

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

de

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades
e garantias constitucionais do processo
Execução
Processo cautelar
Outros estudos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mesquita, José Ignacio Botelho de

Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política / José Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.

ISBN 85-203-2738-9

1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil I. Tucci, José Rogério Cruz e II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. IV. Título. V. Título : Direito de ação, partes e terceiros, processo e política.

05-3680

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 1

DIREITO DE AÇÃO
PARTES E TERCEIROS
PROCESSO E POLÍTICA

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Costa⁸¹ e Amaral Santos,⁸² reconhecem na ação um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, tendo por objeto a prestação jurisdiccional entendida como decisão de mérito, o que permite também incluí-los como partidários da posição de Liebman. Discordando dessa decisão e reafirmando a concepção da ação, como direito a uma decisão de conteúdo indeterminado, Calmon de Passos.⁸³

Vidigal, já em 1940, quando Gabriel de Rezende e Francisco Morato ainda repeliam a teoria do direito autônomo, considerava a ação como "direito autônomo independente do direito material que ela tende a fazer atuar".⁸⁴ Agora, colocando-se outra vez na vanguarda do pensamento jurídico processual brasileiro, parte em busca da superação, ou antes, da reformulação completa, da vigente doutrina da ação, mostrando que, na relação entre o indivíduo e o Estado, é a este e não àquele que compete a situação ativa. Vale dizer, leva às últimas consequências os vaticínios de Calamandrei, quando este profetizava que "en el fatal camino que lleva al proceso civil a aproximarse cada vez más al penal, también la acción civil sigue esta trayectoria: de derecho subjetivo a puro poder público".⁸⁵ Ora, ainda que possamos não estar inteiramente de acordo com esta solução, é forçoso admitir que, levando uma visão unitária do direito, visão objetivista, ela aspira a lograr uma situação ativa do posto que se a ação não mais corresponde a uma situação mais indivíduo frente ao Estado, também a tal situação não poderão mais corresponder os direitos materiais "que ela tende a atuar". Todo o poder jurídico passaria, então, a ser poder público, do qual as si-

⁸¹ Lopes da Costa, A. A., *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1959, vol. I, capítulo V, p. 92.

⁸² Amaral Santos, M., *Princípios linhas de direito processual civil brasileiro*, Bahia, s.d., nova 1965, vol. 1.º, p. 190.

⁸³ Calmon de Passos, A. *Ação no direito processual civil brasileiro*, tiragem da edição de 1960, p. 134.

⁸⁴ Vidigal, L. E. B., *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, "in" *Direito Processual Civil* cit., p. 144.

⁸⁵ Calamandrei, *La relatividad cit.*, "in" *Estudios cit.*, p. 156.

tuações subjetivas não seriam mais do que meros reflexos do poder único, estatal.⁸⁶

Esta solução não apenas confirma a hipótese de Orestano, de que os estudos atuais devem tender à superação da autonomia do direito processual, em favor de uma visão unitária do direito, mas demonstra também que, além da tentativa de buscar essa unidade através de uma substancialização do direito de ação e, portanto, do próprio processo, é possível tentar-se outra via: a de fazer abstração de todo direito subjetivo material, enquanto poder do indivíduo.

§ 7.º A tendência atual

13. A tendência dominante nas teorias atuais sobre o direito de ação

O que mais importa salientar, porém, é que esta rápida rememoração do desenvolvimento da nossa ciência processual nos oferece, como resultado, a confirmação da tese de Orestano, tanto no que revelou as linhas mestras que presidem a formação das diversas teorias sobre o processo e a ação, como também no que indica a tendência atual dos estudos processuais, em direção a uma visão unitária do direito.

Esta tendência, pelo que vimos, está admitindo, ao menos em princípio, duas possíveis soluções: uma que mantém firme o ponto de partida inicial, ou seja, o de que a ação constitui uma situação de vantagem (e portanto, ativa) do indivíduo em face do Estado, e tende a uma materialização da ação; e outra que nega validade a esse ponto de partida, afirmando que a situação do indivíduo na relação com o Estado é passiva, e tende a uma abstração extrema da ação, com profundos reflexos sobre todo o sistema de direito material.

⁸⁶ Neste sentido Liebman: "Domandare giustizia a chi solo può darla e difendersi da un'azione che si ritiene ingiusta, non sono dei semplici fatti (...); sono invece delle attività che rappresentano il contenuto di diritti fondamentali, in cui si racoglie la quintessenza della giuridicità e la garanzia essenziale dell'individuo che vive in società, poichè il loro riconoscimento renderebbe vano ed illusorio ogni altro diritto" (*L'azione cit.*, loc. cit., p. 38 - nossos os grifos).

14. A necessidade de um novo confronto entre a teoria do direito concreto e a teoria do direito abstrato de ação

Posta a questão nesses termos, quer-nos parecer que a construção de um sistema unitário está condicionada a uma prévia revisão do debate entre a posição concreta e a posição abstrata, sem a qual não poderemos aquilatar a validade das tendências atualmente reveladas na ciência europeia e, muito menos, confrontá-las com a visão também unitária que resultaria de uma expansão da posição abstrata.

No confronto, porém, as duas tendências acima assinaladas, a abstrata e a concreta, não nos poderemos permitir o propósito de proceder a uma revisão crítica de toda a história desta quase que interminável polêmica. Um tal esforço dificilmente apresentaria outros resultados, que os já contidos nas obras mais recentes em que esta matéria é versada, e que já contém em si mesmas, perfeitamente delineadas, as questões que ainda resistem aos esforços desenvolvidos para superá-las, desprezadas aquelas questões que o tempo e o estudo já se encarregaram de solucionar.

O que cabe fazer, portanto, é colher essa polêmica em seu estágio atual, tal como ela se apresenta nos trabalhos mais expressivos que se nos apresentam nos dias de hoje. Tendo presente que a teoria abstrata da ação, em sua pureza original, tal como foi proposta por Degenkolb⁸⁷ e Plosz,⁸⁸ não conseguiu sobreviver à necessidade de relacionar a ação com o direito material que através dela se faz valer, tanto que já não conta mais com a adesão da doutrina brasileira, parece-nos que, na atualidade, deve esta teoria ser estudada à luz dos ensinamentos de Liebman, que não só refletem o pensamento hoje dominante entre nós, como também em muito se aproximam das correntes de pensamento ainda vitoriosas tanto na Itália como na Alemanha, sem falar no fato de que esta teoria não despreza, antes pressupõe, a existência de um direito o contencioso de petição, que, em suas relações com o processo, foi objeto de brilhante estudo de E. Couture.⁸⁹ De outro lado, tendo em vista os de-

⁸⁷ Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877.

⁸⁸ Plosz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880.

⁸⁹ Couture, E., *Fundamentos del derecho procesal*, Buenos Aires, 1972, reimpressão.

seenvolvimentos que a teoria concreta experimentou após a obra de Wach,⁹⁰ principalmente ao influxo da crítica contundente de que foi e continua sendo alvo desde então, consideramos que, hoje, deverá ser estudada através de seus partidários atuais, dentre os quais destacamos Pohle⁹¹ (que foi, até agora, quem mais se empenhou na defesa da teoria do *Rechtsschutzanspruch*)⁹² e Peter Schlosser.⁹³

⁹⁰ Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885; *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889, traduzida para o espanhol sob o título *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, ed. EJE, s.d.

⁹¹ Pohle, R., *Zum Rechtsschutzanspruch* cit.

⁹² Sobre as dificuldades inerentes à tradução da palavra *Anspruch*, veja-se a apresentação com que S. Melendo abre a edição argentina de *La pretensión de declaración*, cit., p. 9 e segs. A palavra *Anspruch* vem sendo normalmente traduzida para o espanhol como *pretensión* e para o italiano por *pretesa*, a que corresponderia, embora sem idêntico significado, *pretensão* em vernáculo. Assim, *Rechtsschutzanspruch* encontraria um sentido aproximado em português nas expressões “pretensão à proteção do direito”, “pretensão à tutela jurídica” ou “pretensão à tutela do direito”, ressalvando, porém, o caráter insatisfatório da tradução de *Anspruch* por *pretensão*.

⁹³ Schlosser, P., *Gestaltungsklagen* cit.

disciplinano la sua funzione".² Não seria este, porém, o único efeito do exercício da ação. Como o autor não dispõe de qualquer poder contra o réu, que está sujeito apenas ao juiz, como órgão do Estado, o autor, ativamente a função jurisdicional, provocaria com isto a sujeição do réu ao poder estatal. Donde "azione e soggezione si presentano così come correlative, entrambe conesse con l'esercizio della potestà giurisdizionale, una essendo la premessa e l'altra la conseguenza, collegate tra loro dall'identità della fattispecie concreta a cui si riferiscono".³

Por exercício do poder jurisdicional, entende Liebman, a decisão sobre o mérito da causa, derivando daí que não há nem ação nem exercício da função jurisdicional onde não estejam presentes as condições da ação (interesse para agir, legitimação e possibilidade jurídica).

Quanto à relação entre ação e direito subjetivo material, Liebman é da opinião de que se trata de uma relação de natureza instrumental, pois se destina a provocar a atividade de quem tem o poder de declarar e atuar as regras que disciplinam a relação jurídica de direito material.⁴

² É inegável nesta formulação sua semelhança com a de Chiovenda, no que este define a ação como "o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei" (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1942, vol. I, p. 53). De outro lado, se o órgão põe-se em movimento "in obbedienza alle regole interne que disciplinano la sua funzione", não se encontra vinculado a nenhuma relação jurídica com o autor, valendo, assim, contra essa formulação, o mesmo argumento empregado por Liebman para refutar a posição de Carnelutti (ob. e loc. cit., p. 42).

³ Esse poder de submeter o adversário ao poder jurisdicional é o traço característico mais marcante da concepção de Degenkolb (*Einführungszugang*, cit.) que Liebman não aceita, por repelir sua "estrema astrateza e indeterminateza" (ob. e loc. cit., p. 43). Quanto ao fato de a ação vir referida a uma "fatispecie concreta", deve salientar-se que, neste ponto, a teoria de Liebman mergulha suas raízes na teoria de Betti (*Ragione e azione*, "in" *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, 205 e segs., e também, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 63 e segs.), que considera a ação como abstrata mas coordenada a uma concreta razão feita valer pelo autor.

⁴ Parece bastante claro que tal explicação não esclarece nada sobre os casos em que, embora havendo ação, segundo o conceito de Liebman, não haja direito subjetivo material.

SEGUNDA PARTE

Reexame das Teorias em Conflito

SUMÁRIO: § 8.º A doutrina dominante: 15. A teoria de Liebman e suas objeções à teoria concreta - 16. A posição de Rosenberg-Schwab e sua crítica à teoria do *Rechtsschutzanspruch* - 17. Conclusões preliminares sobre a teoria dominante - § 9.º A teoria do direito concreto de ação: 18. O renascimento de uma teoria - 19. Crítica à teoria dominante - § 10. As questões suscitadas pelo conflito entre ambas as teorias e tentativa de sua solução: 20. Inexistência de obrigação estatal correspondente ao direito de ação - 21. A obrigação de proferir apenas decisão de mérito de conteúdo variável - 22. A livre apreciação judicial sobre as alegações e provas - 23. Independência e neutralidade do órgão jurisdicional - 24. Apagamento da distinção entre atividade jurisdicional e administrativa - 25. O objeto do processo - 26. Ações sem direito - 27. Jurisdição e decisões desfavoráveis ao autor - 28. Distinção entre pressupostos processuais e condições da ação - 29. A ponte entre o direito material e o processo - 30. A objeção de Bulow - § 11. Críticas à doutrina dominante: 31. Aniquilamento das relações de direito material - 32. A ação enquanto exercício privado de função pública - 33. Redução indevida da jurisdição ao juízo e das ações à ação declaratória - 34. O juízo enquanto objeto de um interesse do Estado e não das partes.

§ 8.º A doutrina dominante

15. A teoria de Liebman e suas objeções à teoria concreta

Para Liebman, a ação é um poder dirigido ao Estado, mas não de natureza obrigatória, pois a característica dos direitos subjetivos instrumentais é a de consistir em direitos "di impulso e di iniziativa allo svolgimento di una funzione a cui lo Stato è anch'esso interessato".¹ É a ação, portanto, um direito "di porre la condizione in virti della quale l'organo si pone in movimento in obbedienza alle regole interne che

¹ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 45.

Contra a teoria de direito concreto de ação, formula Liebman as seguintes objeções:

a) a lei não garante o êxito da ação, ou seja, a efetiva concessão da tutela jurídica, porquanto o conteúdo concreto da sentença depende de condições objetivas de direito substancial e processual e da apreciação que o juiz delas fará, condições estas que escapam ao controle da vontade do autor;⁵

b) a teoria do direito concreto identifica a ação com a relação jurídica de direito material existente entre as partes, continuando a ação a ser o direito que se deduz em juízo, quando na verdade é um outro direito, de natureza instrumental, por meio do qual se deduz em juízo a afirmação de um direito que se quer ver tutelado;⁶

c) além disto, esta teoria, por fazer depender a existência do direito de ação da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor, deixa sem explicação não só os casos em que a ação, por falta do direito material, é julgada improcedente, mas também os casos em que a ação é julgada procedente, sem que se exija, para tanto, que o autor seja titular de direito material, como são as hipóteses de substituição processual,⁷ ação cautelar, ação de nulidade ou de simulação e das ações possessórias;⁸

d) também, essa teoria não explica o instituto da sucessão na ação, que é admitido independentemente da existência do direito a que a ação se refere,⁹ e

e) a teoria do direito concreto de ação supõe existente uma obrigação do Estado em face do autor, quando tal obrigação não existe, por que não há conflito de interesse entre eles, já que ambos têm interesse na atuação da lei.¹⁰

⁵ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 31.

⁶ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 32.

⁷ Idem, ibidem, p. 33.

⁸ Idem, ibidem, p. 37.

⁹ Idem, ibidem, p. 33.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 40.

16. A posição de Rosenberg-Schwab e sua crítica à teoria do *Rechtsschutzanspruch*

A essas objeções poderemos somar ainda as formuladas por Rosenberg-Schwab,¹¹ seja porque mantêm uma posição muito semelhante à de Liebman, seja ainda porque foi Rosenberg, indiscutivelmente, quem combateu com mais veemência a teoria do *Rechtsschutzanspruch*, acoimando-a de ilegal, cientificamente estéril e de *lege ferenda* não recomendável. Além disto, parece-nos oportuna a apreciação de suas objeções, porquanto Rosenberg, graças à tradução de sua obra para o espanhol, tornou-se grandemente conhecido e admirado entre nós.¹²

Estes autores denominam de *pretensão à justiça* (*Justizanspruch*) o direito que as partes têm contra o Estado, enquanto detentor do poder soberano, de que este exerça a atividade jurisdicional, a que está obrigado tanto pelas normas de direito constitucional como pelas de direito processual. Esta pretensão, segundo eles, tem por conteúdo não só o direito de apelar aos tribunais, como também o de ver decidida a causa mediante sentença.¹³

É, conforme se vê, uma posição praticamente igual à de Liebman, com a diferença, porém, de que esses processualistas admitem plenamente a existência de uma obrigação do Estado para com as partes. Salientam ainda que esse direito, no caso de sua violação, seja por denegação (*Justizverweigerung*), seja por retardamento da administração da justiça (*Justizverzögerung*), encontra-se tutelado pela reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), para a qual é competente o Tribunal Constitucional.

¹¹ Rosenberg-Schwab, *Živilprozessrecht*, München, 1969.

¹² Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1955.

¹³ Rosenberg-Schwab, *Živilprozessrecht* cit., p. 10 — Retorna aqui a dificuldade já assinalada de traduzir a palavra *Anspruch*. O texto alemão "... die Parteien haben ein Recht darauf, das man (...) Justizanspruch nennen kann" mostra que aí *Anspruch* e *Recht* são utilizados como sinônimos. Empregamos, porém, "pretensão" em lugar de "direito", em atenção à tradução já consagrada pelo uso. Contra a teoria do *Justizanspruch*, Nikisch, *Živilprozessrecht*, 2.^a ed., Tübingen, 1952, § 2.º, III-V, para quem há apenas uma pretensão individual à instauração da relação processual (apud Comoglio, *La garanzia* cit., p. 62).

nal Federal (*Bundesverfassungsgericht*), acrescentando que o *Justizanspruch* encontrou reconhecimento no art. 6.º, I, da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.¹⁴

Contra a teoria do *Rechtsschutzanspruch* oferecem eles as seguintes objeções:

a) ao contrário do que ocorre com o *Justizanspruch*, a cuja satisfação podem os tribunais ser coagidos através da *Verfassungsbeschwerde*, o *Rechtsschutzanspruch* é insuscetível de realização forçada, pois esta supe a existência de uma instância (*Instanz*) independente daquela contra quem a pretensão é dirigida, que no caso do *Justizanspruch* é o *Bundesverfassungsgericht*, mas que não existe no caso da pretensão à tutela jurídica, porquanto esta se dirige igualmente contra todas as instâncias;¹⁵

b) o *Rechtsschutzanspruch* não pode ser identificado com o objeto do processo, como tem sido feito ultimamente, porquanto a atividade jurisdicional se distingue da administrativa exatamente nisto: que as relações sobre as quais a Administração decide referem-se a ela mesma, enquanto que o Juiz decide sobre relações alheias;¹⁶

c) para que se demonstrasse ter o *Rechtsschutzanspruch* algum sentido prático, seria necessário demonstrar existirem pressupostos da pretensão à tutela jurídica diferentes dos demais pressupostos processuais, de tal modo que estes somente se referissem ao processo e à sentença de mérito e aqueles à pretensão. Não obstante, como Pohle afirmou serem pressupostos da pretensão à tutela jurídica a possibilidade da via judicial (*Klagbarkeit*) e a necessidade de tutela jurídica (*Rechtsschutzbedürfnis*), chega-se à conclusão de que a falta desses requisitos implica a improcedência da ação e não a sua inadmissibilidade, de modo que uma pretensão somente poderia ser rejeitada por infundada e não apenas por inadmissível, inexistindo, assim, diferença entre pressupostos da pretensão e do processo.¹⁷

¹⁴ Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht* cit., p. 10 e 11.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 12.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 12 e 13.

¹⁷ Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht* cit., p. 13.

d) finalmente, a pretensão à tutela jurídica não estabelece a pretensão ponte entre o direito material e o processo.¹⁸ Na medida em que a coercibilidade — que é elemento essencial do direito subjetivo material — não possa atuar sem a intervenção do Estado, é de entender-se que a atuação do direito deve ser compreendida como atuação com ajuda dos tribunais, ou seja, que o *Justizanspruch* é o complemento do direito à atuação do direito (*Recht auf Durchsetzung*). O *Justizanspruch*, porém, tem o seu fundamento no direito constitucional e não no direito material e é o direito constitucional que obriga o Estado, e pois os seus órgãos jurisdicionais, a satisfazer a pretensão à justiça. E com isso desmorona a ponte entre o direito material e o direito processual. Além disto, quanto à decisão em si mesma, o tribunal atua como órgão estatal independente e neutro.

A estas objeções, acrescentaríamos ainda mais uma, que se tornou das mais conhecidas, formulada inicialmente por Bülow e retomada depois por A. Rocco,¹⁹ dirigida contra a existência pré-processual do *Rechtsschutzanspruch*. Segundo a opinião de Bülow, uma pretensão à tutela jurídica somente teria existência após o fim do processo, quando fosse declarada existente pela sentença, não podendo, portanto, ser constituída por um direito existente antes e fora do processo.

Examinadas, assim, ainda que sucintamente, as principais objeções contra a teoria do direito concreto de ação e em especial contra a teoria do *Rechtsschutzanspruch*, passaremos agora à exposição destas teorias e das objeções que os seus defensores formulam contra a teoria dominante para depois, submetermos à análise todo esse material.

17. Conclusões preliminares sobre a teoria dominante

Há algumas observações, contudo, que desde já podem ser formuladas, porque em nada prejudicarão o estudo a que mais adiante teremos que proceder, sobre as objeções acima relacionadas.

Com efeito, muito embora isso não baste para resolver os graves problemas suscitados pelas referidas objeções, é de salientar-se que uma

¹⁸ Idem, ibidem, p. 13-14.

¹⁹ Rocco, A., *Sentenza Civile*, reimpressão da 1.ª ed., Milão, 1962, p. 81; e Bülow, apud Rosenberg-Schwab, cit., p. 11.

boa parte delas também não se acha resolvida pela teoria dominante e pode, com o mesmo rigor, ser contra ela endereçada.

Assim, por exemplo, quando a teoria dominante afirma que não há um direito à sentença favorável, mas tão-somente um direito à sentença *tout court*, não faz mais do que substituir o direito à sentença favorável quanto ao mérito, pelo direito à sentença favorável quanto aos pressupostos processuais e às chamadas condições de admissibilidade da ação, porquanto, assim como o direito à sentença favorável só existe quando exista o direito material afirmado pelo autor, também o direito à sentença de mérito só existe quando ocorram as condições da ação e sejam preenchidos os pressupostos processuais.

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

Outrotanto pode igualmente dizer-se quanto ao argumento de que a identificação do *Rechtsschutzanspruch* com o objeto do processo conduziria à eliminação da diferença entre administração e jurisdição porquanto, sendo objeto do processo, segundo a teoria dominante, não só a relação de direito material, mas também a própria relação jurídica processual, bem como as condições de admissibilidade da ação, não teria natureza jurisdicional, mas puramente administrativa, a sentença que julgasse o autor carecedor da ação.

De outro lado, se o fato de o autor poder movimentar a máquina judicial, mesmo sem ter o direito material afirmado na inicial, é suficiente para demonstrar que a ação não depende da existência desse direito, o fato de o autor poder movimentar a mesmíssima máquina, sem ser parte legítima, seria suficiente para demonstrar que a ação independente também das chamadas condições da ação. E assim por diante.

Em suma: o que queremos significar com isto é, apenas, que as questões acima focalizadas foram tão-somente suscitadas pela teoria dominante, mas não foram por ela resolvidas, continuando, pois, em aberto.

Passemos agora, pois, à teoria do direito concreto de ação.

§ 9.º A teoria do direito concreto de ação

18. O renascimento de uma teoria

A teoria do direito concreto de ação, que, como já tivemos ocasião de salientar, torna agora a florescer na Alemanha, mergulha suas raízes no pensamento de Savigny,²⁰ mas é somente com Wach que alcança sua formulação inicial, sob o conceito de *Rechtsschutzanspruch*, entendido como um direito autônomo à tutela jurídica (ou à proteção do direito) dirigido contra o Estado, a quem incumbe a obrigação de prestá-la, e também contra o réu, em face de quem deve ela ser outorgada.²¹ Atribui-se a Wach o mérito de haver comprovado a autonomia do direito de ação, cuja importância para a ciência do direito processual, no dizer de Couture, é análoga à que teve para a física a divisão do átomo.²²

Esta teoria alcançou larga repercussão na Alemanha,²³ distinguindo-se entre os seus mais notáveis representantes os nomes de Hellwig e Goldschmidt, que, contudo, divergiram de Wach em alguns pontos fundamentais. Nenhum dos dois, com efeito, aceitou a afirmação de que a ação se dirige contra o Estado e também contra o réu, pois entendiam que o sujeito passivo do *Rechtsschutzanspruch* era apenas o Estado.²⁴ Além disto, segundo Goldschmidt, "el concepto de exigencia de

²⁰ Blomeyer, A., ob. cit., p. 5.

²¹ Blomeyer, A., ob. cit., p. 5, e Wach, *La pretensión* cit., p. 39.

²² Couture, E., *Fundamentals* cit., p. 63.

²³ Em 1912, pôde Hellwig apontá-la como dominante: "Diese Auffassung, die von Laband begründet und von Wach näher ausgeführt worden ist, kann als die in der heutigen Prozessrechtswissenschaft herrschende bezeichnet werden". *System des deutschen Zivilprozessrecht*, 1968 (reimpressão da ed., 1912, Leipzig), vol. I, p. 294.

²⁴ "Unter Klagerecht verstehen wir das Recht zur Klage, die Berechtigung, im Wege der Klage von den Gerichten den Erlass eines Urteils bestimmten Inhalts zu verlangen" (Hellwig, K., *Anspruch und Klagerecht*, reimpressão da ed. de 1924, Leipzig, 1967, p. 145), "*La acción o derecho de obrar procesal* (con su contenido de pretensión de sentencia) es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo, mediante sentencia favorable" (Goldschmidt, J., *Derecho Procesal Civil*, Madri, 1936, p. 97).

protección jurídica,²⁵ no es de índole procesal, aún siendo pública. Pertenece, más bien, al ámbito del derecho justicial material. Este no es otra cosa sino el derecho privado considerado y completado desde un punto de vista jurídico público. Detrás de cada precepto del derecho privado se encuentra su proyección en el derecho justicial material.”²⁶

Na Itália, a teoria do direito concreto de ação encontrou em Chiovenda o mais insigne de seus representantes. Seu conceito de ação deflui do ensinamento de Wach, mas Chiovenda a concebe como um direito potestativo “que nos assiste em face do adversário, em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação de lei”²⁷, mas a quem não incumbe nenhuma obrigação diante deste poder, estando simplesmente sujeito a ele.²⁸

No Brasil, na atualidade, a posição de Chiovenda é sustentada por Barbi, a quem, “apesar das objeções que lhe têm sido feitas”, parece ser esta teoria a “mais aceitável”.²⁹

Pode dizer-se contudo que o conceito de ação, enquanto direito contra o réu, potestativo ou não, encontra-se hoje abandonado pela doutrina, pois não sobreviveu às críticas que lhe foram endereçadas,³⁰ o mesmo sucedendo com a teoria do direito justicial material, sustentada por Goldschmidt.

A partir da década de 30, esta teoria foi suplantada na Europa pela doutrina do direito abstrato de ação e, como foi por esta época que pas-

²⁵ Esta é outra forma de traduzir *Anspruch*.

²⁶ Goldschmidt, J., *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, 1961, vol. I, p. 29.

²⁷ Chiovenda, *Instituições cit.*, vol. I, p. 53.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Barbi, C. A., *Ação declaratória cit.*, p. 60 e 61.

³⁰ “... l'azione – ensina Liebman – in quanto diritto, ha per oggetto immediato quel provvedimento e si rivolge verso colui che può e deve emanarlo, cioè, il giudice, nella sua qualità di organo dello Stato” (*L'azione cit.*, loc. cit., p. 31). Negando a existência dos direitos potestativos. Ugo Rocco, *Teoria general del proceso civil*, México, 1959, p. 204 e segs. A favor do conceito de ação como direito potestativo, na Alemanha, Weismann (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903), que assumiu essa posição alguns meses após a famosa introdução bolonhesa de Chiovenda (*Chiovenda, Instituições cit.*, vol. I, p. 13).

sou a ser aceito no Brasil o conceito da autonomia do direito de ação, não dispusemos de tempo para que a teoria do *Rechtsschutzanspruch* lançasse raízes em solo brasileiro. Transitamos quase que instantaneamente da teoria de Savigny para a de Liebman, transpondo em aproximadamente 10 anos um período que, na Europa, se estendeu por quase um século. Diversos fatores contribuíram para isto, mas o que, ao que parece, influuiu de modo mais decisivo, foram as idéias políticas ligadas à teoria do direito abstrato de ação, cujo poder de expansão era naturalmente muito maior do que o poder de penetração de conceitos puramente científicos, principalmente quando esses conceitos eram condenados por estarem pretensamente vinculados a uma “concepção liberal do mundo”, do direito e, portanto, do processo.

Atualmente, conforme já tivemos oportunidade de salientar, ressurge na Europa, especialmente na Alemanha, a teoria do *Rechtsschutzanspruch*. R. Pohle, que é quem mais se esforçou em submeter à nova crítica a doutrina até agora dominante, parte da afirmação de que, em processo civil, tem a parte contra o Estado um direito subjetivo público a que este proceda e sentencie de acordo com a lei e o direito, decorrendo daí a pretensão (*Anspruch*), que a parte tem contra o Estado, de que este, observadas as normas de direito processual e de acordo com o direito material, profira uma sentença favorável.³¹

19. Crítica à teoria dominante

A crítica fundamental que é dirigida pelos partidários dessa teoria contra a teoria dominante, consiste na incapacidade desta última de estabelecer uma relação entre o direito da parte e a sentença do juiz. Esta crítica, evidentemente, não se processa hoje nos termos em que era colocada ao tempo do nascimento da teoria do direito concreto de ação, pois

³¹ No original: “Im Zivilprozess hat die Partei ein subjektives öffentliches Recht gegenüber den Staat darauf, dass dessen Rechtspflegeorgane nach Recht und Gesetz verfahren und entscheiden. Daraus folgt ein Anspruch derjenigen Partei, zu deren Gunsten demgemäss nach materiellem Recht unter Berücksichtigung des Prozessrechts entscheiden werden muss, auf ein ihr günstiges Urteil, der ebenfalls gegen den Staat gerichtet ist (Rechtsschutzanspruch)”, Pohle, *Zum Rechtsschutzanspruch cit.*, loc. cit., p. 118.

naquela época os adversários desta teoria cerravam fileiras ao lado da doutrina de Degenkolb, que não representa mais a posição da teoria hoje dominante. A partir do momento em que mesmo os partidários do direito abstrato de ação passaram a admitir um vínculo de natureza instrumental entre a ação e o direito subjetivo, como Liebman, e até mesmo a existência de uma obrigação do Estado à pronúncia da sentença, como ocorre com os partidários da teoria do *Justizanspruch*, ocorreu uma notável inclinação da teoria "abstrata" em direção à teoria "concreta".

Assim sendo, além dos pontos de divergência já focalizados quando examinamos a teoria do direito abstrato de ação, restaria apenas assinalar a crítica que Blomeyer dirige contra a teoria consagrada na ZPO, quanto à determinação do objeto do processo (*Streitgegenstand*), matéria, aliás, sobre a qual reina grande desentendimento na doutrina alemã, conforme é bem salientado por P. Schlosser na sua obra já citada.

O interesse desta crítica de Blomeyer reside no fato de que pode valer igualmente para a posição de Liebman, segundo a qual "l'azione è veramente distinta dal diritto o dal rapporto giuridico sostanziale, ed è il diritto strumentale per mezzo del quale si deduce in giudizio l'affermazione di un diritto o in genere di una situazione giuridica che si vuol vedere riconosciuta, tutelata od accertata".³²

Crítica Blomeyer³³ a antiga concepção de objeto do processo, vinculada ao conceito de objeto da ação condenatória, segundo a qual seria objeto do processo a pretensão de direito material deduzida em juízo pelo autor contra o réu e por ele contestada. Afirma Blomeyer que esta concepção se demonstra insuficiente em dois aspectos. Em primeiro lugar, ela não seria adequada nem à ação declaratória nem à ação constitutiva, posto que podem ambas prescindir da existência de uma pretensão de direito material contra o réu. Em segundo lugar, não atinge também o caso da ação condenatória, porquanto o objeto desta não é uma

³² Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 32; à p. 23 da mesma obra, Liebman já afirmara que o objeto do processo é uma relação jurídica de direito material, cujos sujeitos são as partes, ressalvando, porém, que isto ocorre "se non proprio sempre, certo almeno nella grandissima maggioranza dei casi". Não esclarece, contudo, quais os casos que fariam exceção a essa "grandissima maggioranza".

³³ Blomeyer, cit., p. 197 e segs.

pretensão de direito material contra o réu efetivamente existente, mas sim que se pretende existente (*angeblicher Anspruch*).³⁴

Para finalizar, salientaríamos a conhecida objeção feita à doutrina de Degenkolb por Chiovenda, que ainda mantém sua atualidade, segundo a qual a ação, em sentido abstrato, seria o "... direito di aver torto", já que tanto caberia a quem tivesse como a quem não tivesse razão. Essa objeção passou para a história da literatura processual sobre o direito de ação e continua a molestar os partidários da teoria abstrata, não obstante a resposta dada por Forno, citado por Liebman,³⁵ de que seria igualmente absurdo um "diritto di aver ragione".

Encerrando esta exposição sobre as duas teorias até aqui examinadas e sobre as objeções que os seus partidários se fazem reciprocamente, cumpre ressaltar, uma vez mais, que essas objeções não são as únicas, mas são as que, segundo nossa opinião, parecem ser as mais importantes dentre as que ainda prevalecem.

§ 10. As questões suscitadas pelo confronto entre ambas as teorias e tentativas de sua solução

20. Inexistência de obrigação estatal correspondente ao direito de ação

Cabe-nos agora examinar mais de perto as referidas objeções, começando pelas endereçadas contra a teoria do direito concreto de ação e, em especial, contra a teoria do *Rechtsschutzanspruch*.

Dentre estas, é de ser focalizada inicialmente, por seu caráter pre-judicial, a afirmação sustentada por Liebman de que ao direito de ação não corresponde nenhuma obrigação do Estado, por não haver conflito de interesses entre o Estado e o autor quanto à atuação do direito objetivo, na qual seriam ambos interessados.

³⁴ Quanto a esse ponto, a crítica de Blomeyer não atinge a posição de Liebman, conforme se verifica pela citação que dele transcrevemos. Ressaltamos também a tradução *angeblicher Anspruch* que, literalmente, significaria: *pretensa pretensão*.

³⁵ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 51.

para determinar um julgamento favorável ao autor, pois podem ser preenchidos e satisfeitos tanto por quem tenha como por quem não tenha direito ao que pretende.

Faltando esses requisitos mínimos, não há motivo algum que torne necessário o julgamento sobre as demais condições da ação, sendo, ao contrário, de toda a conveniência que o processo seja encerrado no momento em que essa falta puder ser apurada. É exatamente esta, como se sabe, a grande vantagem do nosso despacho saneador.

O julgamento sobre a admissibilidade ou a carência é tanto um julgamento sobre a ação, entendida como direito a um determinado conteúdo da sentença, como a decisão sobre a procedência ou improcedência. Decisão sobre direito à sentença enquanto ato processual é apenas a decisão sobre a constituição e o desenvolvimento válido da relação jurídica processual.

Parece-nos, pois, que, ao contrário do afirmado por Rosenberg-Schwab, é a teoria do *Rechtsschutzanspruch* que melhor distingue entre os aspectos substanciais e os aspectos processuais do processo civil. A teoria dominante mistura no chamado *Justizanspruch* elementos que na verdade pertencem à pretensão substancial da parte e não ao processo, como é o caso da *legitimatio ad causam*, que somente pode ser apreciada através do julgamento sobre a relação existente entre as partes e a situação substancial sobre a qual é assentado o pedido.

A jurisprudência de nossos tribunais, aliás, durante a vigência do Código de 1939, mostrou-se extraordinariamente sensível a essa imperfeição da doutrina dominante. Tanto assim que afirmava, reiteradamente, caber apelação contra decisões que julgavam ilegítima a parte, ou seja, exatamente o recurso então previsto para as sentenças de mérito. De outro lado, mostrando-se igualmente sensível a esse problema, o novo Código de Processo Civil acabou superando a distinção, pelo menos para efeito de recurso, e englobou nos casos de apelação todas as decisões que ponham fim ao processo em primeira instância.

29. A ponte entre o direito material e o processo

À objeção final de Rosenberg-Schwab, de que a teoria do *Rechtsschutzanspruch* não conduziria à desejada ponte entre o direito material e o

processo, caberia apenas ressaltar que, partindo da inexistência de obrigação do Estado de dar sentença favorável, como ele faz, não seria mesmo possível que esta ou qualquer outra teoria estabelecesse a desejada ponte.

30. A objeção de Bülow

Quanto à objeção de Bülow, de que esse direito existiria apenas no momento em que fosse reconhecido pela sentença que o satisfizesse, deixando de existir no mesmo instante em que fosse reconhecido, lembramos apenas que a incerteza sobre a satisfação de um direito não implica a inexistência dele, bem como que todo e qualquer direito a uma pretensão se extingue no momento em que é satisfeito. De outro lado, como bem demonstrou Schlosser,⁶⁰ o fato de um direito somente poder ser satisfeito mediante um procedimento e após decisão de um órgão estatal é coisa absolutamente comum no campo dos direitos subjetivos públicos.

§ 11. Críticas à doutrina dominante

31. Aniquilamento das relações de direito material

Percorridas, enfim, no que têm de mais importante, as objeções formuladas pela teoria dominante, contra a teoria do direito concreto de ação, verificamos que estas objeções não procedem ou, quando menos, comportam soluções diversas das que foram por ela propostas. Esta teoria, contudo, por levar às últimas consequências a tão decantada *autonomia* da ação e do processo, não logra estabelecer o nexo que deve existir entre o processo e o direito material e acaba por aniquilar esse direito.

Com efeito, na medida em que às situações ativas previstas no direito material não corresponda nenhuma situação passiva, nem do Estado (que é livre de decidir conforme lhe parecer melhor), nem da outra

⁶⁰ Schlosser, P., (*Gestaltungsklagen* cit., p. 379) salienta ainda o seguinte: "dass man bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten noch niemals Bedenken gehabt hat, von einem Anspruch auf ihre Vornahme zu sprechen, selbst wenn die staatliche Behörde ihn nicht ohne Durchlaufen einer Reihe von Formalitäten befriedigen darf".

parte na relação jurídica (que somente se acha sujeita ao Estado), não haverá nenhum nexo jurídico ligando essa situação ativa à sua concreta realização mediante o processo, porquanto em lugar de um nexo jurídico, que sempre se exprime em um dever, haverá uma relação de liberdade do "obrigado" e do Estado, em face do sujeito colocado na posição "ativa".

Neste ponto, é extremamente louvável a coerência de Vidigal quando, dando o passo que "faltaria dar a Pekelis", conclui que, no processo, a situação ativa corresponde ao Estado, e a passiva às partes. Com a mesma coerência, porém, caberia perguntar: "Existe direito subjetivo?"

32. A ação enquanto exercício privado de função pública

Além disto, entendida a ação como "exercício privado de uma função pública", ficaria sem explicação a ação condenatória movida por um particular contra o Estado. Com efeito, se essa função pública consiste em dar ao Estado uma oportunidade a que este promovia a atuação do direito objetivo, sendo este um interesse do próprio Estado, nenhum motivo haveria para forçá-lo a comparecer a juízo, bastando o recurso às vias administrativas. Outra alternativa, igualmente inaceitável, seria considerar como jurisdição voluntária toda e qualquer ação contra o Estado, ou seja, como diz ainda Carnelutti: "processi senza lite". Essa concepção da ação mostra-se ainda insuficiente em face de um processo em que o Estado seja autor, pois aí, obviamente, não haveria exercício privado de uma função pública, nem faria sentido definir esta ação como "exercício público de função pública". É mais absurda ainda tornar-se-ia esta mesma definição, se imaginássemos um processo em que dois Estados-membros litigassem entre si. Não podendo ambos sagrar-se vencedores, ocorreria, fatalmente, a vitória de uma função pública sobre outra função pública, tendo ambas um mesmo objeto: proporcionar o exercício da mesma função pública.

Evidentemente, nenhuma destas situações é absurda, comportando cada qual a sua explicação. Essa explicação, contudo, somente se torna viável na medida em que sejam restabelecidos os vínculos entre o processo e as situações ativas e passivas existentes anteriormente a ele.

33. Redução indevida da jurisdição ao juízo e das ações à ação declaratória

O defeito capital da teoria dominante parece-nos ser o de identificar a *jurisdição* com o *juízo*, esquecendo-se de que o juízo estatal é simples meio para se atingir um fim que está além dele e no qual verdadeiramente se explica a função jurisdicional.

Esta redução sofrida pelo conceito de jurisdição parece ter suas origens no amplo movimento descrito pela doutrina processual no segundo terço do século passado, que levou o processo a despregar-se do solo do direito material, em que mergulhara profundamente as suas raízes, para a partir daí passar a ter vida autônoma e fundar uma ciência própria.

A alavanca que iria proporcionar esse resultado foi encontrada na descoberta da autonomia da ação declaratória, passando todas as ações a serem explicadas através desta, do mesmo modo como a teoria até então dominante, fielmente espelhada no pensamento de Savigny, explicava o direito de ação através do que ocorria na ação condenatória julgada procedente.

A repercussão desse movimento pode ser ainda hoje observada na teoria atualmente dominante. Se reduzirmos todas as ações à ação meramente declaratória, verificaremos que a concepção de Liebman se mostrará quase que impecável.

Entendido como único efeito da sentença de mérito, a eliminação da incerteza jurídica, o elenco de condições da ação, proposto por Liebman, apresentar-se-ia como relação de elementos constitutivos de um direito à eliminação da incerteza jurídica; e, como o objeto desse direito não guarda qualquer relação com o interesse material da parte, sendo ao contrário objeto de um interesse pertencente por igual ao Estado e ao particular, puramente abstrato e genérico, passaria a ser perfeitamente compreensível o fato de inexistir um direito em sentido material, senão um simples poder de dar vida às condições de que a lei faz depender o exercício da função jurisdicional.

Vale dizer, à posição extremada de uma teoria que fazia da ação condenatória a ação típica, sobreveio outra posição, não menos extremada, a fazer da ação declaratória o padrão pelo qual toda a ação deveria ser explicada.

34. O juízo enquanto objeto de um interesse do Estado e não das partes

Observe-se, porém, que o engano não reside apenas no extremismo. Se notarmos que cada uma das partes se apresenta em juízo certa da existência de seu direito, veremos que quem se acha em situação de incerteza é o Estado, cabendo a ele o direito de eliminar a própria incerteza sobre a sua obrigação de produzir os efeitos pretendidos pelo autor. O Estado se obriga a produzir esses efeitos, mas se reserva o direito de decidir sobre se esta obrigação existe ou não. Vale dizer, o juízo é objeto de um direito⁶¹ do Estado, e não das partes, posto a serviço de um interesse que também não é das partes mas do próprio Estado. Em relação ao puro juízo estatal, pode dizer-se que ele representa para as partes um risco, cabendo-lhes o ônus de suportá-lo, ficando sujeitas a esse risco como a um imperativo de seu próprio interesse, não tendo porém, quanto ao puro juízo, enquanto desvinculado dos efeitos pretendidos do Estado, qualquer direito e nem mesmo o direito a eliminação da incerteza jurídica.

Limitada a função jurisdicional ao juízo que o Estado pronuncia sobre a pretensão das partes, desaparece pura e simplesmente o direito de ação. Como veremos mais adiante, tem enorme importância para o processo a exata perspectiva sobre o juízo estatal, mostrando-se, quanto a isto, valiosíssima a contribuição trazida por Vidigal para o exame desta questão. Parece-nos, contudo, que está suficientemente demonstrada a inaptidão da teoria dominante para explicar de modo satisfatório, em toda a sua integridade, quer a ação, quer a jurisdição. Pior que isto, destrói a ação, enquanto direito, e não restabelece o sistema dos direitos subjetivos.

Ao fim deste exame e antes de iniciarmos a exposição da concepção que temos do direito de ação, fazemos nossas as palavras de Couture:

“Cada estudioso tiene el deber de aportar, al empeño común, su particular observación. De la suma de ellas se hace la grandeza de la ciencia. En esta, tanto como la verdad, importan los esfuerzos hechos para alcanzarla.

⁶¹ Trata-se, mais precisamente de um poder e não de um direito subjetivo (v. n. 38, *infra*).

“Procuremos, pues, en el riesgo del acerto y del error, determinar como concebimos, por nuestra parte, este extraño y desconcertante fenómeno que de tal manera há preocupado, a lo largo del tiempo, a los más ilustres pensadores de la ciencia del derecho.”⁶²

⁶² Couture, E., *Fundamentos*, cit., p. 67.