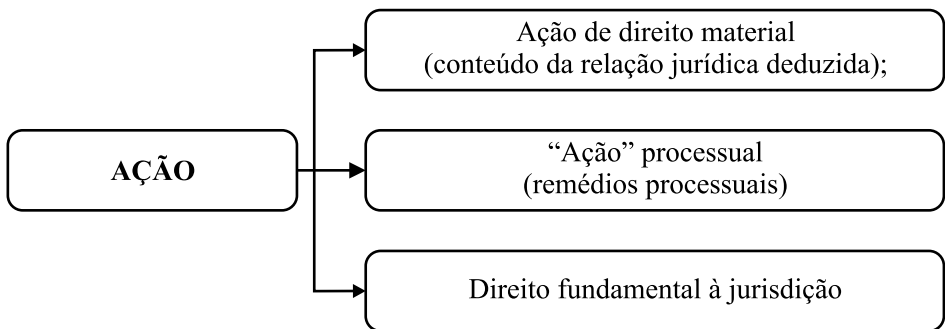
80. Necessário advertir que, nesta hipótese, a ação e o direito subjetivo se extinguem relativamente ao primitivo titular, pois com a renúncia da herança, que é negócio jurídico unilateral com feitos *ex tunc*, os direitos e ações renunciados se re-incorporam ao acervo hereditário para serem partilhados com outros sucessores (Código Civil, art. 1.084, parágrafo único).

81. ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 78.

82. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 245.

83. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. III. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 173.

Como se pôde ver, o termo foi usado por diferentes processualistas em sentidos completamente distintos. No texto de Araken de Assis, aparece como imanência do direito subjetivo, surgida após a pretensão; na citação de Cintra, Grinover e Dinamarco, é usado como sinônimo do direito abstrato de genérico de pedir tutela jurisdicional ao Estado; já no excerto de Humberto Theodoro Junior designa um instrumento processual específico, de rito especial, destinado a realizar direitos de vizinhança. Ratifica-se, portanto, a assertiva de que, em geral, a palavra *ação* tem se prestado, principalmente, para designar três realidades, ilustradas no esquema a seguir:



Apesar de referidas sob o nome genérico de *ações*, as três realidades jurídicas são distintas e inconfundíveis, a despeito da particular vinculação existente entre elas. Por isso, neste trabalho, utilizamos o vocábulo *ação* para significar a categoria de direito material, situada no contexto da relação jurídica como elemento do direito subjetivo. Já a “ação” processual, ou os remédios jurídicos processuais, correspondem ao veículo previsto nas normas do direito processual civil para o exercício do direito à jurisdição.

Quando alguém vai a juízo, afirma-se que uma “ação” foi ajuizada, isto é, que o demandante se valeu de algum remédio jurídico processual. Para viabilizar a prestação jurisdicional em conformidade com as mais variadas situações da vida tuteladas pelo direito material, o direito processual põe à disposição dos interessados diversos “caminhos” para a obtenção da tutela jurídica que o Estado se obrigou a prestar sempre quando lhe seja solicitada. O remédio jurídico processual (ou a “ação” processual), assim, nada mais é do que o instrumento posto pelo Direito formal a serviço de determinadas pessoas, a fim suscitar, com o uso dele, a prestação da tutela jurisdicional do Estado⁸⁴.

84. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 110.

Tal “ação” é prevista e regulada pelo direito processual: “O remédio jurídico processual é o oriundo da lei processual, o caminho que tem de ser perlustrado por aquele que vai à juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação”⁸⁵. Como assinala Mitidiero⁸⁶, a “ação” processual “é o veículo através do qual colocamos o mecanismo estatal em andamento; é o exercício da pretensão à tutela jurídica em face do Estado”. Por isso, as normas jurídicas de direito processual podem estabelecer “ações” com ritos específicos em atenção às peculiaridades de certas ações de direito material, sem que haja, contudo, um critério *a priori* para isso.

A distinção entre a ação de direito material e processual é de grande relevância para a Ciência Jurídica, mas a doutrina, em sua grande maioria, ainda tenda a desprezá-la. O exemplo seguinte mostrará como são inconfundíveis a ação e o remédio jurídico processual: quando ocorre um esbulho, afirma-se ter o esbulhado a ação de reintegração de posse⁸⁷; esta ação, equivalente ao efeito específico originado do fato jurídico do esbulho, é de direito material. Àquele que vai a juízo, alegando possuir tal ação, o direito processual põe à disposição (caso exercida no prazo de ano e dia) a “ação” de reintegração de posse⁸⁸ de rito especial; a ação de reintegração de posse e a “ação de reintegração de posse” (remédio jurídico processual), refletem, como se vê, situações absolutamente distintas.

Outro exemplo serve para ilustrar a distinção entre ambas: *A*, pessoa física, é credor de *B*, que não lhe pagou dívida oriunda de cheque não apresentado no estabelecimento bancário no prazo legal (“cheque prescrito”). Ora, *A*, passado o dia de vencimento passou a ter a pretensão para exigir e a ação para compelir *B* a satisfazer seu crédito. Assim, *A*, possuindo ação de direito material como emanção de seu direito subjetivo de crédito, poderia demandar em juízo, valendo-se: a) de ação monitória (CPC, art. 1.102a); ou b) de ação ordinária para cobrança (CPC, art. 274); c) de ação sumária (CPC, art. 275, I) ou, ainda d) de ação de procedimento do juizado especial (Lei n. 9.099/95, art. 3º, I). No exemplo, a mesma ação de direito material poderia ser exercida, alternativamente, através de distintas “ações” processuais.

O dualismo ação de direito material/ação processual se relaciona estreitamente com o direito fundamental à jurisdição. Quando alguém, sendo titular de um direito subjetivo, vai a juízo propor uma demanda, está a exercer, simultaneamente, a ação

85. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 109.

86. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119.

87. Código Civil, Art. 1.210.

88. Código de Processo Civil, Livro IV, Capítulo V, seção II.

que o direito material lhe atribuiu para realizar seu direito e o direito à jurisdição, fazendo-o, necessariamente, através da “ação”⁸⁹.

O direito fundamental à jurisdição cairia no vazio se o direito processual não estabelecesse mecanismos para o seu efetivo exercício; por esse motivo a “ação” é concebida como meio para o exercício daquele direito fundamental.

A diferenciação proposta se justifica para evitar que se trate sob a mesma palavra (ação) realidades jurídicas completamente diferentes (direito à jurisdição, ação de direito material e remédio jurídico processual), assim como para evidenciar o relacionamento existente entre ação e direito fundamental à jurisdição, sintetizado nas seguintes proposições: *i)* a ação não se confunde com o direito à jurisdição; *ii)* nem todos os titulares do direito à jurisdição são titulares de ação, embora todos os que possuam ação tenham, necessariamente, direito à jurisdição; *iii)* tanto o direito à jurisdição como a ação estão situados no plano do direito material.

8. A UTILIDADE DA TEORIA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL NO PLANO DA APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Cuidamos de sistematizar uma teoria das ações de direito material, sempre buscando analisar os relacionamentos existentes entre ela e o direito fundamental à jurisdição e os remédios jurídicos processuais, enfatizando a sua importância do ponto de vista da Dogmática Jurídica e da Teoria Geral do Direito. Cabe agora analisar, a partir da investigação casuística em decisões judiciais, a utilidade da teoria na prática do direito.

Como ressalta Alexy⁹⁰, a Ciência Jurídica há de cumprir também uma tarefa prática. As proposições da Dogmática Jurídica devem estar predispostas à solução de casos concretos. Embora o objetivo da linguagem descritiva da Ciência seja descrever o direito posto, sempre há um compromisso da teoria com a prática no sentido de que o resultado do trabalho científico possa de algum modo servir de subsídio para a realização do direito.

A noção de ação de direito material e sua diferenciação da “ação” processual não vem tendo, até hoje, grande difusão nos tribunais brasileiros. Em algumas

89. É necessário não olvidar que, embora através do remédio jurídico processual se exerça a ação, aquele não pressupõe esta. O demandante, mesmo não possuindo a ação, desde que atendidos os pressupostos processuais pertinentes, pode-se utilizar dos remédios; aquele que propõe demanda sem ter “razão” e obtém uma sentença desfavorável, exerceu a “ação”, sem, contudo, ter ação (de direito material).

90. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 33.

decisões judiciais, porém, os conceitos serviram como adequada ferramenta para a aplicação do direito a casos concretos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu⁹¹ pela subsistência da ação de imissão de posse no direito brasileiro, mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 1973, que revogou os dispositivos do Código anterior (1939) relativamente à “ação” (processual) de imissão na posse. A seguir a ementa do julgado:

ACÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. SUA PERMANÊNCIA, APOS ADVENTO DO CPC/73. ACÇÃO DE DIREITO MATERIAL. PROVA, QUANTO AO DIREITO DE POSSE DOS AUTORES. INEXISTÊNCIA DE USUCAPIÃO ESPECIAL. PROVIMENTO DO APELO.

A distinção entre ação de direito material e “ação” processual foi determinante, no caso exposto, para que o tribunal decidisse pela existência da ação de imissão de posse que se situa no plano do direito material. O fato do Código de Processo Civil de 1973 haver revogado as disposições concernentes à “ação” processual de imissão de posse previstas no Código de Processo Civil de 1939 não foi bastante para eliminá-la do ordenamento jurídico material. Vale dizer, revogou-se o remédio jurídico processual de rito especial que antes havia, mas não a ação de direito material que se atribuía e até hoje se atribui ao proprietário ou ao titular do *jus possidendi* para imitir-se na posse da coisa.

Em outro caso, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu⁹² reformar sentença de juiz de primeira instância que reconheceu, de ofício, a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo a contribuições sociais oriundas da Lei n. 3.807/60, entendendo que não seria de se aplicar as disposições do Código Tributário Nacional concernentes ao lançamento, pois a relação jurídica de crédito/débito em questão já nascia subjetivada desde o advento do fato jurídico, surgindo daí a pretensão e ação de direito material. Com base nessa premissa, entendeu o tribunal que se estava a tratar não de decadência, mas sim de prescrição da ação, cujo prazo era de trinta anos:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO, NA MATÉRIA, ENTRE DECADÊNCIA PARA EXERCÍCIO DO DIREITO POTESTATIVO FORMATIVO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA, E DA PRESCRIÇÃO QUANTO A PRETENSÃO E A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL DECORRENTES, EIS QUE A SITUAÇÃO

91. TJ/RS. Apelação Cível 598518124. Relator: Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, j. 23.11.1999.

92. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Apelação Cível 9302065286/RJ. Relator: Desembargador Federal D'Andrea Ferreira, DJ 01.02.1994.

JURÍDICA JÁ NASCE SUBJETIVADA. ART. 144 DA LEI NR. 3.807, DE 26.03.60. CARÁTER DECLARATÓRIO DA DISPOSIÇÃO DO PARÁGRAFO 9º. DO ART. 2º. DA LEI Nº. 6.830, DE 22.09. 80. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO 174 DO CTN (LEI COMPLEMENTAR), EIS QUE NÃO SE CUIDA DE PRESTAÇÃO TRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO, DE RESTO NÃO DECRETÁVEL DE OFÍCIO, MESMO QUE CONSUMADA. ADOÇÃO DA SUMULA NR. 06 DESTA CORTE REGIONAL DE JUSTIÇA, QUE ENUNCIA: "EXECUÇÃO FISCAL SUSPensa COM BASE NO ARTIGO 40 DA LEI NR. 6.830/80 NÃO PODE SER JULGADA EXTINTA, MAS ARQUIVADA SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO, APÓS O TÉRMINO DO PRAZO DE SUSPENSÃO.

Verifica-se que o julgado se firmou na premissa do surgimento da ação de direito material a partir do fato jurídico para afastar a aplicação da decadência e contemplou a prescrição como fenômeno do direito material, ao entender que a ação já surgia no momento do vencimento da contribuição, a partir de quando se contaria o prazo prescricional trintenário. Apesar do acórdão também conter outros fundamentos, a noção de ação de direito material foi determinante para a construção da fundamentação do julgado.

Em mais um caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹³, adotou-se o entendimento de que a intempestividade da oposição da “ação” incidental de embargos à execução fiscal não elimina a possibilidade de se exercer a ação de direito material em processo autônomo. A ementa do julgado está redigida nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTEMPESTIVIDADE. I - Nas execuções fiscais, extingue-se em 30 dias o prazo para oposição de embargos, contado da intimação da penhora (art. 16, III da Lei 6.830/80). II - Mesmo que recebidos os Embargos, não fica o órgão judiciário impedido de rejeitá-los posteriormente. III - Não opostos embargos ou opostos a destempo, extingue-se apenas a oposição à execução no sentido de remédio processual, subsistindo a ação de direito material, que desenganadamente autoriza, sem determinar empecilhos ao processo executivo, a ação porventura cabível. Apelo desprovido.

Por considerar a existência da ação de direito material ao lado e em separado do remédio jurídico processual, pôde o tribunal chegar facilmente ao entendimento de que a falta ou a intempestividade da “ação” (processual) de embargos à execução não retira do devedor eventuais direitos, pretensões e ações que lhe sejam atribuídos pelo direito material, os quais poderão ser alegados em outro processo (v.g. “ação” ordinária). Essa compreensão foi possível graças à percepção de que a “ação” de embargos está exclusivamente no plano do direito processual.

93. TJ/RS. Apelação Cível 70004303020. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges, j. 15.09.2004.

Em outro julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul⁹⁴, decidindo ação popular, aplicou a classificação quinária das ações para reconhecer múltiplas cargas de eficácia na sentença proferida na demanda. A seguir trecho da ementa do acórdão:

[...] INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS. A realização de serviços visando à remodelagem do Sistema Financeiro Estadual, diante da nova realidade macroeconômica advinda com o Plano Real, constitui um dos serviços técnicos referidos no artigo 13 da aludida legislação. Aplicabilidade do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/95. CARGA EFICACIAL DA AÇÃO POPULAR. As ações recebem classificação em razão de sua carga eficaz preponderante, pois não há ação pura, variando de 1 a 5, atribuídas a cada uma das espécies (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva), em constante 15, definida a natureza da ação pela predominância daqueles elementos (também chamados de parcelas). As cargas eficaciais da ação de direito material e da sentença não têm correspondência necessária, já que a classificação pressupõe a sentença de integral satisfação. Já em relação à carga de eficácia da “ação” de direito processual há identidade com aquela da sentença em razão da adoção, no nosso direito processual, do princípio dispositivo. Preponderância da carga eficaz constitutiva negativa e condenatória na ação popular, relacionada aos seus requisitos de admissibilidade, ilegalidade e lesividade. Agravo retido e apelo desprovidos.

O tribunal, reconhecendo a existência de distintas cargas de eficácia nas ações, com a adoção da chamada “constante quinze”, decidiu que a sentença proferida na ação popular então em julgamento continha eficácia preponderantemente constitutiva negativa, seguida da eficácia condenatória. Essa aplicação concreta da classificação quinária demonstra sua utilidade, assim como sua potencialidade, mesmo sendo forçoso reconhecer que a menção aos efeitos mínimos da sentença (inelimináveis) seria de quase nenhuma valia, tanto que omitidos na decisão em análise.

Portanto, o estudo da teoria da ação de direito material tem importância teórica, pois possibilita uma compreensão mais nítida da própria teoria da relação jurídica e do direito processual, mas também prática, como se viu pela análise da sua aplicação em casos julgados, já que tem servido e pode vir a servir como valioso instrumento para o aplicador do direito na resolução de situações concretas.

9. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL NO CONTEXTO DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO E O PROCESSO

É impossível falar em efetividade do processo sem volver os olhos para o direito material, onde se encontrará a ação como instrumento apto a conferir

94. TJ/RS. Apelação Cível 70002645620. Relator: Desembargador João Armando Bezerra Campos, j. 15.09.2004.

proteção aos direitos tutelados. E as ações (materiais), uma vez realizadas no processo, refletirão a concretização da finalidade do processo: a realização do direito material.

Através do processo se busca precipuamente a realização do direito material. O direito fundamental à jurisdição, não obstante sua relevância, mas justamente por ser abstrato, universal e totalmente desvinculado da situação daquele que é titular de uma posição jurídica de vantagem no plano do direito material, isoladamente, se mostra impotente para garantir a efetividade do processo.

O próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tal como aqui entendido, na esteira do pensamento de Figueruelo Burrieza, apesar de ter como finalidade evitar que a decisão judicial fique sem realização, por si só, não garante a aplicação judicial em conformidade com o direito material, pois constitui uma garantia formal, destinada a evitar que os julgados do Poder Judiciário (independente de seu conteúdo) fiquem irrealizados.

As normas jurídicas de direito processual, estabelecendo os remédios jurídicos processuais, concretizam o exercício do direito fundamental à jurisdição, mas também conformam a necessidade de realização do direito material, pois os procedimentos, notadamente os tidos como “especiais”, são estruturados em função do direito material.

Por isso, a necessária relação existente entre o direito fundamental à jurisdição e o processo não elimina, antes requer, uma ligação com o direito material, sobretudo se não perdermos de vista o caráter instrumental das normas jurídicas processuais⁹⁵. A propósito, Yarshell⁹⁶ salienta a necessidade de se enfatizar o *resultado* a ser proporcionado pelo processo, no sentido de que o direito processual deva ser interpretado com aptidão para solucionar efetiva e adequadamente todas as situações de violação de lesão ou de ameaça de lesão a direitos subjetivos⁹⁷. Ora, o resultado do processo destina-se a realizar (tornar efetiva) a proteção conferida pelo direito material ao direito subjetivo daquele que propôs a demanda.

95. “À luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesmas. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo essa a razão de ser do direito processual.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19).

96. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 138.

97. Apesar de Yarshell se voltar para o “resultado” do processo, sua perspectiva é distinta da eleita neste trabalho, pois ele trabalha com a hipótese da “atipicidade” da tutela jurisdicional, partindo da premissa segundo a qual não haveria um rol previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção dos direitos. Yarshell, como se nota, situa a proteção dos direitos subjetivos no plano do direito processual, diferentemente de Pontes de Miranda, Ovidio Baptista da Silva e Marinoni, para os quais aquela proteção, quer sob o nome de ação de direito material, quer sob o nome de “formas de tutela”, se situa no plano do direito material.

Vimos ressaltando ao longo do trabalho que o efeito jurídico adicionado ao direito subjetivo, que possibilita a sua imposição, mesmo contra a vontade do sujeito passivo da relação jurídica, é a ação de direito material. Logo, se o resultado do processo (quando favorável ao demandante) deverá realizar essa espécie de proteção do direito subjetivo sob a modalidade de imposição, a relação entre o direito fundamental à jurisdição, exercido através do remédio jurídico processual, e a ação de direito material é ineliminável.

Com isso, torna-se ainda mais clara a utilidade da teoria da ação de direito material na resolução de casos concretos, assim como a improcedência das críticas manifestadas favoravelmente a seu abandono.

A postura contrária à admissão da hipótese teórica da existência da ação de direito material parece-nos insustentável, pois, como ressaltou Marinoni⁹⁸, para se excluí-la do pensamento jurídico, seria necessário construir-se alguma teoria em seu lugar capaz de explicar, de forma dogmaticamente coerente, as relações existentes entre direito material e direito processual e capaz de diferenciar, no plano do direito material, o objeto garantido e sua garantia; uma teoria que fosse suficiente para explicar o modo como o direito material influi sobre o processo no momento da prestação da tutela jurisdicional.

98. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos*, in *Polêmica sobre a Ação*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 252.

CAPÍTULO V

A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E A CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS

Sumário • 1. Tipologia das sentenças: 1.1. A classificação quinária das sentenças: 1.1.1. Força, eficácia imediata, eficácia mediata e efeitos mínimos das sentenças; 1.1.2. Efeitos mínimos e a “constante 15”; 1.1.3. Particularidades de cada carga eficaz; 1.2. Análise isolada de cada tipo de eficácia: 1.2.1. Eficácia declarativa; 1.2.2.. Eficácia constitutiva; 1.2.3. Eficácia condenatória; 1.2.4. Eficácia mandamental; 1.2.5 Eficácia executiva; 1.3. Algumas objeções doutrinárias à classificação quinária: 1.3.1. Análise conclusiva – 2. A classificação quinária e o direito processual contemporâneo

1. TIPOLOGIA DAS SENTENÇAS

A ação de direito material ingressa no processo por meio da afirmação feita pelo autor da demanda. O pedido formulado pela parte, portanto, revelará a asserção, ainda que implícita¹, sobre a sua existência.

Ao proferir sentença e julgar procedente a demanda, o juiz estará dando a resposta jurisdicional àquilo que foi pedido e realizando o direito subjetivo reconhecido como existente, juntamente com os poderes que lhe são inerentes (entre os quais a exigibilidade e a impositividade do direito subjetivo, que caracterizam a pretensão e a ação material, respectivamente); a ação de direito material é, portanto, *res in iudicium deducta*.

A sentença de procedência, em razão da correlação existente com pedido formulado pelo demandante, deve ser tipificada em função do direito subjetivo da parte reconhecido no processo como existente e, por conseguinte, da ação de direito material admitida no provimento jurisdicional. Daí Ovídio Baptista da Silva² afirmar que a classificação das ações de direito material corresponde à classificação das sentenças de procedência³.

-
1. Diz-se “implícita”, porque nem sempre o demandante declara textualmente ser titular de uma ação de direito material. Nada obstante, a sua existência
 2. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1, São Paulo: RT, 2000, p. 160.
 3. Vale registrar que Ovídio Baptista da Silva, atualmente, vem entendendo não haver uma autêntica ação de direito material condenatória (embora não negue a existência de uma sentença com essa natureza): “Enquanto as sentenças declaratórias, constitutivas, executivas e mandamentais são expressões de pretensões e ações existentes no direito material, a sentença condenatória é instituto concebido pelo direito processual, sem que haja, no plano do direito material, uma pretensão e conseqüentemente uma ação de condenação. Há, portanto, sentenças condenatórias, porém, não existem as correspondentes ações condenatórias.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 233).

O estudo dos tipos de ações de direito material e, por conseguinte, das espécies de sentenças mostra a necessidade de se buscar um critério capaz de propiciar uma classificação que apresente vantagens teóricas ou práticas para o trato do objeto a ser classificado.

Existem na doutrina diversos critérios para se classificar as ações. O mais difundido ainda é o da classificação conforme a natureza do provimento jurisdicional⁴, que divide as ações em: (a) de conhecimento (declaratórias, constitutivas e condenatórias), (b) de exceção e (c) cautelares. Para o nosso propósito - isto é, de buscar tipificar as sentenças em função da ação de direito material reconhecida em juízo -, contudo, esse critério se revela insuficiente. Em primeiro lugar, por se tratar de método que não se propõe a segregar as “ações” processuais (a exemplo das ações cautelares) das ações materiais (declarativas, constitutivas etc.). Em segundo lugar, porque os autores que se servem de tal critério não trabalham com a hipótese teórica da ação de direito de material, sendo pouco recomendável buscar classificar as sentenças de procedência trabalhando exclusivamente no plano das “ações” (direito processual), pois ao julgar procedente a demanda e, portanto, reconhecer existente ação de direito material do autor, o juiz praticando um ato jurídico processual (sentença), mas que repercute de maneira decisiva e preponderante no plano do direito material.

De fato, não é o direito processual quem prescreve as eficácias preponderantes das ações; ele apenas regula o modo, a *forma* de se exercitá-las em juízo. Quando afirmo, v.g., ser a ação de indenização de natureza condenatória, a de usucapião, de natureza declarativa, a de anulação, de natureza constitutiva, estou analisando o fenômeno à luz do direito material. Do ponto de vista do processo, *apenas*, impossível seria se chegar àquelas constatações. O direito processual não prescreve as eficácias das ações; quem as vai dizer é a *res in iudicium deducta*.

Só se pode dizer que uma sentença é declarativa, constitutiva ou condenatória depois da análise da pretensão deduzida em juízo. A revelação da natureza da sentença de procedência, está no respectivo pedido (e conseqüentemente no direito, pretensão e ação de direito material “afirmados” na inicial).

Por essas ponderações adotamos aqui a chamada *classificação quinária*, concebida originariamente por Pontes de Miranda, que se verte para a diferenciação das classes das ações a partir de sua carga eficaz.

4. Adotam esse critério: MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, II, Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 39; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, V. 1., 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998., p. 174; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 60, dentre outros.

1.1. A classificação quinária das sentenças

Este critério de classificação, concebido de forma original por Pontes de Miranda⁵, se estriba em três pressupostos teóricos: *i)* existem cinco categorias de eficácias (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva); *ii)* em toda sentença as cinco classes de eficácia estão presentes; e *iii)* a determinação do tipo de sentença levará em consideração somente o elemento eficaz preponderante.

Algumas precisões, contudo, hão de ser feitas.

Primeiramente, deve-se reafirmar que não a eficácia preponderante das ações de direito material não está estabelecida pelas normas processuais. O direito processual, dado o seu caráter instrumental, regula o modo e a forma de se realizar as ações “afirmadas” em juízo.

Com isso não se quer dizer que a sentença, como ato jurídico processual, não produza qualquer efeito de tal natureza. Em verdade, com o julgamento de mérito da demanda, os efeitos (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo) serão consequência e irradiação da sentença, que declara, constitui, condena, manda e executa. Isso, contudo, não pode significar, ao menos do direito positivo brasileiro, que o direito processual seja capaz de determinar, em cada situação, qual a intensidade dos efeitos que se irradiarão da sentença.

No plano do processo, só se pode dizer que uma sentença é declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva depois da análise da pretensão deduzida em juízo, pois o que deve revelar a natureza da sentença de procedência é o respectivo pedido (e consequentemente o direito, a pretensão e a ação afirmados ou supostos na petição inicial pelo demandante). Como assinala Bedaque⁶, “A classificação da tutela jurisdicional está intimamente relacionada com a situação de direito material e com as circunstâncias em que ela é deduzida em juízo”.

O órgão judiciário, após se debruçar sobre o pedido formulado pelo demandante e reconhecer-lhe a procedência, vai “realizar” a ação de direito material afirmada na petição inicial e reconhecida na sentença. Por conseguinte, o ato jurisdicional deve refletir as eficácias da ação (de direito material) que será tida por procedente. Daí ser correto dizer, como o faz Ovídio Baptista da Silva⁷, que em razão do princípio da congruência – segundo o qual o juiz só poderá prestar jurisdição nos estritos limites do pedido que a parte lhe fizer (CPC, art. 460) -,

5. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 131 *et passim*.

6. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

7. SILVA, Ovídio Baptista da, *Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 160.

tanto faz classificarem-se as ações como as sentenças de procedência, porquanto a cada ação (de direito material), quando procedente, haverá de corresponder uma sentença de igual natureza.

As ações de direito material, assim, são classificadas em função do resultado que tenderão a produzir com o processo por onde serão realizadas (dada vedação da sua realização por meio de justiça de mão própria). Classificam-se ações aludindo aos efeitos que gerarão no processo. Como sustenta Pontes de Miranda⁸, dizer que as ações são declaratória, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas cabe ao juiz no ato sentencial; mas como sua função é realizar o direito material, a sentença, como ato processual, terá seu tipo determinado em função do direito material e do pedido formulado na demanda.

Fixadas essas premissas, cumpre agora destacar que na classificação quinária há cinco espécies de eficácias nas ações: declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. Cada sentença possui todas as cinco classes de efeitos: “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva”⁹.

Embora todas as ações possuam todos os elementos de eficácia anteriormente referidos, eles são dispersos em níveis de eficácia, variáveis conforme cada espécie.

1.1.1 Força, eficácia imediata, eficácia mediata e efeitos mínimos das sentenças

Segundo a classificação quinária, o que vai dizer se determinada sentença é declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva é a carga de eficácia que se *sobre põe* em relação às outras cargas também presentes no ato sentencial do qual se esteja a cogitar.

Portanto, quando se afirma, por exemplo, ser determinada sentença de natureza declaratória, apenas se está a dizer que nela a eficácia declarativa é a preponderante em relação aos demais elementos eficaciais também presentes (constitutivo, condenatório, mandamental e executivo).

Ao lado da eficácia preponderante, também chamada “força”, por ser o efeito que dá nome à ação, existem as eficácias imediata e mediata e os efeitos mínimos.

8. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 206.

9. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 137.

No desenvolvimento de seu critério classificatório, Pontes de Miranda atribui a cada elemento de eficácia das ações um valor algébrico, situado no intervalo de 1 a 5, representando cada número a intensidade dos efeitos na ação¹⁰.

Os elementos eficaciais de cada ação são dispostos em ordem decrescente, a partir do número de intensidade do elemento preponderante, com peso (5), encontrando-se logo em seguida o peso (4), depois o (3) e assim sucessivamente. Ao peso (5), chama-se “força”, por ser a eficácia preponderante da ação. O peso (4) simboliza a “eficácia imediata”. O peso (3) denota a chamada “eficácia mediata”. Os pesos (2) e (1) são denominados de “efeitos mínimos”¹¹. Em toda sentença estão presentes os cinco elementos de eficácia e a intensidade de cada elemento eficaz varia segundo a natureza de cada ação. Da soma algébrica dos pesos eficaciais atribuídos a cada elemento, obter-se-á sempre o mesmo resultado: 15.

Para ilustrar esse modelo classificatório, tome-se o exemplo da ação de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual (Código Civil, arts. 126, 927): a eficácia preponderante é de condenação ao pagamento da reparação dos danos, com eficácia imediata executiva para possibilitar a execução do julgado, com eficácia mediata de declaração do direito à indenização e os efeitos mínimos de mandamento e de constitutividade. Os seus pesos são assim distribuídos:

Declaratividade	3
Constitutividade	1
Condenatoriedade	5
Mandamentalidade	2
Executividade	4
Total	15

Levando-se em consideração o fato de que qualquer ação irá apresentar os mesmos pesos de eficácias, variando-se apenas o valor atribuído a cada elemento, conclui-se que toda sentença trará, invariavelmente, no somatório dos seus pesos de eficácias, o mesmo valor: quinze. Por essa razão, Pontes de Miranda concebeu a denominada “constante 15”¹².

Conforme já tratado, é a *força* da sentença que lhe vai identificar a respectiva natureza. Mas embora a eficácia preponderante seja a mais importante, os outros

10. Deve-se ressaltar, porém, que, muito embora os tipos de ações, pela classificação quinária, sejam determinados em função do direito material, os demais elementos eficaciais necessariamente presentes no comando sentencial não provirão necessariamente do direito material. Há casos de efeitos imediatos, mediatos e mínimos oriundos do direito processual (v.g. condenação em custas, mandamento para publicar o julgado etc.).

11. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 132, 136-143.

12. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 131-132; 139-143.

elementos eficaciais também presentes no ato sentencial não são totalmente destituídos de utilidade, ou mesmo desprezíveis.

2.1.2. Efeitos mínimos e a “constante 15”

Além da força e das eficácias imediata e mediata, encontram-se em toda sentença os “efeitos mínimos”, representados pelos pesos eficaciais (2) e (1), os quais também não exercem nenhuma influência na identificação da natureza da ação. Nada obstante são inelimináveis, pois em toda sentença há a presença dos cinco elementos de eficácia, inclusive os de menor intensidade¹³.

Com efeito, toda e qualquer sentença, mesmo quando não seja de natureza declaratória, ou quando não possua tal elemento como eficácia imediata ou mediata, pelo menos, *declara* a existência da pretensão à tutela jurídica (direito à jurisdição) exercida por meio do processo; ou, pelo menos, *constitui* a si mesma; ou *condena* o vencido a sofrer as diversas consequências processuais; ou *manda* que sejam as partes intimadas (v.g. “Publique-se, registre-se e intimem-se”); ou, ainda quando não se transfira algo ao patrimônio do vencedor, põe em sua esfera jurídica o próprio julgado proferido em seu benefício, revelando assim o mínimo de *executividade*¹⁴.

Tais constatações repelem as suposições de serem os efeitos mínimos insignificantes e, em algumas sentenças, ausentes. Não há nenhuma sentença em que eles eventualmente não venham a ser encontrados.

Portanto, em toda sentença estão presentes os cinco elementos de eficácia e a intensidade de cada elemento eficaz variará conforme a natureza de cada sentença. Da soma algébrica dos pesos eficaciais atribuídos a cada elemento, obter-se-á sempre o mesmo resultado: quinze.

É ponderável, não podemos deixar de admitir, que o estudo dos “efeitos mínimos” seja de pouquíssima relevância teórica e prática. Porem, a rigor, não podem ser considerados inexistentes, pois estão sempre presentes em qualquer sentença. A sua verificação em cada caso é feita por exclusão: após se identificar a força e as eficácias imediata e mediata é que se deverá medir-lhes, conforme a situação, os respectivos pesos.

1.1.3. Particularidades de cada carga eficaz

Sendo correta a afirmação de possuir qualquer ação todos os elementos de eficácia, não é menos certo que a verificação dos respectivos pesos, em cada

13. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 141.

14. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 141.

situação, quase sempre é tarefa árdua, daí porque ser conveniente tratar das particularidades de cada medida de eficácia, afim de, com base nelas, obter-se forte subsídio na identificação das cargas eficaciais das sentenças.

Para a identificação da força é necessária a observação, dentre todas as eficácias contidas na ação, daquela que mais sobreleva. Assim, v.g., quando a sentença *mais* declara do que constitui, condena, manda ou executa, a força será de declaração.

A eficácia imediata é aquela também contida na sentença, mas de peso eficaz *imediatamente* inferior ao da força. Muitos juristas chegam a confundir, em algumas ações, a força com a eficácia imediata, do que resulta na classificação da sentença a partir de elemento de eficácia não-preponderante.

Já a eficácia mediata é aquela que, em intensidade, vem logo após a eficácia imediata. É de extrema relevância não apenas teórica, mas prática também, a correta identificação nas ações do elemento de peso de eficácia mediata, principalmente no trato do elemento executivo, quando será possível precisar se a execução será feita na mesma ou em outra relação jurídica processual, como será tratado adiante.

Segundo Pontes de Miranda, há uma peculiaridade que distingue a situação, no tempo, dos elementos declarativo e constitutivo dos demais: as cargas eficaciais *mediatas* de declaratividade e constitutividade são sempre *inclusas* na sentença, enquanto as cargas de condenação, mandamento e execução são sempre *exclusas*¹⁵.

Isso quer significar que nas *cargas mediatas* declarativas e constitutivas, a sentença, com a declaração ou constituição, basta-se; nas demais, exige a propositura de outra ação para realização do efeito respectivo. Assim, quando se está diante de uma sentença condenatória, v.g., com peso (3) de executividade, a execução far-se-á em outra relação jurídica processual, por ser essa carga exclusiva (v.g. sentença que condena a pagar quantia certa antes do advento da Lei nº 11.232/2005). Contudo, quando se está diante de uma ação condenatória, v.g., com peso (3) de declaratividade, não há necessidade da propositura de outra ação para a obtenção desse efeito, pois na própria sentença a declaração suficiente à produção de coisa julgada material satisfaz: a carga de declaratividade está inclusa.

Com efeito, na declaração, põe-se a decisão *após* ao que se está a declarar; a eficácia mediata de declaratividade, portanto, fica lógica e cronologicamente antes da sentença.¹⁶

15. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 148.

16. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 149.

Na constituição, a carga de eficácia mediata se acha dentro da própria sentença. Quando se constitui, há o momento “a”, antes da constituição, e o momento “b”, após; a irradiação da eficácia mediata se dá *contemporaneamente* à da força e da eficácia imediata da decisão, pois, por imposição lógica, “não se pode constituir e esperar que outro juiz, ou o mesmo juiz, noutra ação, constitua”.¹⁷

1.2. Análise isolada de cada tipo de eficácia

Já se pôs em evidência que para a classificação quinária, os elementos de eficácia que integram as ações são de cinco espécies: declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva que se combinam, com intensidades diferentes, em cada comando sentencial.

Cabe agora proceder à análise específica de cada tipo de eficácia, sem cuja definição seria impossível a tarefa de identificar a sua intensidade nas sentenças.

1.2.1. Eficácia declarativa

Na eficácia declarativa, o enunciado constante no comando sentencial é meramente existencial; o juiz apenas afirma existir ou não determinada relação jurídica. Busca-se apenas a eliminação da situação de incerteza jurídica.

A sentença declarativa não está apta, como diz Pontes de Miranda, a “alcançar, desde logo, os fatos da vida em sua materialidade”¹⁸. O comando judicial vai à busca dos fatos para prioritariamente declarar alguma eficácia jurídica ou a ausência de eficácia (existência ou inexistência de relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de documento). Não se trata, contudo, de retroatividade. O juiz, para declarar, põe-se no tempo à época da situação jurídica objeto da declaração, pospondo em seguida a decisão; ocorre justamente o inverso da retroatividade, quando se volta no tempo desconstituindo as situações jurídicas já produzidas. Como salienta Calamandrei¹⁹, o juiz se projeta no passado, colocando-se em posição de um “historiador” que, indagando *a posteriori*, considera e põe em claro eventos já ocorridos e como tais já não mais modificáveis.

A eficácia de declaração se liga diretamente à coisa julgada material, pois a sentença declarativa confere, após o seu trânsito em julgado, a indiscutibilidade

17. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 149.

18. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 211.

19. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, p. 212.

ao direito declarado ou reconhecido no ato sentencial²⁰. Mas não apenas as sentenças preponderantemente declaratórias são aptas à irradiação da coisa julgada: qualquer sentença que eventualmente contenha eficácia imediata ou mediata de declaratividade está propensa à irradiação da coisa julgada material²¹.

A sentença preponderantemente declarativa de obrigação não exclui a possibilidade de execução, pois pode ser considerada como título executivo judicial, como acertadamente decidiu o Superior Tribunal de Justiça em precedente paradigmático, relatado pelo Ministro Teori Zavascki²². Após o advento da Lei nº 11.232/2005 esse entendimento foi expressamente incorporado ao direito positivo, através do art. 475-N, I do CPC²³.

À luz da classificação quinária, pode-se dizer que as sentenças de força (eficácia preponderante) declaratória, quando reconheçam a existência de uma obrigação, estarão dotadas de eficácia imediata de executividade, a ensejar a sua execução na mesma relação jurídica processual.

1.2.2. Eficácia constitutiva

A eficácia constitutiva consiste em criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica ou situação jurídica: “ou se constitui positivamente, isto é, com (*cum*) o que se decide se põe plus, que diferencia o momento posterior; ou se constitui negativamente, isto é, se retira, *com* o ato, o que lá estava; ou se altera o que lá está com o que se tem de alterar.”²⁴ Daí se percebe haver três classes de ações constitutivas: a) positivas; b) modificativas; ou c) negativas.

Os juristas italianos, em geral, ao definirem a sentença constitutiva, costumam afirmar, como o fez Calamandrei²⁵, por exemplo, ser ela espécie da sentença de

20. Em sentido mais amplo, José Maria Tesheiner entende que a coisa julgada material “reveste todo o conteúdo decisório, e não apenas o elemento declaratório.” (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 74).

21. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 112. Paulo Roberto de Oliveira Lima, de forma original, sustenta que qualquer sentença, independente da intensidade do elemento declaratório, estará apta a produzir coisa julgada material: “seja qual for a quantidade do elemento declarativo presente na decisão, o sistema há de reconhecer certa dose de imutabilidade no comando da sentença, tão logo esgotada a possibilidade do uso dos recursos.” (LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*, São Paulo: RT, 1997, p. 26).

22. STJ, RESP 588202/PR. Relator: Ministro Teori Zavascki, DJ 25.02.2004.

23. Antes mesmo da reforma operada pela Lei nº 11.232/2005, havia exemplos de sentenças declaratórias que davam ensejo à propositura da ação de execução de sentença, a exemplo da que declarasse, em denúncia à lide (CPC, art. 76), o direito do evicto, tal como bem percebeu Francisco Wildo Lacerda Dantas (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 129).

24. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 03.

25. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 215.

declaração (em sentido amplo), pois à declaração de certeza que se refere ao passado se acompanha uma mudança jurídica que se refere ao futuro. Já Carnelutti²⁶, por sua vez, fala em “processo de acerto constitutivo”, em contraposição ao “processo de simples acerto”, no qual o juiz unicamente acerta (=declara) o modo de ser de uma relação jurídica.

Parece-nos correto o entendimento de que nas ações constitutivas sempre há declaração judicial em preponderância menor à constitutividade, pois, antes do juiz modificar ou extinguir, estaria ele reconhecendo implicitamente a existência da relação jurídica a ser modificada ou extinta; ou antes de criar determinada relação jurídica estaria ele reconhecendo e, portanto, declarando a existência do direito subjetivo à sua criação (direito formativo gerador, ou direito potestativo).

Agora, a concepção segundo a qual a sentença constitutiva corresponderia à declaração *mais* a modificação do mundo jurídico deve ser recebida com algumas reservas, notadamente porque se deve buscar definir o elemento de eficácia presente na sentença pelos traços particulares que os permita diferenciar dos outros elementos; o elemento declaratório, nesses casos, sobretudo se utilizarmos a definição proposta por Carnelutti, funcionará apenas carga eficaz de intensidade inferior ao efeito preponderante (constitutivo).

Deve-se ao máximo procurar não confundir as duas classes distintas de eficácias (declaratória e constitutiva). Assim, até poderíamos classificar as sentenças de declaração em declarativas em sentido amplo para compreender as espécies de providências constitutivas e condenatórias, partindo da premissa de haver em ambas, antes de o juiz proferir a condenação ou constituição, a prévia declaração. Todavia, para sermos coerentes, deveríamos pôr também na classe das declaratórias (*lato sensu*) as sentenças mandamentais e executivas, visto que estas também contêm eficácia de declaratividade, porquanto o elemento eficaz declaratório se faz presente em todas as sentenças, sem exceção²⁷.

É preferível, então, conceituar-se a sentença constitutiva como aquela cuja eficácia preponderante consiste no nascimento, modificação ou extinção da relação jurídica posta como *res in iudicium deducta*.

26. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 227-228.

27. Coerente, por isso, se acha a classificação adotada por Fredie Didier Jr.: “As ações de conhecimento (certificação) podem ser classificadas como: condenatórias, constitutivas, meramente declaratórias, executivas e mandamentais.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 193).

1.2.3. Eficácia condenatória

A conceituação da sentença condenatória tem gerado muitas controvérsias, sobretudo pela obscuridade com que vem sendo tratada pelos autores de um modo geral²⁸. A doutrina tradicional, sempre tendeu à definição da ação condenatória como aquela em que o juiz verifica a ilicitude da conduta do réu, violadora do direito subjetivo do autor, e aplicando contra o demandado uma sanção prevista na norma jurídica²⁹. A sentença condenatória, segundo Liebman³⁰, além de declarar a existência da relação controvertida, teria eficácia executiva, valendo como título executivo. Assim, costuma-se caracterizá-la por nela haver o duplo efeito: a) a declaração da existência do direito a uma prestação e seu inadimplemento; e b) a atribuição ao titular do direito à ação executiva.

Essa concepção parece-nos, hoje, pouco sustentável. A primeira imprecisão é manifesta: aludir-se ao elemento declarativo para se poder definir o condenatório. Outrossim, a afirmativa segundo a qual a sentença condenatória, primeiramente, teria o efeito de declarar a ilicitude da conduta do réu não resiste a uma análise rigorosa. Barbosa Moreira³¹ bem objetou que quando o litigante é vencido no processo também é condenado ao pagamento das custas e honorários de sucumbência. Em tal hipótese, como seria possível afirmar que o juiz declarou a existência de uma ilicitude?

Sobre a alusão à aptidão da sentença para dar ensejo à execução, como traço característico da eficácia condenatória, as imprecisões permanecem. Primeiramente, porque não se deve buscar a definição do objeto pelos efeitos produzidos; não seria correto definir-se a causa pela consequência. Além do mais, não há relação de causalidade necessária entre condenação e execução, pois sempre há possibilidade do atendimento à exortação, isto é, do cumprimento voluntário da prestação. Ademais, em algumas situações (v.g., condenação em ação contra a Fazenda Pública; condenação à perda do sinal pago na ação do art. 420 do Código Civil de 2002) da sentença condenatória não decorre uma execução no sentido próprio e preciso do termo.

28. Araken de Assis, a esse respeito, preconiza com acerto: “De todas as eficácias tradicionais, a que se oferece mais enigmática ao estudioso é a condenatória.” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 96).

29. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 227; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 178, dentre outros.

30. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 183.

31. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões Críticas sobre uma Teoria da Condenação Civil*, in Temas de Direito Processual, primeira série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74.

A solução adequada é encontrada quando se perquire o próprio teor do enunciado presente no comando judicial na sentença de condenação. A definição de Pontes de Miranda³², segundo a qual condenar é “ordenar que sofra” (ordenar não aqui no sentido de mandar, mas sim de exortar), embora também não esteja isenta de obscuridades, como percebido por Ovídio Baptista da Silva³³, apresenta alguma vantagem. É inegável que nas sentenças de procedência com eficácia preponderantemente condenatória há a declaração judicial, reconhecendo a existência da pretensão do autor e da correlata obrigação do réu, mas o comando sentencial que faz a condenação não se restringe à pureza do enunciado existencial, em razão do *plus* da exortação.

A característica da eficácia condenatória, segundo nos parece, reside justamente nesse exortar dirigido à parte vencida. A obrigação de prestar não decorre da sentença, pois aqui seria ela constitutiva positiva; nem a sentença se limita a declarar a sua existência, o que a tornaria declarativa. Há, como algo essencial, o enunciado sentencial correspondente à exortação a que o obrigado preste, positiva ou negativamente, esse é o seu traço característico. A sentença simplesmente exorta, aguardando a iniciativa do condenado quanto ao cumprimento da obrigação (diferentemente do que acontece com a sentença mandamental em que o juiz ordena e, se necessário, faz o demandado cumprir, mesmo contra sua vontade, o mandamento formulado no enunciado sentencial).

Com a reforma introduzida pela Lei nº 11.232/2005, as sentenças meramente declaratórias que reconhecem a existência de uma obrigação de pagamento, segundo o art. 475-N do CPC³⁴, passaram a ser consideradas como título executivo judicial, a ensejar a execução do julgado como fase complementar à fase de conhecimento do mesmo processo, independente da propositura de uma ação processual executiva autônoma. Logo, apesar de diferença existente entre os elementos declaratório e condenatório (na declaração o enunciado sentencial é puro, meramente existencial, enquanto que na condenação ao enunciado existencial é adicionada a exortação), os efeitos práticos dessa distinção (no tocante às obrigações de pagamento) foram sensivelmente reduzidos, pois: a) tanto as sentenças declaratórias quanto as condenatórias produzem coisa julgada material (estas últimas porque geralmente possuem eficácia declarativa imediata ou mediata);

32. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

33. SILVA, Ovídio Baptista da. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 237.

34. “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;”

b) agora não só as sentenças preponderantemente condenatórias, mas também as declaratórias, podem dar ensejo à execução do julgado.

Isso, porém, não quer significar, por óbvio, o abandono da sentença condenatória como categoria autônoma, nem quer dizer que as sentenças de condenação e de declaração estariam equiparadas por seus efeitos práticos, porquanto além da diferença, do ponto de vista do enunciado sentencial, entre simplesmente “declarar” e “exortar” a prestar, existem sentenças preponderantemente condenatórias, como vimos, que não ensejam execução posterior (e nem por isso se transformam em sentenças declaratórias).

1.2.4 Eficácia mandamental

O caracteriza a eficácia mandamental é justamente o mandamento dirigido ao sujeito passivo da relação jurídica, impondo a prática ou a abstenção de determinado ato. No comando sentencial, há a presença de ato do juiz, *mandando*: o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras (verbo). A ordem decorrente da sentença é ato que o juiz pratica por sua estatalidade³⁵.

Deve ser evitada a confusão entre as eficácias condenatória e mandamental. No comando sentencial da primeira, há enunciado de fato e de valor; no da segunda, há ato do juiz, ordenando. Na condenação, não há *mandamento* a que o vencido cumpra a obrigação cuja existência restara declarada imediatamente na sentença: “a sentença condenatória nada mais faz do que *exortar* o condenado a que cumpra a obrigação”³⁶. Não atendendo à condenação, nada poderá fazer o juiz no sentido forçá-lo a adimplir a obrigação. Se o credor se abster de ajuizar posteriormente a correspondente ação de execução, ou se a sentença não contiver a eficácia imediata para possibilitar de logo a execução, sem a necessidade de nova demanda, nada de negativo acontecerá ao devedor. Por outro lado, na sentença mandamental, o mandamento há de ser obedecido, já que ao juiz, por sua estatalidade, é dado o poder de coerção, a fim de assegurar o cumprimento da ordem expedida³⁷.

Não há como negar, assim, a autonomia da ação e a correspondente eficácia mandamental, por ser essa classe eficaz totalmente distinta das outras quatro espécies, notadamente da eficácia condenatória, com a qual, até certo ponto, se assemelha, mas que com ela não deve ser confundida.

35. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 49.

36. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 02. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 345.

37. São exemplos de sentenças preponderantemente mandamentais as proferidas em ação de mandado de segurança, ação de manutenção de posse etc.

1.2.5 Eficácia executiva

A eficácia que caracteriza as sentenças executivas está na retirada de valor ou de determinada coisa, que se acham no patrimônio do demandado, pondo-os no patrimônio do demandante³⁸. Alguns autores³⁹, ao tratarem da ação executiva, aludem ao conceito de “ato executivo”, definindo-o como ato estatal, pelo qual se satisfaz a pretensão reconhecida ao demandante, transferindo para sua esfera jurídica algum valor jurídico presente na esfera do vencido. Portanto, toda ação de natureza executiva tenderá à realização de um ato executivo, que é eminentemente sub-rogatório, pois o Estado, por meio dele, realiza aquilo que voluntariamente deveria ser prestado pelo devedor⁴⁰.

Parece-nos útil a alusão ao conceito de ato executivo como fenômeno presente nas ações executivas, seja de qual espécie se esteja a tratar, principalmente para pôr em destaque a distinção entre a “pretensão executiva” e a “pretensão a executar”. Na primeira, o sujeito passivo é o devedor (sentido amplo); na segunda, quem figura no pólo passivo da relação jurídica é o Estado-juiz, a quem caberá satisfazer a pretensão a executar do demandante, através dos atos executivos⁴¹.

A ação executiva não deve ser confundida com a “ação” processual de execução. A primeira se situa no plano do direito material; já a “ação” de execução é o remédio que as normas processuais disponibilizam para que se exerça a pretensão a executar (subespécie remédio jurídico processual cuja prestação jurisdicional do Estado consista na realização de atos executivos). Por isso, é correta a conclusão de Ovídio Baptista da Silva, segundo o qual pode haver “ação” executória, sem execução (se o exequente ajuíza demanda executiva tendo o devedor pago o débito momentos antes da propositura e o juiz, provocado através de embargos à execução ou exceção de pré-executividade, extingue-a. Neste caso, indiscutivelmente, houve a “ação” executória, mas por faltar ao autor a ação executiva, a execução teve de ser extinta)⁴².

Não obstante, a eficácia executiva, em algumas situações, também poderá ser emanada diretamente de ato sentencial proferido em processo de conhecimento.

38. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 225.

39. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 02. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 25.

40. Alguns autores têm adotado um conceito mais amplo de ato executivo, para abranger não só os atos sub-rogatórios propriamente ditos, mas também os atos de coerção indireta (v.g. multas cominatórias). Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 88 e segs.; BAUMÖHL, Debora Inês Kram. *A Nova Execução Civil – A Desestruturação do Processo de Execução*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 22 e segs.

41. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IX, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 19.

42. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 02. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31-32.

Nesses casos, haverá sentença executiva (qualificada, portanto, por sua eficácia preponderante). São exemplos: a ação de reivindicação, a ação de imissão de posse, a ação de despejo, a ação de reintegração de posse. Em todas elas, a sentença proferida tem natureza executiva, possuindo como eficácia preponderante a retirada de determinado bem do poder do vencido para entregá-lo ao vencedor.

É perceptível, assim, que a eficácia executiva qualifica a ação de direito material, posta no processo como *res in iudicium deducta*, e não a “ação” processual, uma vez ser possível, como visto, ter-se ação (material) executiva em processo de conhecimento, assim como ter-se “ação” processual de execução, sem que se tenha, no caso concreto, o reconhecimento da ação de direito material executiva.

A existência de uma sentença de natureza executiva foi, no Brasil, defendida originalmente por Pontes de Miranda⁴³, sendo sua teoria, num primeiro momento, solenemente ignorada pela maior parte da doutrina brasileira. Alguns juristas⁴⁴, contudo, a nosso ver escorreitamente, sempre defenderam a autonomia dessa categoria, sobretudo em face das sentenças proferidas em ações reais, a exemplo da ação de reivindicação e da ação de imissão de posse⁴⁵, nas quais o próprio comando sentencial contém a executividade necessária para realizar, no plano fático, o pedido reconhecido como procedente. Oportuna, a propósito, a observação de José Maria Tesheiner⁴⁶:

Desde Pontes de Miranda se distinguem as ações executivas *stricto sensu* (compreendendo as ações de execução, apontadas como tais no CPC, fundadas em título executivo judicial ou extrajudicial) e as ações executivas *lato sensu*, correspondentes às ações de conhecimento em que a eficácia condenatória da sentença é tal que permite a execução "na mesma relação processual". Trata-se, em última análise, de ações mistas, de conhecimento e de execução. Sem essa categoria, torna-se inexplicável, por exemplo, a liminar em ação de reintegração de posse, que não constitui medida cautela (pois não supõe *periculum in mora*), mas adiantamento da execução. Como adiantar execução num processo só de conhecimento?

Ultimamente, sobretudo após as reformas processuais ocorridas entre os anos de 2001 e 2005, a doutrina e a jurisprudência passaram a trabalhar com a categoria de sentenças executivas, muitas vezes sob a denominação de “sentenças

43. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 291.

44. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 02. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 228; ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 101-102, dentre outros.

45. Barbosa Moreira, embora a princípio admita a sentença executiva como categoria autônoma, restringe-a à sentença que supre a emissão de declaração de vontade pelo réu, que seria “autoexecutável” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação das Sentenças*, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 7, São Paulo: Dialética, p. 26-38, out, 2003, p. 36).

46. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*, São Paulo: RT, 2002, p. 55.

executivas *lato sensu*”⁴⁷ para designar aquela classe de provimentos judiciais que possibilitam a sua execução independentemente do ajuizamento de uma ação autônoma de execução. Barbosa Moreira⁴⁸, em crítica irretocável, bem assevera a impropriedade da expressão, pois quem dela se utiliza não se arrisca a mencionar e identificar a categoria das “sentenças” executivas *stricto sensu*.

Vale ressaltar, contudo, que, no contexto da classificação quinária, não se pode classificar como “executiva *lato sensu*” (apesar da expressão haver se tornado usual), no direito processual brasileiro, a sentença que reconhece a existência de obrigação de pagamento, mesmo após a Lei nº 11.232/2005. Tal sentença, apesar de sua execução dispensar a propositura de uma ação de execução autônoma, continua a ter natureza declaratória, ou condenatória, conforme se trate de declaração ou condenação a eficácia predominante no julgado. A executividade desses provimentos constitui *eficácia imediata* da decisão (carga eficaz somente inferior à força, que é a eficácia preponderante e que dá nome à sentença), pois primeiro se declara ou se condena; somente em caso de não pagamento pelo devedor é que a fase executiva deve ser instaurada (CPC, art. 475-J).

Sentenças executivas, ao menos segundo os critérios utilizados pela classificação quinária, aqui adotados, somente são aquelas cuja eficácia executiva seja preponderante em relação aos demais elementos eficaciais.

O traço característico do elemento eficaz executivo, portanto, está no ato de se retirar algo da esfera jurídica de alguém colocando-o na do titular da ação: “Compreende-se que se fale de execução, de ação executiva, quando se tira algo de um patrimônio e se leva para diante, para outro”⁴⁹.

1.3. Algumas objeções doutrinárias à classificação quinária

A classificação quinária, até bem pouco tempo, não era muito difundida na doutrina nacional. Poucos processualistas⁵⁰ a mencionavam em suas obras. Hoje, pode-se dizer que a classificação quinária, ao menos em parte, vem sendo adotada

47. Pontes de Miranda utilizou a expressão “ação executiva *lato sensu*” para designar o gênero do qual seriam espécies: a) a ação de eficácia sentencial preponderante executiva (v.g. ação de reivindicação, ação de adjudicação compulsória); b) ação de execução de título extrajudicial; e c) ação autônoma de execução de título judicial (*actio iudicati*).

48. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “Execução” de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 42, São Paulo: Dialética, p. 56-68, set, 2006, p. 58.

49. MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IX, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 04.

50. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 159 e segs.; ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 89 e segs.; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda Dantas. *Jurisdição Ação (Defesa) e Processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 125, por exemplo.

entre os doutrinadores nacionais. Não obstante, algumas críticas têm sido feitas à sua formulação.

Araken de Assis, inicialmente, aplaude a doutrina de Pontes de Miranda, chegando a afirmar que este jurista tivera méritos na afirmação incansável de que nenhuma ação ou sentença se oferece pura, vale dizer, possui eficácia única, pois a presença de duas ou mais eficácias em todo provimento judicial seria realidade praticamente incontestável⁵¹.

Já Adroaldo Furtado Fabrício chegou a tachar de “rígida e extrapolada” a classificação quinária com a constante quinze. A despeito do desprezo manifestado por esse jurista à formulação daquele critério classificatório, em outras passagens de sua obra, ele admite a presença de outras eficácias nas sentenças, em alguns casos, e propugna que a classificação de cada ação deva atender à predominância da respectiva eficácia nela existente⁵².

Ovídio Baptista da Silva reconhece a procedência da classificação quinária, ao afirmar o acerto de Pontes de Miranda em “haver insistido no fato de que as sentenças em geral não são puras e que as classificações que delas se fazem levam em conta apenas a eficácia preponderante, além de mostrar que todos os critérios usuais de classificação apenas dizem respeito às sentenças de procedência”.⁵³

No entanto, mesmo aceitando a classificação quinária ao classificar as sentenças em cinco espécies (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva), conforme as respectivas cargas de eficácia preponderante, Ovídio Baptista repele a teoria da “constante quinze”:

Segundo a conhecida doutrina de PONTES DE MIRANDA, cada sentença deverá conter todas as eficácias conhecidas, distribuídas em doses diferentes, a ponto de ser possível quantificá-las matematicamente, descobrindo-se em todas as sentenças uma soma constante de eficácias. Esta concepção, de inspiração pitagórica, que busca a redução ontológica da realidade social a uma simples expressão numérica, é artificiosa, sem dúvida, e destituída de fundamentação científica.⁵⁴

51. Cf. ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 90.

52. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, T. III, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 548-549.

53. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 165. Em obra mais recente, Ovídio Baptista da Silva reafirma sua rejeição à teoria da “constante quinze”, mas novamente ressalta, com acerto, o valor de se compreender o fenômeno da multiplicidade de efeitos nas sentenças: “Além disso, é também necessário aceitar que as sentenças possam ter múltiplas eficácias, importante contribuição de Pontes de Miranda que a doutrina ainda não assimilou, porém não rejeitou (!), porque nem mesmo dela tratou, para mostrar-lhe a improcedência.” (SILVA, Ovídio Batista. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229).

54. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 165.

A crítica mais objetiva e consistentemente construída foi a formulada por Barbosa Moreira⁵⁵, que cuidou de apontar, especificamente, os pontos segundo os quais a classificação quinária com a chamada “constante quinze” estaria equivocadamente formulada. Para ele, a idéia de que em toda sentença há pluralidade de efeitos com pesos variáveis de intensidade não estaria isenta de artificialismo. Basicamente duas são as razões apresentadas pelo citado jurista para obter sua conclusão.

Na primeira, assenta: “Dizer que toda sentença contém, pelo menos, condenação do vencido ao pagamento de custas e, por isso, tem eficácia condenatória, seja qual for a classe a que pertença, é enunciar proposição que suscita reservas de vários teor.” Segundo aquele jurista, em sendo uma sentença de natureza declaratória, v.g., na qual o juiz haja omitido a condenação acessória nas custas e honorários advocatícios, sem a posterior eliminação da omissão, não se poderia cogitar de qualquer efeito condenatório. Não obstante, a obrigação da condenação acessória seria contingente, pois: a) nos Juizados de Pequenas Causas (hoje Juizados Especiais), há casos legalmente previstos de isenção do pagamento das verbas sucumbenciais; b) quando ocorre a sucumbência recíproca (art. 21, *caput*, do CPC), ter-se-ia a compensação que excluiria a presença do elemento condenatório na sentença⁵⁶.

Em seguida, afirma ser equívoca a afirmação de que “em toda sentença há, *pelo menos*, a constitutividade que resulta de ter sido proferida”. Critica também a afirmação formulada por Pontes de Miranda, segundo a qual: “as sentenças declarativas constituem, porque, com a sentença, se têm a eficácia de coisa julgada material e algo novo”. Para Barbosa Moreira, haveria imprecisão nos dois enunciados referidos. No primeiro, o equívoco estaria na suposição de que a constituição resultante da criação da própria sentença pudesse ser relevante; segundo ele, seria maléfico para a ciência considerar-se “indiscriminadamente quaisquer ‘novidades’ concebíveis, como se tratasse de fatos homogêneos”. No segundo enunciado, repele a identificação entre constitutividade e idoneidade para produção de coisa julgada material; para ele também o “algo novo” mencionado se traduziria na certeza oficial sobre a existência ou inexistência da relação jurídica, que não poderia ser equiparada à inovação operada por uma sentença constitutiva⁵⁷.

55. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema*, in Temas de Direito Processual Civil, quinta série, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 180 e segs.

56. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema*, in Temas de Direito Processual Civil, quinta série, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 181.

57. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema*, in Temas de Direito Processual Civil, quinta série, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 181-182.

Ressalvadas as restrições mencionadas, certo é que o próprio Barbosa Moreira não se recusa a reconhecer a possibilidade de uma sentença vir a produzir efeitos diversos, chegando inclusive a afirmar que o elemento declaratório estaria presente em todas as sentenças, independente de sua natureza⁵⁸.

1.3.1. *Análise conclusiva*

Diante da exposição dos fundamentos da classificação quinária das sentenças e das críticas a ela dirigidas, cumpre-nos agora extrair algumas ilações.

Pontes de Miranda teve o mérito de classificar as sentenças segundo o critério da carga de eficácia preponderante. Tal método parece-nos ser o mais preciso, pois: *i)* evita a confusão entre a ação (de direito material) e remédio jurídico processual; *ii)* não ignora o fato de existirem várias eficácias na ação ou na sentença, embora para se classificá-las baste a identificação do elemento preponderante; *iii)* inclui em sua formulação a categoria das sentenças mandamentais e executivas.

A objeção à teoria da constante quinze feita por Adroaldo F. Fabrício não nos parece procedente. Afirmar que a classificação quinária seria “rígida e extrapolada”, sem justificar o porquê dessa refutação, não nos parece, do ponto de vista científico, uma atitude aceitável.

Não se poderia adjetivar a formulação da constante de eficácias de “extrapolada” sem apontar onde estaria a pretensa extrapolação, ou ao menos esclarecer o sentido do uso do vocábulo, mormente pela dificuldade da exata compreensão de seu significado, tal como expressado.

Ovídio Baptista da Silva se aproximou bastante da concepção de Pontes de Miranda, pois além de aceitar a divisão quádrupla das sentenças (declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas), admite a presença nos atos sentenciais, independente de sua eficácia preponderante, de outros elementos de eficácia.

A crítica formulada por aquele jurista, porém, deve ser objeto de reflexão. A teoria da constante quinze não pretende reduzir a realidade social a simples expressão matemática. Ao contrário, a finalidade de se atribuir pesos às eficácias presentes na sentença, conforme a intensidade do respectivo elemento, visa descrever, com a maior precisão e clareza possível, o fenômeno jurídico da multiplicidade de eficácias presentes nas ações e sentenças.

58. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema*, in Temas de Direito Processual Civil, quinta série, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 182. No mesmo sentido: SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 496.

A existência de diversas eficácias, distribuídas com intensidade variável nas sentenças, fato jamais negado pelos críticos da teoria da constante quinze, exigiu tal sistematização. Ovídio Baptista da Silva citou exemplo da ação de falência⁵⁹, que, segundo ele, teria quatro elementos eficaciais, distribuídos em diferentes doses.

Se as sentenças possuem várias eficácias, como admite o próprio Ovídio Baptista, e a sua classificação deverá atender ao elemento eficaz mais forte, estar-se-á admitindo, inexoravelmente, não apenas a existência de outras eficácias na mesma sentença, mas também a intensidade variável de cada elemento.

A utilização de “números” por Pontes de Miranda, segundo nos parece, não visa a explicar uma realidade estritamente jurídica a partir de métodos ou conceitos matemáticos. Tanto é verdade que para a intensidade de cada elemento eficaz em uma dada sentença o jurista fez corresponder os conceitos de *força*, *eficácia imediata*, *eficácia mediata* e *efeitos mínimos*, através dos quais se torna possível chegar à conclusão de que em toda ação se fazem presentes os cinco elementos (declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo). Vale dizer, o uso ou não dos pesos, com seus respectivos valores, jamais infirmaria a sua formulação.

Portanto, segundo pensamos, atribuir pesos (com representação numérica) aos elementos eficaciais da sentença, de acordo com a respectiva intensidade, auxilia na compreensão do fenômeno, pois através de tal método se torna possível, não apenas obter a constatação da pluralidade de eficácias em cada ação ou sentença, mas também precisar, em cada caso, qual a força, quais as eficácias imediata e mediata e quais os efeitos mínimos correspondentes.

Quanto às objeções à “constante quinze”, é preciso notar que a vantagem maior desta teoria é apenas de realçar a presença, em toda sentença, dos cinco elementos eficaciais. Na verdade, se abstrairmos os números, a sua formulação corresponde, rigorosamente, à seguinte afirmação de Pontes de Miranda:

Na vida de estudos diários, intensivos, de mais de meio século, nunca encontramos, nem conhecemos qualquer ação ou sentença que não caiba numa das cinco classes. (...) não há qualquer sentença em que não haja elementos declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo.⁶⁰

59. No exemplo da ação de falência, afirmou Ovídio Baptista (*Curso de Processo Civil*, V. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 497) ser ela de natureza constitutiva (do estado de falido), contendo ainda eficácias executiva, declarativa e mandamental.

60. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 139-141.

Em outras palavras: o que se buscou revelar com a teoria da constante quinze foi justamente a presença, inexorável, em toda sentença, dos cinco elementos eficaciais, o que nos parece perfeitamente correto. Doutrinariamente - é preciso que se reafirme -, até mesmo os que mantêm algumas restrições à teoria de Pontes de Miranda, não apontaram uma única sentença na qual não se verificassem os cinco elementos, com exceção apenas de Barbosa Moreira, que enfrentou o problema objetivamente, tentando demonstrar a falta dos elementos condenatório e constitutivo em algumas sentenças.

Para Barbosa Moreira, haveria sentenças desprovidas do elemento condenatório. Três casos são apontados: no primeiro, em sentença declaratória, na qual houvesse omissão judicial quanto ao pagamento das custas e honorários, não haveria qualquer condenação; no segundo, é lembrada a existência de situações previstas na legislação nacional (Juizados Especiais, *e.g.*) nas quais a condenação nas verbas de sucumbência estaria pré-excluída; no terceiro, é apontada a sucumbência recíproca, quando também não estaríamos diante de condenação.

Não se deve olvidar que condenar, na perspectiva teórica da classificação quinária, é simplesmente exortar que sofra⁶¹. Para se verificar o efeito mínimo (pesos 1 e 2 na classificação quinária) do elemento condenatório em uma sentença, seja qual for a sua natureza, não é necessário constar expressamente do julgado alguma condenação, ainda que seja a título de custas, ou honorários de sucumbência. O mínimo de eficácia condenatória se satisfaz com a condenação do vencido a sofrer as diversas conseqüências processuais, inclusive os efeitos da sentença proferida contra a parte derrotada⁶².

Assim, até mesmo nas sentenças declaratórias, ainda quando haja pré-exclusão do pagamento de custas e honorários por lei, há condenação (mínima, é verdade, mas ineliminável) do litigante vencido a suportar, em sua esfera jurídica, as conseqüências decorrentes da declaração (e dos demais efeitos) proferida em seu desfavor.

Como estamos a tratar de efeitos mínimos da sentença, é evidente que não há a necessidade de enunciação expressa pelo juiz da sua presença; tais efeitos vêm implícitos no próprio comando sentencial. Ora, toda sentença, independente de sua natureza, reconhece ao menos a existência ou inexistência da pretensão à tutela jurídica exercida pelo autor. No entanto, nunca se vê na prática expresso

61. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 47.

62. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 141.

no bojo do ato decisório tal enunciado existencial, mas nem por isso se poderia dizer que o elemento declaratório estivesse ausente.

Para Barbosa Moreira, também haveria sentenças desprovidas do elemento, ainda que mínimo, de constituição, pois, para ele, seria artificialismo afirmar que toda sentença constitui a si mesma, por considerar ele tal inovação irrelevante. Do mesmo modo, nas sentenças declaratórias, a coisa julgada e o “algo novo” decorrentes da sentença, mencionados por Pontes de Miranda, não seriam consequências do elemento constitutivo.

Parece-nos, porém, que, quando Pontes de Miranda aludiu à coisa julgada como inovação trazida com a sentença, jamais quis afirmar que ela seria decorrência da presença do elemento constitutivo. Uma das suas maiores preocupações foi a de conceber como um dos pressupostos da coisa julgada material a presença na decisão do elemento declaratório com peso (5), (4) ou, pelo menos (3)⁶³; no pensamento de Pontes de Miranda, a eficácia de coisa julgada material está diretamente ligada ao elemento declaratório do julgado (e não do constitutivo). Não nos afigura acertado desprezar a eficácia mínima representada no fato da constituição da própria sentença, pois com ela há inegável modificação jurídica, inclusive na própria relação processual, inclusive porque: *i*) a partir dela surge a pretensão recursal das partes; e *ii*) o juiz, pelo menos, a ela fica vinculado (não podendo, por exemplo, revogá-la).

Portanto, segundo nos parece, as objeções colocadas à hipótese teórica da classificação quinária das ações, inclusive com a chamada “constante quinze”, não justificam o seu abandono, mesmo porque, como teremos o ensejo de demonstrar logo a seguir, a sua utilização é de grande valia no contexto do direito processual em vigor, sobretudo após as reformas processuais implementadas entre os anos de 2001 e 2005.

2. A CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA E O DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO

Se durante muito tempo a classificação quinária das sentenças era solenemente ignorada pela doutrina, a sua adoção (ainda que parcialmente), nos últimos anos, tem crescido entre os processualistas.

Registre-se que com o advento da Lei nº 10.358/2001, que deu nova redação ao art. 14 do CPC⁶⁴, a existência de provimentos mandamentais passou a ser

63. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 96 e segs.

64. “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...]”

expressamente reconhecida na linguagem prescritiva do direito positivo. A partir daí, a tendência doutrinária se verteu para a admissão das categorias autônomas das sentenças mandamentais (e também das sentenças executivas), como bem salientam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Alvim Wambier⁶⁵:

Apesar de a doutrina tradicional se mostrar, de um modo geral, resistente à adoção dessas duas categorias, em nosso sentir elas devem, sim, ser consideradas pela doutrina como categorias autônomas, principalmente pelo relevante papel que vêm assumindo nos tempos modernos, de que é sintoma a tendência de inclusão de instrumentos deste tipo nos ordenamentos jurídicos positivos.

Também a jurisprudência aos poucos, mesmo antes das reformas introduzidas em nossa ordenação processual entre os anos de 2001 e 2005, já havia reconhecido que determinadas sentenças de procedência – a exemplo das sentenças proferidas em ações possessórias –, dispensariam a propositura de uma ação de execução autônoma para serem efetivadas⁶⁶, abrindo espaço assim à admissão da existência de sentenças autenticamente executivas (ainda que indevidamente rotuladas pelo signo de “sentenças executivas *lato sensu*”).

Atualmente, tornou-se assente em doutrina, até mesmo em função das modificações legislativas sofridas pelo Código de Processo Civil, o reconhecimento da existência de sentenças mandamentais e executivas (antes consideradas, por muitos autores⁶⁷ geralmente como sentenças condenatórias).

Portanto, o postulado da classificação quinária segundo o qual as sentenças são de cinco espécies (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva) tem, contemporaneamente, logrado aceitação no pensamento jurídico e na jurisprudência brasileiros.

Já a asserção de que cada sentença possui os cinco elementos de eficácia (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva), devendo ser classificada em função do elemento preponderante, ainda reclama uma maior aceitação na doutrina.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

65. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 27.

66. Cf. STJ, RESP 739/RJ, Relator: Ministro Athos Carneiro, DJ 10.09.1990. Na oportunidade, asseverou com razão o Ministro Athos Carneiro: “Nas ações possessórias, a sentença de procedência tem eficácia executiva 'lato sensu', com execução mediante simples expedição e cumprimento de um mandado. Inocorrência, nas possessórias, da dicotomia ação de cognição e ação de execução.”

67. Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 45-46; BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 248 e segs., dentre outros.

Parece-nos que o cenário legislativo encontra-se favorável à utilização da classificação quinária, pois tal forma de se catalogar as sentenças fornece explicações satisfatórias a uma série de fenômenos com que se deparam os processualistas da atualidade.

Hoje, por exemplo, após o regime estatuído pela Lei nº 11.232/2005, seria praticamente insustentável defender que as sentenças de procedências declaratórias ou condenatórias quanto às obrigações de pagamento não estivessem dotadas de várias cargas de eficácia (no mínimo o efeito declaratório ou condenatório, conforme o caso, acrescido do efeito executivo a possibilitar a execução do julgado no mesmo processo).

Também nos parece não haver mais dúvidas, atualmente, sobretudo após a contribuição de Fredie Didier Jr.⁶⁸, sobre a possibilidade de uma sentença de força constitutiva ser considerada título executivo judicial, portando assim eficácia imediata de executividade de modo a possibilitar a sua execução nos termos do art. 475-J do CPC, isto é, independentemente de ação autônoma (v.g. sentença de procedência em ação rescisória, que torna certa e obrigação de indenizar em caso da execução da sentença rescindenda já haver ocorrido etc.).

Como se percebe, essa orientação teórica, além de fornecer explicações satisfatórias a diversas questões (v.g. eficácia executiva das sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias; sentenças mandamentais e executivas como categorias autônomas etc.), ainda se amolda ao paradigma de efetividade do processo, tão valorizado pelos processualistas contemporâneos. A esse respeito, oportuna é observação de Baumöhl a respeito da classificação quinária: “Tal classificação apresenta como vantagem imediata a ampliação dos provimentos judiciais passíveis de concessão, o que facilita a adequação das infinitas possibilidades de crise da relação de direito material ao tipo de tutela a ser pleiteada em sede jurisdicional”⁶⁹.

Do ponto de vista da efetividade processual, nada mais útil e vantajoso do que tratar as sentenças como atos processuais aptos a pôr em realização o direito material reconhecido no processo trazendo consigo uma variedade de elementos eficaciais, agrupados em doses diferentes de intensidade, todos destinados a produzir múltiplas conseqüências no momento da efetivação da tutela jurisdicional.

68. DIDIER JR., Fredie. *Reforma da execução de sentença. Art. 475-N, I, CPC. Sentença constitutiva como título executivo*. Disponível em www.frediedidier.com.br. Acesso em: 29 set 07.

69. BAUMÖHL, Debora Inês Kram. *A Nova Execução Civil – A Desestruturação do Processo de Execução*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

CONCLUSÃO

Ao final do exposto, podem-se extrair as seguintes conclusões, agrupadas nas proposições abaixo enumeradas:

1. O direito à jurisdição, no direito brasileiro, é a posição jurídica de vantagem atribuída a todos os sujeitos de direito de poderem pedir e receber do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional, monopolizada desde que proibida, genericamente, a justiça de mão própria;

1.1. o seu surgimento decorre da incidência da norma jurídica extraída do enunciado normativo do art. 5º, XXXV da Constituição Federal;

2. O enunciado do art. 5º, XXXV da Constituição contém quatro normas jurídicas, a seguir descritas (NC^1 , NC^2 , NE , NS): NC^1 - dado o fato de alguém possuir capacidade de ser parte, deve ser a relação jurídica entre o sujeito de direito e o Estado-juiz tendo como objeto a tutela jurisdicional; NC^2 - dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do vencedor à obtenção da realização efetiva do julgado; NE - dado o fato do Poder Legislativo exercer sua competência, deve-ser a observância de vedação quanto à edição de atos legislativos que excluam da apreciação judicial alegações de lesão ou de ameaça de lesão a direitos; NS - dado o fato do Poder Legislativo editar a norma jurídica N' com inobservância da vedação contida em NE , deve-ser a invalidação de N' ;

3. O direito à jurisdição constitui um autêntico direito fundamental no sentido estrito (dimensão subjetiva e desvinculado da realização de outro direito fundamental ou mesmo qualquer direito, dada a sua abstração) e não uma garantia constitucional;

3.1. dentro da tipologia eleita no trabalho, o direito fundamental à jurisdição se enquadra como direito à prestação positiva do Estado;

4. no direito brasileiro, a característica de qualquer direito fundamental e, portanto, do direito fundamental à jurisdição, conforme a perspectiva formal assumida no trabalho, é a sua imunidade em face do poder reformador (em conformidade com o pensamento de Martins Neto), além do seu regime de aplicabilidade imediata;

4.1. todo direito fundamental, em sua dimensão subjetiva, pressupõe necessariamente a existência de um dever jurídico correlato;

5. a ação de direito material consiste no poder jurídico atribuído ao titular de um direito subjetivo para impor a sua satisfação, ainda que contra a vontade e sem a cooperação do sujeito passivo da relação jurídica;

6. a ação (de direito material) não se confunde com o direito fundamental à jurisdição (relação de não-equivalência);

7. a ação surge necessariamente com o advento de algum fato jurídico; embora ligada ao direito subjetivo, o seu surgimento no mundo jurídico pode se dar em momento posterior ao do surgimento do direito;

8. as exceções (de direito material) representam as vicissitudes por que passam as ações, já que, quando exercidas, acarretam a suspensão dos efeitos da ação, sem acarretar, contudo, sua extinção;

9. as ações somente são extintas com o surgimento de algum fato jurídico;

9.1. pode haver, no mundo jurídico, a extinção das ações sem que haja a extinção do direito subjetivo, embora a recíproca não seja verdadeira: extinto o direito subjetivo, extingue-se a ação que o protege;

9.2. as principais causas de extinção das ações são: a satisfação do direito subjetivo, a renúncia, a decadência e a prescrição;

10. a titularidade da ação não se confunde com o seu exercício; a ação, de ordinário, é exercida através do processo, mas ainda é possível, em situações excepcionais, exercê-la extrajudicialmente, através da autotutela;

11. a ação de direito material não se confunde com a “ação” processual, que é o instrumento que as normas do processo conferem aos respectivos legitimados para o exercício do direito fundamental à jurisdição e também da própria ação de direito material;

12. as críticas formuladas ao conceito de ação de direito material não se revelaram consistentes;

12.1. nem a constitucionalização do processo, muito menos o direito fundamental à jurisdição, podem ser colocados como obstáculos à noção de ação de direito material; a ação independe do processo;

12.2. é pelo exercício do direito fundamental à jurisdição que se exerce normalmente a ação de direito material; logo, não são conceitos interexcludentes, embora sejam independentes, pois é possível ter-se o direito fundamental à jurisdição, mas não se ter ação material;

13. tendo-se em mente a ação como categoria situada exclusivamente no plano do direito material (muito embora esteja indiretamente ligada à “ação” processual e ao direito fundamental à jurisdição), pode-se perceber a utilidade teórica e prática de sua adoção;

13.1. do ponto de vista teórico, a teoria da ação de direito material possibilita, dentre outros benefícios: *i)* uma compreensão integral da própria estrutura da relação jurídica em sua extensão; *ii)* uma visão mais precisa de fenômenos como a prescrição, possibilitando a percepção de que o fato jurídico prescricional atinge a ação (e a pretensão), deixando incólume o direito subjetivo; *iii)* entender, com maior nitidez, fenômenos como o da exceção de direito material; *iv)* subsidiar a interpretação do direito, principalmente se tomarmos em consideração o uso, não raro, da palavra ação em textos jurídicos (sentido amplo) para designar uma realidade situada exclusivamente no plano do direito material;

13.2. do ponto de vista prático, a teoria da ação de direito material se apresenta – e já tem sido utilizada de forma exitosa em algumas decisões –, como valiosa ferramenta na aplicação judicial do direito a casos concretos.

13.3. Por contemplar a realidade do direito subjetivo tendendo à sua realização (embora ainda em estado de potência), a ação (material) representa, na decisão judicial, a intersecção entre o direito processual (que estabeleceu os caminhos e as técnicas para o exercício do direito à jurisdição) e o direito material (que se realiza na sentença de procedência com o reconhecimento da ação);

14. para se excluir a noção de ação de direito material do mundo jurídico, seria necessário pôr em seu lugar outra categoria capaz de descrever as formas de tutela dos direitos subjetivos, isto é, aquilo que o próprio direito material positiva como meio de garantir a realização dos direitos;

14.1. a proposta de pôr em lugar da ação de direito material a categoria chamada de “formas de tutela do direito” e, no plano do processo, a categoria de “pretensão à tutela jurisdicional dos direitos”, embora tenha o mérito de não colocar no âmbito processual um assunto localizado no plano do direito material, não satisfaz, porque põe Estado-juiz na posição de sujeito passivo devedor da tutela jurisdicional dos direitos (e não apenas da tutela jurisdicional), o que leva, em última análise, à admissão da existência de um direito a exigir do Estado um julgamento favorável;

14.2. a teoria da ação de direito material, justamente por conviver harmonicamente com a “ação” processual e com o direito fundamental à jurisdição, se forra de tal inconveniente;

15. o direito fundamental à jurisdição não se revela incompatível com a ação de direito material, que, ao contrário do que entendem os opositores à teoria de Pontes de Miranda, não ficou adstrita às hipóteses de exercício da autotutela;

16. a ação de direito material não é luta material; é mero poder jurídico agregado aos direitos subjetivos para impor sua realização. O direito fundamental à

jurisdição não eliminou esse efeito jurídico específico, mas apenas suprimiu o seu auto-exercício pelo respectivo titular, pondo o Estado-juiz, em substituição ao titular do direito, na condição de exercê-lo através do processo.

17. A ação de direito material ingressa no processo por meio da afirmação quanto à sua existência, feita pelo autor da demanda, na petição inicial, integrando, assim, a *res in iudicium deducta*.

18. A sentença de procedência, em razão da correlação existente com pedido formulado pelo demandante, deve ser tipificada em função do direito subjetivo da parte reconhecido no processo como existente e, por conseguinte, da ação de direito material admitida no provimento jurisdicional.

19. Para o propósito de tipificar as sentenças em função da ação de direito material reconhecida em juízo, o critério mais útil e adequado é da divisão das sentenças em função da sua eficácia preponderante.

19.1. Tal classificação, denominada “quinária” por Pontes de Miranda, se sustenta em três pressupostos: *i*) existem cinco categorias de eficácias (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva); *ii*) em toda sentença as cinco categorias estão presentes; e *iii*) a determinação do tipo de sentença levará em consideração somente o elemento eficaz preponderante.

19.2. A força da sentença (eficácia preponderante) é determinada pela própria ação de direito material reconhecida como existente; já os demais efeitos presentes no ato sentencial não decorrem necessariamente da *res in iudicium deducta*.

20. A classificação quinária, até bem pouco tempo, não era muito difundida na doutrina nacional, mas nos últimos anos, vem sendo adotada (ainda que parcialmente) entre os processualistas brasileiros.

21. O cenário legislativo, mormente após as últimas reformas processuais, encontra-se favorável à utilização da classificação quinária, pois tal forma de se catalogar as sentenças fornece explicações de forma satisfatória a uma série de fenômenos com que se deparam os processualistas de hoje.

22. Do ponto de vista da efetividade processual, nada melhor do que tratar as sentenças como atos processuais aptos a pôr em realização o direito material reconhecido no processo trazendo consigo uma variedade de elementos eficazes, agrupados em doses diferentes de intensidade, todos hábeis a produzir múltiplas conseqüências por ocasião da efetivação da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Definiciones y Normas*, in Análisis Lógico y Derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 439-463, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- ALVIM, Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 111-128, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Manual da Execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- BACRE, Aldo. *Teoria General del Proceso*, I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- BAPTISTA, Francisco de Paula, *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Comercial e de Hermeneutica Jurídica*, São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BAUMÖHL, Debora Inês Kram. *A Nova Execução Civil – A Desestruturação do Processo de Execução*, São Paulo: Atlas, 2006.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.
- _____. *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, São Paulo: Edipro, 2005.

BRASIL. Código Civil Comparado. 1ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2002.

_____. Código Comercial. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Código Tributário Nacional. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 mai 2006.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 jan 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 04 jun 2006.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, Ministério da Justiça, 1998.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jan 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 03 mai 2006.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 set 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 jun 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 7339/RJ. Recorrente: Expresso Predileto Com. e Transportes Ltda. Recorrido: João Pontes Rangel. Relator: Ministro Athos Carneiro, DJ 10.09.1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 out 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 588202/PR. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Varasquim e Cia Ltda. Relator: Ministro Teori Zavascki, DJ 10.02.2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 06 out 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.405/DF. Impetrante: Euclides Duncan Janot de Matos. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 23.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 23 jul 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 145023/RJ. Recorrente: Paulo Roberto Munhoz da Fontoura. Recorrido: Carlos Alberto Monteiro. Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.12.1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 23 jul 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 79785/RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal.

- Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.02. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 23 jul 2006.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480 MC/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte-CNT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 18/05/2001. <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 21 jul 2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598518124. Apelante: Thomazio Arnaldo Algayer. Apelado: Sildo Linke. Relator: Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, j. 23.11.1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 01 ago 2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70002645620. Apelante: Heraldo Lisboa Melo. Apelado: Ricardo Englert. Relator: Desembargador João Armando Bezerra Campos, j. 15.09.2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 01 ago 2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70004303020. Apelante: Antilio Fagundes. Apelado: Município de Santa Rosa. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges, j. 15.09.2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 01 ago 2006.
- _____. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Apelação Cível 9302065286/RJ. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social-INSS. Apelado: Editora Opera Mundi S/A. Relator: Desembargador Federal D'Andrea Ferreira, DJ 01.02.1994. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jud:v_jur>. Acesso em: 01 ago 2006.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, Vol. I, trad. Adrián Sotero de Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Language*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da Incidência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da Incidência da Norma Jurídica – Crítica ao Realismo Lingüístico de Paulo de Barros Carvalho*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COUTURE, J. Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, trad. Mozart Victor Russomano, Rio de Janeiro: José Karfino Editor, 1951.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2006.
- _____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Reforma da execução de sentença. Art. 475-N, I, CPC. Sentença constitutiva como título executivo*. Disponível em: www.frediedidier.com.br. Acesso em: 29 set 07.
- _____. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ESPAÑA. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado n. 311, 29 de diciembre de 1978. Disponível em: <http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 04 mai 2006.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, T. III, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Acción*, in *Acción, Pretensión y Demanda – Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Sociales*, Lima: Palestra Editores, 2000.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990.
- GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*, Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- GARCÍA MAYNÉZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 8ª ed. México: Ed. Porrúa, 1996.
- GOMES, Fábio. *Carência de Ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verbete “ação”*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, p. 170-180, 1977.

- GUASTINI, Riccardo. *Decrechos: uma contribucion analitica*, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Madrid, Ed. José Maria Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, p. 127-141, 1994.
- IVO, Gabriel. *A Produção Abstrata de Enunciados Prescritivos*, in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, p. 125-172, 2005.
- _____. *Norma Jurídica – produção e controle*, São Paulo: Noeses, 2006.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *Teoria Geral das Normas*, Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos*, in Rev. Direitos e Deveres, ano II, nº 05, Maceió, EDUFAL, p. 133-171, jul/dez. 1999.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Theoria e Pratica das Ações*, São Paulo: Saraiva & Comp., V. I, 1923.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 1, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Processo de Execução*, São Paulo: Saraiva.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*, São Paulo: RT, 1997.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- MACHADO, Fábio Cardoso. *“Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 139-164, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 197-252, 2006.
- _____. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 07 ago. 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, II, Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*, São Paulo: RT, 2003.

- MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*, in Revista Direitos e Deveres, Maceió, EDUFAL, ano II, nº 04, p. 09-40, jan/jun 1999.
- _____. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*, I, São Paulo: RT, 1973.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967*, IV e V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IX, Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Incidência e Aplicação da Lei*, in Revista da Ordem dos Advogados e Pernambuco, ano 01, nº 01, p. 51-55, 1956.
- _____. *Tratado das Ações*, I, Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Tratado das Ações*, III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, I e V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, VI, São Paulo: RT, 1974.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material - "Ação" Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 129-137, 2006.
- _____. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, V. I, São Paulo: Duprat & Comp., 1912.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema*, in Temas de Direito Processual Civil, quinta série, São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *"Cumprimento" e "Execução" de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais*, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 42, São Paulo: Dialética, p. 56-68, set, 2006.

- _____. *Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação das Sentenças*, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 7, São Paulo: Dialética, p. 26-38, out, 2003.
- _____. *Reflexões Críticas sobre uma Teoria da Condenação Civil*, in Temas de Direito Processual, primeira série, São Paulo: Saraiva, 1988.
- MUTHER, Theodor. *Sulla Dottrina dell'Actio Romana, Del Odierno Diritto di Azione, Della Litiscontestatio e Della Sucesione Singolare nelle Obligazioni*, in Polemica in Torno All'Actio, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze, San-zoni, 1954.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O princípio da Coextensão de Direitos, Pretensões e Ações*, in Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Nossa Livraria, p. 91-119, jan/dez, 2005.
- _____. *Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição*, in DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (coord). *Constituição e Processo*, Salvador: Juspodivm, 2007.
- OLIVA SANTOS, Andres de la. *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1980.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdiccional*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 285-319, 2006.
- _____. *Efetividade e Tutela Jurisdiccional*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 83-10, 2006.
- _____. *O Problema da Eficácia das Sentenças*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 41-54, 2006.
- PASSOS, J. J. Calmon de Passos de. *Em Torno das Condições da Ação – Possibilidade Jurídica*, in Revista de Direito Processual Civil, V. 04, São Paulo: Saraiva, p. 57-66, 1964.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Validade, Vigência, Aplicação e Interpretação da Norma Jurídico-Tributária*, in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, p. 173-186, 2005.
- PINTAÚDE, Gabriel. *Tutela Jurisdiccional (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Ovidio Baptista da Silva e no pensamento de Flavio Luiz Yarshell)*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 253-284, 2006.
- POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo – Uma Abordagem Revolucionária*, trad. Milton Amado, São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html>. Acesso em: 04 mai 2006.

- PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VII, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- RENDETI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*, I, trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Rendín, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Prestação Jurisdicional Efetiva: Uma Garantia Constitucional*, in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, trad. Angela Romena Vera, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.
- SANTI, Eurico M. Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.
- SARMENTO, George. *Ética, Direitos Humanos e Constitucionalismo*, in Revista Direitos & Deveres, ano II, nº 5, Maceió: EDUFAL, p. 73-90, jul/dez, 1999.
- _____. *Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió: Nossa Livraria Editora, p. 15-90, jan/dez, 2005.
- SILVA, Beclaute Oliveira. *Considerações acerca da Incidência na Teoria de Pontes de Miranda*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió: Nossa Livraria Editora, p. 217-250, jan/dez, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vols. 1 e 2. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1, São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*, São Paulo: RT, 1998.
- SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias*, in Revista de Direito Público, nº 82, p. 41-51, abr/jun, 1987.

- TELLES, José Homem Corrêa. *Doctrina das Acções*, anotada por Pontes de Miranda, Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918.
- TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 14ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1998.
- TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vols. I e III. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Lógica, Ciência-do-Direito e Direito*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 335-356, out/dez, 1972.
- _____. *Norma Jurídica – Proposição Jurídica (significação semiótica)*, in Revista de Direito Público, n. 61, São Paulo, RT, p. 12-26, jan/mar, 1982.
- WACH, Adolf. *La Pretensión de Declaración*, trad. Juan M. Semon, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962.
- _____. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- WINDSCHEID, Bernhard. *L'Actio del Diritto Civile Romano dal punto di vista del Diritto Odierno*, in Polemica in Torno All'Actio, trad. Giovanni Pugliese e Ernst Heinitz, Firenze: Sanzoni, 1954.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-196, 2006.
- ZOLLINGER, Marcia. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*, Salvador: Juspodivm, 2006.

