

EFETIVIDADE E TUTELA JURISDICIONAL

Revista dos Tribunais | vol. 836 | p. 11 | Jun / 2005
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1091 | Out / 2011DTR\2005\859

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Área do Direito: Civil

; Processual

Sumário:

1. O problema fundamental da filosofia é o existir na condição humana, vale dizer, com a consciência da própria finitude ¹. Para o direito, o " *to be or not to be*" é a questão da sua própria realização. Mesmo que não se concorde com a Zweckjurisprudenz de R. Jhering, não se pode deixar de atribuir plena razão ao jurista alemão quando proclamava que "O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito...". ² E, como bem ressalta Castanheira Neves, "há uma razão essencial para que as coisas se compreendam assim. É que também no direito - e sobretudo no direito como entidade prática - a determinação da "essência" não comprova a "existência": o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como prática. Não temos direito só porque pensamos a essência jurídica ou a juridicidade, ou porque construímos um sistema de normatividade jurídica - teremos quando muito a possibilidade (ideal) do jurídico e nada mais. Só o cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite afirmar-se como efetiva dimensão da prática humano-social, transforma a juridicidade em direito". ³

No plano do direito processual, a questão tem tudo a ver com a efetividade do instrumento processual, tanto em termos de tempo quanto de conteúdo dos pronunciamentos judiciais, com vistas à justiça do caso concreto, e observância das garantias do devido processo legal.

Todavia, se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos.

Consideradas essas premissas, mostra-se inadequado continuar a pensar as relações entre o direito material e o processo em termos de ação de direito material, conceito que só tinha razão quando ainda não estava suficientemente maduro o arcabouço dos direitos fundamentais e a constitucionalização que se seguiu. Mais ainda: impõe-se prestar atenção à idéia de tutela jurisdicional, mais consentânea com os valores imperantes em nossa época, especialmente aqueles consagrados no plano constitucional. ⁴ Trata-se, em suma, de atentar devidamente à noção autônoma e de caráter público da ordem processual, decorrente da necessária monopolização da distribuição da Justiça pelo Poder estatal.

Indispensável, outrossim, desligar-se de concepções unilaterais, que só enxergam a norma ou o fato, sem incluir o valor, como requer uma visão necessariamente totalizante do fenômeno jurídico. A esse respeito, tenho ressaltado que o plano dos fatos trabalha com efeitos físicos, próprios do mundo natural, como acontece com a evaporação da água, efeito de seu aquecimento a 100oC. Já o mundo jurídico lida com *valores*, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor nem o simples fato,

mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma. Nisso reside o especificum do fenômeno jurídico, constituído sempre de fato valorado pela regra jurídica.⁵ Sob esse ângulo visual, não se pode deixar de reconhecer que os valores humanos não pertencem apenas ao mundo ideal, mas têm um fundamento real, que é uma realidade da experiência histórica e social, não uma realidade metafísica. Só assim será possível estudar a positividade do direito como realidade empírica dos valores de ação expressos pelas proposições normativas (realidade empírico-formal) e predispostas em função dos interesses eminentes da sociedade (realidade empírico-substancial).⁶

Evidentemente, o problema da efetividade enseja diversos planos de abordagem. No presente ensaio, pretendo examinar a questão tão somente pela ótica conceitual, começando pelas relações entre o direito material e o processual, tema relativamente recente e que teima por desafiar uma solução satisfatória.

2. No período clássico do direito romano, o resultado do litígio dependia da *actio* concedida ao autor pelo Pretor, que foi adquirindo com o passar dos tempos também um significado material. O monismo - a existência de um só plano, que abrangia tanto o direito material quanto o processual - era evidente porque a *actio* caracterizava ao mesmo tempo "o direito privado que era prometido com a fórmula e o ordenamento que lhe estava subjacente, para exigir do demandado o seu cumprimento e, caso necessário, promover sua realização mediante o processo e a execução".⁷ Na perspectiva do direito romano, a pretensão privada, para cuja realização a *actio* era outorgada, não aparecia como um direito subjetivo totalmente constituído. Via-se nela, pura e simplesmente, o reflexo da tutela jurídica inaugurada com a admissibilidade da *actio*.⁸ Realmente, por um longo período da evolução do sistema jurídico romano, a tutela jurídica dos interesses em grande parte não era constituída previamente por normas materiais, mas confiada ao processo, por meio de normas instrumentais. Exatamente com vistas a tal função, o processo estruturava-se em duas fases, *ius* e *iudicium*. Por tal motivo, em princípio a *actio* não era um direito, mas o único direito concedido para a tutela dos interesses. Desse modo, o direito subjetivo processual não se mesclava com o direito subjetivo material, por ser o instrumento para a constituição deste, que antes do processo não existia. Semelhante circunstância histórica explica porque, mesmo depois da autonomia conquistada pela figura do direito subjetivo material, a ciência jurídica não estava pronta para esclarecer as relações que vieram a se estabelecer entre ele e a ação, de modo a tornar clara a distinção entre direito subjetivo material (de natureza privada) e direito subjetivo processual (de natureza pública).⁹ Talvez isso ajude a compreender a razão de ter sido também monista a concepção elaborada pelo Direito das Pandectas, embora privilegiasse o plano do direito material.

Para Savigny, o direito de ação (*Klagerecht*) era considerado como uma forma especial assumida pelo direito material depois da lesão, uma espécie de metamorfose extensível a todo direito.¹⁰ Já na visão de Puchta, Arndts e outros, tratava-se de um acessório do direito material, uma "faculdade colada ao direito, a permitir o pedido de tutela jurisdiccional se este fosse violado".¹¹

Como se vê, conquanto diferentes as visualizações, tanto no direito romano, quanto no direito comum, o direito processual e o direito material formavam uma unidade, o que embaçava distinção nítida entre os dois planos.

Apenas com a célebre polêmica entre Windscheid e Muther (1856-1857) começou-se a colocar na ordem do dia a questão da separação entre o direito processual e o direito material, destruindo-se a unidade da *actio* (compreensiva do direito material e processual).¹²

Na visão de Windscheid, a pretensão é o poder jurídico de exigir a prestação em juízo. Absorve-se, assim, o conteúdo substancial da *actio* no conceito de pretensão, circunstância que evidentemente veio a favorecer a concepção meramente processual ou publicística da ação.¹³ Nada obstante, Windscheid ainda não se despreza totalmente da concepção de Savigny. Continua a falar em ação de direito material e em lesão, embora doutrine que a única lesão a direito a ter como consequência a concessão imediata de tutela jurisdiccional é a em que entram ao mesmo tempo em conflito a vontade do causador do dano e a vontade do titular do direito. Para ele, porém, nos direitos reais a lesão do direito de propriedade não cria um direito de acionar, mas apenas um direito creditório para que se sane a lesão. Negada a satisfação, esse direito de crédito se transformará em direito de acionar (*Klagerecht*). Assim, todos os direitos reais (direitos sobre coisas) adquirem, com a lesão, uma relação pessoal que até então não tinham, transformando-se em direitos creditórios, vale dizer, em pretensão (*Anspruch*) contra o causador do dano.¹⁴

Dentro desse contexto, foi principalmente a crítica de Muther, depois incorporada por Windscheid, que propiciou a criação dos elementos necessários para uma nova concepção, na medida em que distingue claramente um direito à tutela do Estado, direito de agir, a que se atribui natureza pública, restando intocado o direito material apesar da lesão.¹⁵ Dessa forma, Muther opõe-se ao conceito de "Metamorphose" defendido por Savigny, na medida em que nega a existência de um especial direito ou pretensão à erradicação da lesão contra o causador da lesão,¹⁶ reconhecendo apenas um direito de natureza pública do lesado contra o Estado, de outorga de tutela estatal (o direito de ação, *Klagerecht*), e o direito do Estado contra o causador do dano para a erradicação da lesão.¹⁷

A partir dessa idéia, Windscheid reconhece também a legitimidade de um conceito de ação material junto com uma ação processual. Essa admissão constitui sem dúvida alguma o maior fruto da polêmica travada entre os dois juristas alemães. O direito de ação no sentido material é a pretensão jurídica material, pela qual é dada com a ação a autorização de realizar - por meio da "contraposição da vontade do obrigado e da vontade do titular do direito" - aquilo que se reclama do adversário, o que dele se exige no sentido material.¹⁸ O direito de ação em sentido processual, em contrapartida, é o "direito à tutela do Estado" (*Recht auf Hilfe des Staates*), não integrando o direito material, mas o processual.¹⁹

Como se constata, Windscheid - principalmente em face das críticas de Muther, às quais veio a aderir - ultrapassa em larga medida a concepção dominante no seu tempo. Não apenas restou destruída a unidade até então existente entre o direito material e o direito de ação, mas também foi concedida substância própria à teoria processual no domínio da doutrina do direito de ação, substância que teoricamente até então esta não exibia, pois tudo era deixado aos cuidados do direito civil, cujos resultados eram geralmente apropriados pela ciência processual.²⁰

Um outro passo importante para a autonomia do direito processual foi dado por Wach, ao estabelecer um direito concreto de demandar, que se consubstancia na chamada pretensão à tutela jurídica, formada com elementos de direito material e processual, devendo a ambos unir. A pretensão à tutela jurídica é entendida como a pretensão de uma das partes em face do Estado a tutela jurídica favorável correspondente a uma situação jurídica, que pode ser pretensão a uma sentença condenatória, declaratória ou constitutiva, ou pretensão executiva para a realização de uma pretensão de direito material por via da execução forçada, ou pretensão à segurança para satisfação da pretensão mediante arresto ou medidas cautelares. A pretensão à tutela jurídica corresponde a uma das partes, já a pretensão à sentença, ao autor ou ao demandado. É exercida contra o Estado, como titular do Poder Judiciário, e contra o tribunal, como seu órgão, em face do adversário, para que este suporte o ato de tutela. Trata-se, portanto, de uma pretensão de direito público, cujo conteúdo é a finalidade de obtenção de tutela jurídica. No âmbito do processo de conhecimento, essa finalidade é alcançada com uma sentença definitiva favorável. Diferencia-se da pretensão de direito material e, particularmente, da pretensão de direito privado perseguida pelo autor com a demanda, pois esta se dirige contra o demandado, de quem é exigido o cumprimento da prestação devida, e aquela contra o Estado, do qual se reclama a tutela jurídica. O demandado pode satisfazer a pretensão de direito material, mas não a pretensão de tutela jurídica. Esta só é satisfeita com um ato de tutela jurídica favorável e se extingue com isso. Por seu turno, a satisfação da pretensão de direito material nada mais faz do que deixar sem objeto a pretensão de tutela jurídica.²¹ Embora a ampla aceitação da teoria de Wach na Alemanha até o primeiro quartel do século passado,²² formou-se lentamente um consenso que sua doutrina não corresponde à realidade das coisas.

Leo Rosenberg bem resume as críticas realizadas na Alemanha à teoria de Wach. Ambas as partes têm pretensão à outorga de justiça, não apenas uma delas, mas não a uma tutela jurídica favorável. O órgão judicial deve resolver a controvérsia de acordo como o direito material, seja a favor do autor, seja a favor do demandado. O que existe é a pretensão de ambas as partes ao exame e resolução da demanda, de acordo com o sistema jurídico, seja material seja processual. Mesmo a pretensão à execução significa apenas o dever do órgão estatal de empregar as medidas estabelecidas pelo Estado para sua realização, e não que a execução redunde em resultado favorável para o credor.²³

As idéias de Wach ganham outra roupagem com a teoria do direito justicial (*Justizrecht*), desenvolvida por James Goldschmidt, também partidário da ação como direito concreto.

No seu sentido jurídico rigoroso, trata-se, para ele, de um domínio jurídico (ou de uma norma), que "tem como objeto uma relação jurídica entre a Justiça estatal e a pessoa individual".²⁴ Tanto o direito processual civil quanto o direito processual penal pertencem ao direito justicial, na verdade ao direito

justicial formal. Ambos "regulam o lado formal, ou de exercício, da relação jurídica entre o Estado e a pessoa individual".²⁵

Ao lado do direito justicial formal, elabora Goldschmidt o conceito de direito justicial material, que seria o direito privado material orientado contra o Estado. Argumenta que se o Código Civil (LGL 2002\400) prescreve regras de direito privado, também contém "uma imagem não-escrita", que se dirige ao Estado (à Justiça) e estabelece o conteúdo da sentença.²⁶ O direito justicial material constitui, portanto, uma função do direito privado (subjetivo) material, transformado pela orientação contra o Estado. Para Goldschmidt, o fenômeno fundamental do direito justicial (civil) material centra-se no conceito de pretensão à tutela jurídica, "descoberto" por Wach, relacionando os elementos materiais, pré e extraprocessuais, ao direito privado material.²⁷ Nessa perspectiva, "só pode ser considerado direito justicial material o direito regulador, o lado material da relação justicial civil, construído, vale dizer, sob o ponto de vista da pretensão à tutela jurídica de Wach, do indivíduo contra o Estado".²⁸

O direito justicial material compreende a totalidade das normas relativas à pretensão de tutela dirigida contra o Estado. Além disso, determina o conteúdo da sentença, por meio de normas imperativas dirigidas ao juiz, revelando-se para a pretensão à tutela jurídica como "o direito subjetivo do direito justicial civil material".²⁹ Assim, a pretensão à tutela jurídica e o direito privado material, pensado em sua direção contra o Estado, pertencem ao mesmo campo e, sob esse ponto de vista, são quase idênticos. O direito civil, em sua direção contra o Estado, determina o conteúdo da sentença, constituindo nessa função, junto à pretensão de tutela jurídica, direito justicial civil material.³⁰ Impõe-se ressaltar que, ao classificar a pretensão à tutela jurídica como um fenômeno exclusivamente material, Goldschmidt afasta-se nesse aspecto flagrantemente de Wach.

Em consonância com essas idéias, Goldschmidt classifica como normas jurídicas materiais não apenas as que regulam a pretensão à tutela jurídica, mas também a acionabilidade do direito material. O mesmo enquadramento é realizado em relação às regras sobre prova e sobre a coisa julgada material, já que elas influenciam o conteúdo da sentença e não apenas o procedimento.

Para Goldschmidt, a pretensão à tutela jurídica pertence ao direito material, embora apresente natureza processual, constituindo assim um direito justicial material.³¹ Trata-se, portanto, de um ponto de vista diverso ao da *actio* clássica, pois esta conquanto constituísse expressão do direito material exibia natureza rigorosamente processual.³² Por outro lado, a classificação de fenômenos processuais no direito material, por força da teoria da direito justicial material, assemelha-se fortemente ao conceito de *actio* de Savigny e do Direito das Pandectas.

Com base nessas premissas, Goldschmidt adota uma visão preferivelmente empírica do fenômeno processual,³³ dirigida a uma determinação finalística do processo: a finalidade do processo seria "a produção da coisa julgada", a tutela do direito subjetivo privado constituiria, porém, finalidade do direito justicial material.³⁴

Finalmente, na visão de Goldschmidt, o direito de ação (*Klagerecht*), a que também denomina pretensão à sentença (*Urteilsanspruch*), constitui um direito público subjetivo de tutela jurídica dirigido apenas contra o Estado, com vistas à obtenção de uma sentença favorável.³⁵ Classifica, por outro lado, o direito de ação, enquanto objeto concreto do processo (o *meritum causae*), como direito justicial material e não processual.³⁶ Acentua, ainda, ser perfeitamente possível separar hoje o direito de ação contra o Estado e a pretensão privada contra o obrigado, conquanto fossem indistintos os dois direitos no horizonte da *actio romana*.³⁷

Importante ressaltar, outrossim, que mesmo em Plósz, fundador juntamente com Degenkolb da teoria da ação abstrata, ainda ressoam ecos do conceito de ação material.

Para este último, o direito de ação (*Klagerecht*) revela-se independente da existência do direito material. Necessário tão somente que o autor afirme um direito reconhecido e atenda a todas as suas exigências ou, na hipótese da ação declaratória, um interesse jurídico, estando na convicção subjetiva de que o direito efetivamente exista. A expectativa do autor não diz respeito a uma sentença favorável, mas a uma sentença conforme a lei, nem constitui pressuposto da ação a verdade do fato jurídico afirmado pelo autor como relevante, mas apenas a própria afirmação do fato jurídico.³⁸ Posto isso, Degenkolb distingue entre o direito de ação processual (*Klagerecht*) e a acionabilidade do direito material (*Klagbarkeit*). Esta é colocada exclusivamente no plano do direito material, como uma qualidade anexa ao direito material, como fundamento para servir ou poder

servir à ação.³⁹

Já para Plósz, há dois direitos de ação, o direito de ação material (*materielles Klagerecht*), identificado com a pretensão material, e o direito de ação formal processual (formales prozessualisches Klagerecht), concebido como direito de estabelecimento do processo, de natureza pública, dirigido contra o tribunal e o demandado.⁴⁰ O direito de ação processual não ostenta como pressuposto a existência do direito subjetivo privado nem decorre da violação do direito, e tampouco se identifica com o direito privado violado.⁴¹ O seu exercício vincula-se exclusivamente à introdução de certas afirmações "acionáveis", principalmente a afirmação da existência de um direito privado.⁴²

3. No ambiente cultural, ora esboçado de maneira sintética, a teoria de Pontes de Miranda sobre a ação⁴³ constituiu, sem dúvida, um admirável *tour de force* para superar as polêmicas que então grassavam a respeito do tema, buscando encontrar uma explicação para as questões decorrentes das relações entre direito material e direito processual.

Na sua primeira elaboração, proclamava Pontes de Miranda que "a ação supõe o direito objetivo que a dê e fato que constitua razão de seu exercício. Por isso mesmo não se identifica com o *dever* do sujeito passivo. Se o direito subjetivo tende à prestação, a ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro plus e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico".⁴⁴ Argumentava que os direitos subjetivos e as ações não se confundem,⁴⁵ exemplificando com direitos subjetivos sem ação, mas ao mesmo tempo afirmava que "a ação pertence ao corpo mesmo do direito material, é intrínseca ao direito que a tem, e os que não a têm só não a têm porque eles mesmos foram nascidos sem ela ou a regra objetiva a fez precluir ou prescrever".⁴⁶ Por isso concluía que "a ação é instituto do Direito material, e não do Direito formal ou processual".⁴⁷

No plano do direito processual, não fala em ação, mas tão somente em remédio processual.⁴⁸ Este é conceituado como "meio instrumental, que o direito formal põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas condições, para que, com o uso dele, possam suscitar a *decisão*, a prestação jurisdicional".⁴⁹ O direito subjetivo e a ação preexistem ao exercício, ao uso, dos remédios processuais.⁵⁰ Mais adiante acentua: "O remédio processual é conferido a quem quer se ache nas condições de propô-lo, variando apenas os pressupostos de legitimação ativa e passiva. O que dele se utiliza pode ter ou não ter ação. A ação é direito a reclamar. Não é o direito subjetivo, que já definimos, nem o direito-meio que os Estados conferem com os remédios processuais. O direito de ação não é contra determinado Estado, o que dele faria direito público subjetivo; mas a admissão por parte do direito mesmo que cria a relação, a reclamar a um Estado, - o que estabelece o remédio, o Estado do foro (...) A ação é determinada, concreta, atribuída a alguém ou a certa categoria, e não indeterminada, abstrata, universal".⁵¹ Universais, até certo ponto, indeterminados, abstratos, são os remédios processuais, para os quais, ainda assim, a lei determina pressupostos de legitimação ativa e passiva, que atenuem a possibilidade de serem usados por todos (universalidade), independentemente das ações que tenham (abstração) e do objeto (indeterminação).⁵² A ação é dirigida não contra o Estado, mas contra o legitimado passivo: a ação do marido para anular o casamento, por já estar deflorada a mulher, tem por titular o marido e por sujeito passivo a mulher.⁵³

A última formulação data de 1970.⁵⁴ Nesta o elemento um tanto ambíguo do remédio jurídico processual⁵⁵ perde força, sem desaparecer totalmente, pela introdução de outro elemento, a ação processual ("ação"), à qual por vezes é equiparado. Surge também o conceito de pretensão à tutela jurídica, que nada obstante a denominação não se confunde com a pretensão à tutela jurídica de Wach.⁵⁶ Igualmente novo é o conceito de pretensão material, que para certos efeitos veio a substituir a ação de direito material.

A ação de direito material, a *actio*, "supõe, sem necessitar, o direito objetivo, que a dê, e fato, que constitua a razão de seu exercício. Por isso mesmo, não se identifica com o dever do sujeito passivo. Se o direito subjetivo tende à prestação, surgem a pretensão e a ação. A ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro plus e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico".⁵⁷ Em outra passagem, empregando ação sem aspas e, portanto, no sentido de ação de direito material, sustenta que "A ação é inflamação do direito ou da pretensão".⁵⁸ A ação (de direito material) exerce-se principalmente por meio da "ação" (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica que o Estado criou.⁵⁹

Afirma serem inconfundíveis os direitos subjetivos, as pretensões e as ações, dando exemplos para demonstrar o asserto.⁶⁰

Distingue: a) direito público subjetivo à justiça; b) pretensão à tutela jurídica; c) pretensão material, que se vai "invocar" em juízo (não exercer) e d) ação que se vai "mover".⁶¹ A respeito da pretensão à tutela jurídica, escreve Pontes de Miranda: "Quando se propõe uma ação, qualquer que seja, exerce-se a pretensão pré-processual, que é a *pretensão à tutela jurídica*, pois o Estado, desde que se estabeleceu o monopólio estatal da Justiça, a essa tutela se vinculou, e exerce-se, com o remédio jurídico processual adequado, a ação de direito material".⁶² Se o autor não tinha a ação (de direito material), "exerceu pretensão à tutela jurídica, exerceu a pretensão ao remédio jurídico processual, porque não podia esperar sentença favorável quanto à ação de que se supunha ser titular".⁶³

Também a pretensão de direito material e a ação de direito material existem antes do processo. A pretensão invocada "pertence ao corpo mesmo do direito material, é intrínseca ao direito, que a tem, e os direitos que não a têm só não a tem porque eles mesmos foram nascidos sem ela, ou a regra objetiva a fez precluir ou prescrever. É ponto que merece toda atenção: a pretensão invocada é instituto do direito material, e não do direito formal ou processual".⁶⁴

Todavia, o conceito de pretensão material de Pontes de Miranda não se deixa apanhar facilmente. Critica a definição de pretensão realizada pelo § 194 do Código Civil (LGL 2002\400) alemão,⁶⁵ que considera infeliz, porque limita o conceito às prestações de fazer e não fazer, deixando de fora as ações declarativas e constitutivas, em que o fim do litigante não consiste em algum fazer ou não-fazer. Além disso, exhibe pouca consistência sustentar que "A pretensão nasce, ainda que nasça sem a exigibilidade de pessoa a pessoa. Mas, se há ação e o titular do direito é o mesmo da ação, a ação, aí, é o que resta da pretensão",⁶⁶ Na verdade, nos exemplos formulados o conceito de pretensão reduziu-se a um mero *flatus vocis* e não haveria nenhuma razão para continuar insistindo na sua existência.⁶⁷ Exigir pela "ação", como se pretende, é confundir simplesmente a pretensão com a ação processual. Nota-se claramente que, ao buscar justificar a existência da pretensão de direito material na ação declaratória,⁶⁸ Pontes de Miranda confunde elementos de direito público (exigência de tutela jurídica do Estado) com elementos de direito privado (ação de direito material, direito subjetivo). Mais adiante, porém, não pode deixar de reconhecer que "O exercer pretensão, ou ação, ou exceção, que se contém no direito, é exercer o direito", poder que faz parte do direito, poder de revelar (exprimir, enunciar) a própria existência,⁶⁹ Para ele tão rente está ao direito material a ação de direito material e a pretensão material que só podem ser exercidas nos limites do seu conteúdo,⁷⁰ conceito que pode servir, quando muito, ao plano do direito material, mas não ao plano do direito processual, que é o reino da incerteza e da dúvida. Por exceção, afirma Pontes de Miranda, a ação pode existir sem a pretensão (ou sem o resto da pretensão), tal como ocorre com os direitos formativos, sejam geradores, modificativos ou extintivos.⁷¹

Visto que, no fundo, a teoria empresta maior realce aos fatores materiais que aos processuais, o conceito de ação processual não aparece com nitidez nas elaborações doutrinárias do grande mestre. Ora, é equiparada, como se viu, a remédio jurídico processual, apresentando-se assim mais como um elemento passivo do que ativo, que não se compadece com a dinamicidade do fenômeno processual. Ora, é equiparada à demanda ou à lide, e conceituada como "negócio jurídico com o qual o autor põe o juiz na obrigação de resolver a questão, ainda que seja "se cabe a contestação, ou o mandamento, ou a execução". À base da legitimação para esse negócio jurídico estão a capacidade de ser parte e a pretensão à tutela jurídica (uma e outra pré-processuais). Da demanda é que surge o dever concreto de resolver; o de dar sentença favorável é dependente de ser fundada ("procedente") a ação.⁷²

Como se vê, homem de seu tempo, preso às suas raízes culturais e à doutrina alemã, Pontes de Miranda retoma o conceito de pretensão de Windscheid, de certa forma semelhante ao de Savigny, e lhe empresta a denominação de ação de direito material. Adiciona ao esquema a ação abstrata, tal como esboçada por Muther, e como já o fizera o próprio Windscheid. Nesse quadro, totalmente concretista, proclamou, contudo, na linha de Plósz e de Degenkolb, que o autor não teria direito a uma sentença favorável, mas apenas a uma sentença de qualquer conteúdo, que se presume justa. Por isso mesmo, não consegue se desvencilhar da expressão cunhada por Wach, embora empregue o conceito de pretensão à tutela jurídica, em sentido totalmente diverso, como antes ressaltado. Demais disso, embora não confesse, faz o conceito de ação de direito material desempenhar o mesmo papel do direito justicial material de Golschmidt. Este, recorde-se, não só colocava a acionabilidade do direito na norma jurídica material, como também conceituava o direito justicial material como direito material privado orientado contra o Estado.

Basicamente na mesma linha de pensamento situa-se Ovídio A. Baptista da Silva.⁷³ Para ele,

igualmente, convivem a ação e a "ação". A ação de direito material corresponde "ao agir contra o obrigado para a realização do direito, independentemente de sua colaboração". A "ação" (processual) é "dirigida contra o Estado, para que ele, provocado pelo interessado (autor), exerça a atividade jurisdicional a que se obrigou e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido". A ação de direito material "tem como pressuposto um direito material preexistente de que é titular sempre aquele que age, esta a "ação" processual, por força há de estar igualmente fundada num direito anterior. Também ela, como qualquer outra atividade lícita, deve corresponder a um *direito exigível* (=pretensão), sob pena de configurar o puro arbítrio e a violência". Em outra passagem, consigna o jurista: ⁷⁴ "A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade ou da colaboração do obrigado, que se consegue através da jurisdição, é rigorosamente a mesma ação de direito material, ou seja, o mesmo agir para a realização inerente a todo o direito, com a única diferença que, proibida a autotutela privada, a efetivação do direito se dá através da ação dos órgãos estatais. Portanto, longe de haver supressão ou substituição da ação de direito material, o que em verdade ocorreu foi uma duplicação de ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado, para que este, uma vez certificada a existência do direito, o realize coativamente, praticando a mesma atividade de que fora impedido seu titular".

No que concerne à ação processual, apresentaria três faces. De um lado, a "ação" é o exercício do direito de acesso aos tribunais, do qual constitui um *príus* lógico; de outro, é o agir do próprio autor para a obtenção da tutela jurisdicional; finalmente, é também o exigir que o Estado aja, prestando tutela jurídica. ⁷⁵

Realizada essa longa e necessária introdução impõe-se indagar se esse amálgama de conceitos conflitantes resiste a uma análise crítica. A teoria continuaria consistente e intocável, em face do influxo das elaborações doutrinárias posteriores a respeito das relações de direito público, que regulam a função jurisdicional, e às exigências mais modernas de efetividade? É o que procurarei examinar nos tópicos que seguem.

4. Em primeiro lugar, a perspectiva de que o resultado final do processo equivale à ação material que seria desenvolvida pela parte fora do processo ignora, no fundo, a função exercida pelo juiz no processo, fruto do monopólio estatal da prestação jurisdicional e dos desenvolvimentos granjeados pelo direito público e constitucional.

Como bem pondera Liebman, não há dúvida de que o processo é instrumento de realização do direito material, mas tal finalidade é alcançada por meio do agir do Estado, que assegura a efetiva vigência da ordem jurídica. A essência da ação encontra-se exatamente na relação que se estabelece no ordenamento jurídico entre a iniciativa do indivíduo e o exercício, em concreto, da jurisdição, vale dizer, na necessidade e na eficácia da invocação ao juiz para que "proceda"; e pertence à essência do processo que o juiz deve determinar, segundo as normas que regulam a sua atividade, o conteúdo positivo ou negativo da sua decisão final. ⁷⁶ Embora verdadeiro que a ação tende a produzir um determinado efeito jurídico a cargo da contraparte, esse efeito derivará da decisão do juiz e, assim, a ação, enquanto direito, tem por objeto imediato aquela decisão, dirigindo-se contra quem pode e deve emaná-la, isto é, o juiz, na sua qualidade de órgão do Estado. ⁷⁷

Ressalta ainda Liebman, com base em conhecido ensinamento de Carnelutti, depois adotado por Betti, que "A ação é, portanto, um direito ao meio, não ao fim, e isto em dois sentidos diversos, tanto no que se refere ao seu conteúdo quanto no que se refere a sua direção, que constituem, pois, dois aspectos de uma única relação". ⁷⁸ Conceber o direito do indivíduo diretamente contra o adversário, prossegue, incluindo aí o resultado da atividade estatal, significa de novo colocar o fim no lugar do meio e pretender absorver no direito privado uma quantidade de todo estranha e de natureza profundamente diversa, como é indubitavelmente o exercício de um poder de direito público, pertencente a título originário aos órgãos da soberania do Estado. ⁷⁹

Nem procede o argumento de que o conceito de ação de direito material constituiria a melhor maneira de tornar mais eficaz e efetiva a realização do direito subjetivo privado. Como ainda aqui sustenta Liebman, "A defesa mais eficaz do direito subjetivo privado não consiste em fechá-lo dentro de sua trincheira, onde é condenado a permanecer inerte, mas, sim, em afirmar-se a intangibilidade da arma que o direito público põe a sua disposição; e essa arma é a ação, porque apenas ela constitui o meio idôneo para lutar no campo aberto do processo, em contato direto com os órgãos do Estado". ⁸⁰

E menciona Carnelutti, cujo ensinamento por sua pertinência ao tema vale a pena reproduzir. A confusão entre ação de direito material e direito subjetivo decorre, sem dúvida, de um erro de perspectiva que ignora a relação de meio a fim entre os dois direitos. A ação serve para a tutela do direito material, mas não se confunde com o direito que se pretende seja atendido em juízo. A concepção privatística do processo, da mesma maneira que levou o sistema a gravitar inteiramente sobre o direito subjetivo, induziu também à crença de que este não era outra coisa senão o direito exercido em juízo. Pouco a pouco, porém, por meio de uma série de tentativas, alcançou-se a separação: cumprindo esclarecer que uma coisa é o direito exercido em juízo (*id est* correspondente à pretensão) e outra o direito de obter que o ofício proveja sobre a pretensão, e dessa forma se separaram por sua vez o direito subjetivo material e o direito subjetivo processual.⁸¹

A verdade é que, negadas as concepções monistas do direito, ponto atualmente pacífico, mostra-se forçoso reconhecer a autonomia do processo em relação ao direito material, nada obstante a íntima conexidade entre os planos material e processual. Ademais, com o monopólio estatal da administração da justiça, a ação só pode ser pensada como um poder dirigido contra o Estado, pois só esse pode garantir a tutela jurisdicional dos direitos e determinar os pressupostos pelos quais deve ela ser outorgada. Não se cuida, portanto, de um direito privado, mas de um direito revestido de natureza pública, que por seu caráter, sua direção, seu conteúdo e seus requisitos se distingue essencialmente da pretensão privada. Um dos erros de Thon, além de negar ao direito subjetivo sua realização fora do processo, foi colocar no direito subjetivo privado a coercibilidade estatal. Equívoco este também perfilhado por Pontes de Miranda e seus seguidores. O direito subjetivo exhibe realmente essa potencialidade. Cuida-se, no entanto de elemento ligado ao direito público e não ao privado a ser exercido pela ação (processual), cuja realizabilidade, em face do não cumprimento voluntário, dá-se no plano jurisdicional (salvo poucas exceções). Daí, a exata conceituação de P. Roubier: direitos subjetivos são prerrogativas vantajosas estabelecidas pelo direito objetivo, munidas de *proteção judicial*.⁸²

Realmente, hoje está bem claro que a garantia do acesso à justiça impõe ao órgão judicial o dever de exercer jurisdição. Daí terem as partes direito à pretensão de outorga de justiça (*Anspruch auf Justizgewährung* ou *Justizanspruch*), dirigida contra o Estado como titular da soberania, por meio de um processo efetivo e justo.⁸³ De modo nenhum se cuida de simples efeito reflexo do direito objetivo, visto que o dever do Estado de outorgar jurisdição habita não apenas no interesse geral, mas especialmente no do interessado, que busca a satisfação de seu direito perante o órgão judicial. Demais disso, a outorga de justiça não fica ao arbítrio do órgão judicial, e é vista pelo contrário como uma proteção imperativa e não meramente aleatória. Por isso se caracteriza, fora de qualquer dúvida, como um direito subjetivo público,⁸⁴ enquadrando-se mais precisamente na categoria dos direitos fundamentais, hoje constitucionalizados. Esse direito fundamental se concretiza, no plano processual, com o exercício da ação (processual, bem entendido), que decorre dos poderes e faculdades da parte autora, iniciando-se com a demanda e prosseguindo ao longo de todo o procedimento, por meio de atos concretos. Quando concedido o provimento final, seja ato executivo ou sentencial, a ação (processual) já terá sido exercida plenamente em sua integralidade, seja qual for o resultado do processo, o que afasta qualquer idéia de concretude.

Aliás, visto o problema na perspectiva do resultado da tutela jurisdicional, considerado o caráter eminentemente publicístico da jurisdição e do processo, o comando daí resultante projeta a sua eficácia no patrimônio das partes por força própria, em razão da soberania do Estado-juiz, e não certamente em virtude de uma norma de direito privado.⁸⁵ O direito material, note-se bem, é para o juiz apenas a norma de resolução, a determinar o conteúdo da sentença de mérito. Naturalmente, quem põe na penumbra o império contido no exercício da função jurisdicional tende a ver nas sentenças declarativas, condenatórias ou constitutivas só declaração, só pensamento, só norma, abstraindo a eficácia *substancial* contida no comando judicial. Todavia, adotada uma visão totalizante do fenômeno jurídico, a englobar fato, valor e norma, a declaração é também efeito jurídico, com conseqüências práticas. Embora não interfira diretamente no plano sensível, determina o comportamento que devem as partes adotar para o futuro (por isso, v.g., a possibilidade de antecipar-se o pedido de sustação de protesto cambial, no bojo de demanda declarativa negativa de relação jurídica creditícia).

Claro que posso denominar a força realizadora do direito material de ação de direito material. Todavia, o problema não é meramente terminológico. O conceito mesmo de ação de direito material, de caráter eminentemente privado, é que não resiste a um exame lógico e sistemático, quando posto

em confronto com o sistema processual, de cunho eminentemente público e constitucional.

Antes de nada, a ação de direito material, que seria exercida conjuntamente com a ação processual, pressupõe a existência do direito material, porque é a inflamação do direito material ou da pretensão,⁸⁶ ou o próprio direito subjetivo reagindo contra a agressão que lhe foi feita.⁸⁷ Ora, se não é possível reconhecer a existência do direito antes do contraditório, fica difícil admitir a "ação de direito material", já no início da demanda, algo que está ínsito ao próprio direito subjetivo, que faz parte da sua essência. Se é da essência do direito, o agir para sua integral realização, representando a ação de direito material a inflamação do direito depois da lesão (a "metamorfose" de Savigny), a sentença haveria de ser sempre favorável, porquanto a demanda pressuporia por hipótese a existência do direito. Não padece dúvida, no entanto, em razão da própria incerteza consubstancial do direito litigioso,⁸⁸ que sua existência só poderá ser averiguada ao final do processo, com o trânsito em julgado da sentença. Com a sentença de improcedência da demanda ter-se-á declarado a inexistência tanto do direito material quanto da própria ação de direito material, fenômeno que se pretende ínsito ao direito material!

Para afastar-se essa evidente incongruência, passa-se a sustentar que aquilo que é algo consubstancial ao direito subjetivo, integrante da sua própria essência, não é tão substancial assim, constituindo quando ingressa no processo mera realidade afirmada.⁸⁹ Ora, se a ação de direito material é algo imanente ao direito material, o seu exercício pressupõe uma sentença favorável. Não bastasse isso, a explicação incorre em outra contradição. A simples afirmação da ação, enquanto ato que se esgota em si mesmo, no afirmar, revela-se totalmente incompatível com o conceito de ação, mormente com a "ação exercida", que por hipótese pressupõe um agir em determinada direção, exercício do poder (ou do direito) de agir. Se ajo não afirmo, se afirmo, quedo-me no simples plano do verbo, do dizer, e não ajo. *Tertium non datur*.

Por outro ângulo visual, o autor não afirma a existência da ação de direito material, mas do direito e da lesão, e com base nisso pede a adoção da tutela jurisdiccional que entende adequada.⁹⁰ Desse modo, o direito material torna-se componente da situação que legitima tanto os atos da parte quanto os do juiz, podendo-se colher vários graus de tal coordenação (entre os atos do processo e o direito), passando-se da asserção do direito, que legitima os atos preparatórios das partes e do juiz no processo de conhecimento, à colheita da prova, de que constitui objeto, e à declaração do direito, que legitima no processo de conhecimento, a sentença de acolhimento e, no processo de execução, toda a série procedimental.⁹¹ Além disso, não se trata propriamente de afirmar a existência da tutela jurisdiccional (ou da ação de direito material), mas de demonstrar sua adequação à lesão e ao direito, ambos afirmados *in status assertionis*.

Não bastasse isso, analisadas as vicissitudes da "afirmação" da ação de direito material, constata-se que ela não passa de um mero "slogan", uma idéia que não chega a ter existência real. Depois de afirmada - e não exercida, ao contrário do que se apregoa, porque obviamente afirmação não se exerce -, o agir é realizado exclusivamente por meio da ação processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a seqüência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Além disso, depois de decidido o litígio, também não reaparece a ação de direito material, porque a eficácia e a força da sentença decorrem do comando emitido pelo órgão judicial, que recai na esfera substancial das partes, em virtude do império decorrente do exercício da jurisdição e da soberania do Estado. Não custa lembrar que as normas reguladoras do processo, geralmente de direito público, dirigidas especialmente à função jurisdiccional, não se preocupam diretamente com o direito material pretendido, e ao mesmo tempo o sujeito da conduta prevista na norma de direito material certamente não é o órgão judicial. O juiz não age, exerce atos de seu ofício, que podem conduzir a transformações no mundo sensível, mediante o exercício dos poderes que lhe são conferidos por regras de direito público, totalmente distintas das regras de direito privado.⁹² Assim, a alegada ação de direito material, uma vez julgada procedente a demanda, passa a se confundir com o resultado do processo, ou com a tutela jurisdiccional dispensada pelo Estado. De tal sorte, no quadro da realização do direito material, a introdução do conceito de ação material constitui um desnecessário desdobramento do conceito de ação processual, como desde muito está assentado na ciência processual.

A esse respeito, revela-se altamente significativa a aguda crítica de Couture à doutrina de Pontes de Miranda, que merece ser reproduzida *in verbis*:⁹³

"Se ha dicho, entonces, que la doctrina que configura la acción como un derecho genérico de obrar confunde aquélla, la acción, con el derecho de demandar, que es un derecho diferente. Conviene no dejar en pie este argumento. Si la acción y el derecho a demandar son dos poderes jurídicos diferentes, entonces tendríamos tres órbitas del derecho: lo que llamamos derecho material (p. ej., la propiedad), la acción (p. ej., la reivindicación) y el derecho a demandar en juicio (p. ej., la facultad de interponer la demanda reivindicatória). Pero desde nuestro ponto de vista, las cosas non son así. El derecho de demandar (*rectius*: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente, la acción. Todo sujeto de derecho tiene, como tal, junto con sus derechos que llamamos, por comodidad de expresión, materiales o sustanciales (en el ejemplo, la propiedad), su poder jurídico de acudir a la jurisdicción. Denominamos acción a este poder jurídico, y el derecho de demandar no es sino el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, ya que el proceso civil se halla regido por la máxima *nemo judex sine actore*. La acción civil se hace efectiva mediante una demanda en sentido formal, y ésta no es sino el ejercicio de aquélla. No creemos que quede, dentro de la estructura del derecho, luego de haber distinguido entre el derecho material y el derecho procesal de acción, sitio para un tercer derecho, que no sería otra cosa que la acción puesta en ejercicio. Un tercer poder jurídico intermedio, entre el derecho material y el derecho procesal, ya sea que se incluya en el primeiro, ya sea que se incluya en el segundo, constituye un innecesario desdoblamiento".

Por outro lado, segundo seus defensores, a ação de direito material, por constituir *ex hypothesis* parte integrante do direito subjetivo material, deve se dirigir necessariamente contra o adversário, enquanto a ação processual é endereçada contra o Estado.⁹⁴

A proposição, porém, revela-se inadmissível, porque o autor ao pleitear tutela jurídica nada pede ao demandado, mas ao órgão judicial, e o que ele pede não lhe pode ser concedido pelo demandado, mesmo que por este querido. Por isso, a pretensão de tutela jurídica não é idêntica ao direito material.⁹⁵

Essa última constatação conduz, por sinal, a uma outra objeção de peso contra o conceito de ação de direito material. As chamadas ações de direito material (declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas) não têm existência mesmo antes do processo. Não só em razão do monopólio estatal da administração da justiça, mas principalmente porque os pronunciamentos judiciais e as sentenças, seja qual for o seu conteúdo (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo), não passam de *formas próprias e exclusivas da tutela jurisdicional*.⁹⁶ Constituem meios, de que se serve o Estado, para prestar justiça e realizar o direito material da maneira mais adequada e efetiva, verdadeiras técnicas, que idealmente devem servir aos fins últimos do processo e à realização do direito material. Ora, se se cuida de técnica, não há como confundi-las com o direito material ou com uma faceta deste,⁹⁷ porquanto o direito, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, não é uma técnica, mas a positividade do poder, ou seja o conjunto de normas em que transparecem as decisões do Estado (centro de poder), destinadas a orientar a conduta das pessoas e suas relações em sociedade.⁹⁸ Por isso mesmo, embora as diversas espécies de tutela jurisdicional sofram forte influência do plano do direito material com ele não se confundem. Uma coisa é, por exemplo, desfazer, anular, cancelar, distratar, reconhecer dívida, transigir, admitir na função pública, restituir ou reparar (plano do direito material), outra totalmente distinta é condenar, mandar, declarar, constituir ou executar (plano da tutela jurisdicional). Esses últimos verbos, num Estado minimamente evoluído e com instituições já desenvolvidas, só podem decorrer da atividade de um terceiro imparcial, investido de império bastante para ter força e legitimidade suficientes, elementos esses capazes de impor o resultado da tutela jurisdicional e sua aceitação pelos interessados. Por tais motivos, a regulação dessa atividade está afeita a normas de direito público e constitucionais, pouco ou minimamente interferindo nessa seara o direito privado. De tal sorte, o direito processual pode ou não permitir a demanda declaratória depois de consumada a lesão, o sistema constitucional pode tornar lícito o emprego da tutela mandamental ou executiva e assim por diante. Interessante, a esse respeito, é a norma contida no § 35 da lei que regula a atividade do Tribunal Federal Constitucional alemão, permitindo-lhe, além de determinar em sua decisão quem a executará, a regulação no caso concreto da espécie e da forma da sua execução.⁹⁹

Na verdade, não se pode confundir o apêndice inflamado, a doença (o direito lesado), com o bisturi destinado a extirpá-lo, o remédio (a tutela jurisdicional), nem com a extirpação exitosa, a cura (a tutela do direito). Trata-se de realidades distintas, embora vinculadas umas a outras, sofrendo portanto influências recíprocas. Tudo isso, é claro, desenvolvendo-se por meio dos diversos atos do

cirurgião, dos enfermeiros e demais auxiliares (atos processuais do juiz, das partes, do escrivão, do perito etc. que, em suma, compõem o procedimento e por extensão o processo).

Chama a atenção, aliás, que Pontes de Miranda ao ter proclamado que a sentença mandamental constituiria ato necessariamente estatal, exclusivo assim do juiz, não representando atividade substitutiva daquela do particular,¹⁰⁰ não se tenha dado conta da evidente inexistência da ação de direito material em relação a ela. De qualquer modo, a premissa era falha, porque toda sentença é ato de império do juiz, não só a mandamental. E só o juiz pode determinar a execução, dado o monopólio estatal da jurisdição.

Por outro lado, essa conclusão ainda mais se reforça porquanto é lícito à parte para a tutela de seu direito escolher o tipo de tutela jurisdicional que entende mais adequado ao seu interesse, atendidos é claro determinados princípios e as peculiaridades do direito material posto em causa. Por exemplo: mesmo tendo ocorrido a (provável) violação do direito, pode a parte valer-se da tutela declaratória, no lugar da condenatória (conforme expressa permissão do art. 4.o, parágrafo único, do CPC (LGL 1973\5)). Em vez da tutela mandamental, decorrente do (provável) descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, é lícito ao interessado, desprezando a realização *in natura* do direito, socorrer-se da tutela condenatória.¹⁰¹

O mais interessante de tudo é que para a classificação das formas de tutela jurisdicional (as sentenças, por sua força e eficácia, diriam os cultores da ação de direito material) não se mostram decisivos os elementos ligados ao direito material e, por extensão, à ação de direito material, que dele constituiria parte integrante. O que releva são os elementos vinculados à própria tutela jurisdicional, tais como os princípios dispositivo e da demanda, o princípio da adequação (entre o direito material afirmado e o instrumento que serve a sua realização) e os princípios da segurança e da efetividade.

O princípio dispositivo, expressão da liberdade de dispor sobre o próprio direito, permite a opção pela espécie de tutela jurisdicional que a parte entender mais conveniente. Por exemplo: mesmo tendo havido lesão do direito, pode o autor se limitar a pedir a declaração da relação jurídica, *ex vi* do parágrafo único do art. 4.o do CPC (LGL 1973\5) .

O princípio da demanda impõe adstrição ao pedido do autor, vedando ao juiz a prolação de sentença, a favor do autor, de natureza diversa, assim como a condenação do demandado em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (arts. 128 e 460 do CPC (LGL 1973\5)), salvo exceções expressamente estabelecidas em lei, a exemplo do disposto no art. 461, *caput*, do CPC (LGL 1973\5) (tutela específica ou resultado prático equivalente). De tal sorte, se o autor optar pela condenação do demandado, não poderá o juiz conceder tutela mandamental.

O princípio da adequação exige se conforme o instrumento ao direito material, comportando tanto os aspectos subjetivos e objetivo quanto teleológico, os quais devem funcionar de modo simultâneo para que o processo alcance o máximo de eficiência.¹⁰²

O princípio da segurança diz respeito especialmente às garantias de defesa. Por exemplo: não se admite a declaração da existência ou inexistência de mero fato (salvo o incidente de falsidade de documento), mas apenas de relação jurídica, quando em tese já teria ocorrido a incidência da norma; a condenação é a tutela adequada quando se trate de agredir patrimônio alheio, que não pertença ao exequente, permitindo-se assim maiores possibilidades de defesa.

O princípio da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito material (daí, o surgimento das tutelas executiva e mandamental).

Em todas essas hipóteses, entram em cena elementos típicos da tutela jurisdicional, inexistentes no plano do direito material, preocupado este apenas com reger a conduta dos sujeitos de direito e suas relações em sociedade. No plano jurisdicional, importa fundamentalmente organizar o processo e melhor instrumentalizar a realização do direito material, para alcançar-se a justiça do caso. Quem não atenta a esse aspecto primacial, obscurece ou mesmo nega a existência de dois planos bem definidos e distintos, o plano do direito material e o do processual.

Não há sentido, v.g., em falar no plano do direito processual em pretensão a reparar. Basta a alegação de que determinado direito sofreu lesão e a formulação do respectivo pedido condenatório.

A pretensão de reparação constitui categoria do direito material. Embora possa interessar ao juízo de mérito, não tem vigência no plano estritamente processual, em virtude do monopólio estatal da jurisdição. Neste plano, o que importa é o agir do autor, por meio da ação processual. Além de lhe poderem ser dirigidas todas as críticas já realizadas ao conceito de ação material, a faculdade de pretender não passa de *flatus vocis* se construída sobre o plano material, pois, fora do processo, não se encontra a conduta ativa na qual tal faculdade pode se exercer. Se apresentada, por outro lado, como faculdade de se impor na via judiciária, constitui uma inútil e inadmissível duplicação da ação processual.¹⁰³

Ademais, os verbos condenar e reparar não são idênticos. Aquele pertence ao plano processual, este, ao material. Outrossim, a condenação promana do Poder estatal, de órgão imparcial, revestido de autoridade e soberania, e visa a reconstruir a situação material que se afirmou ter sido lesada. Nesse sentido reconstrutivo, o verbo condenar é compreensivo do reconhecimento do direito e da lesão, do juízo de reprovação, do comando determinando a reparação e da constituição do título executivo.

Significativamente, quando Pontes de Miranda traça os limites entre as diversas classes de sentença o mais das vezes não emprega elementos de direito material, como seria de esperar por coerência com a teoria da ação de direito material.¹⁰⁴ Assim, na sua perspectiva, a sentença declarativa "É o caso típico de pretensão à sentença (...) sem outra eficácia relevante que a de coisa julgada material (...)".¹⁰⁵ A distinção entre a ação executiva real (v.g, reivindicatória) e as ações de condenação e executiva por créditos encontra-se na circunstância de que na primeira é pedido que "se apanhe e retire a coisa, que está, contrariamente a direito, na esfera jurídica do demandado e se lhe entregue", enquanto nas segundas "os bens estão na esfera jurídica do demandado, acorde com o direito".¹⁰⁶ Vale dizer, a diferenciação decorre do princípio da segurança: recaindo a execução sobre bens que não são do próprio exequente, o processo exige maiores formalidades (daí, o emprego da tutela condenatória), o que não acontece por exemplo com a "ação de despejo", que incide sobre bem do próprio autor (daí, o emprego da tutela executiva). A sentença mandamental se distingue da executiva, porque na primeira há essencialidade do ato estatal e na segunda substituição de atividade do demandado. A diferença estaria em se tratar de ato necessariamente estatal, num caso, e de ato substitutivo da atividade privada, noutro, matéria que nada tem a ver com o direito material. Na verdade, a possibilidade de mandamento - atendidos, é claro, os princípios já assinalados - decorre fundamentalmente do princípio da efetividade, assegurado constitucionalmente.

5. Se, como se procurou demonstrar, não é possível admitir a existência das ditas ações de direito material, sendo por outro lado una e abstrata a ação processual, cumpre ainda examinar em que categoria conceitual podem ser imputados os verbos considerados anteriormente como apanágio de umas e outra.

Nesse aspecto, diga-se em primeiro lugar, que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5.o, XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5.o, XXXVII, LIII, LIV e LV, LVI), determina também uma garantia "de resultado", ressaltando o nexu teleológico fundamental entre "o agir em juízo" e a "tutela" do direito afirmado. 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 e de tutela, que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo. Perdeu sentido, portanto, falar *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, ou recorrer à tradicional tipologia das ações, visto que a tipicidade e a classificação tipológica constituem atributos ou prerrogativas sistemáticas do "resultado" de mérito (e não do meio processual garantido pela norma constitucional). Põe-se assim em destaque os efeitos jurídicos e os conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional, que dão resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional.¹⁰⁷

Na doutrina alemã, graças aos desenvolvimentos antes ressaltados, a ação ("Klage") termina por se converter no poder processual de propor uma "demanda" ao órgão jurisdicional, já que a sua diferenciação tipológica se exaure na diferenciação objetiva dos pronunciamentos de tutela, que o seu exercício permite solicitar e possivelmente obter. Ainda sob este perfil, portanto, a coordenação dos conceitos mais tradicionais ("Rechtsschutzanspruch", "Klage", "Klagbegehren", "prozessuale Anspruch") em muito conduz a desvalorizar a importância conceitual da "ação", que, em termos práticos, pode ainda se dizer autonomamente identificada como um *quid* diverso do poder técnico de proposição da demanda de tutela.¹⁰⁸

Por derradeiro, o próprio tratamento do tema, desenvolvido no presente ensaio e em "O problema da eficácia da sentença", demonstra claramente que condenar, declarar, constituir, mandar ou executar não passam de tipos ou formas de tutela jurisdicional.

(1) Ensaio destinado a livro em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão.

(2) R. Jhering, *L'Esprit du droit romain*, III, p. 16, apud Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 25.

(3) Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 25.

(4) A tutela dos direitos, como se sabe, pode ser dispensada pela via jurisdicional ou não jurisdicional (e.g., por meio da arbitragem). De outro lado, a jurisdição pode não exibir a função de tutelar direitos, como na jurisdição penal ou na jurisdição que cuida dos interesses de modo semelhante à atividade desenvolvida pela administração pública, a chamada jurisdição voluntária (a respeito, Francesco P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, *Principi Generali*, 3a. ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 9). No presente ensaio, tratar-se-á exclusivamente da tutela jurisdicional de direitos.

(5) Alvaro de Oliveira, *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL 1973\5)*, vol. VIII, t. II, 3a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, n. 5, p. 11, n. 9, p. 21, *ibidem* na 7a ed., 2005, n. 5, p. 12, n. 9, p. 22. Com razão, pondera Torquato Castro, *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, São Paulo, Saraiva, 1985, pp. 94-95, *passim*, que o direito não é produto do espírito puro, nem dos fatos (visão idealista e positivista), sendo insuficiente só falar em fato, porque o fato pressupõe um valor para a causalidade jurídica, atribuído pela norma.

(6) Assim, Angelo Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima (*Il concetto del diritto*), 5a ed. revista, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 260-272.

(7) Max Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1966, § 32, II, 2, p. 173.

(8) Cf. Apostolos Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1968, p. 12, com remissão aos ensinamentos de Kaser e Jörs-Kunkel-Wenger.

(9) Cf. as lúcidas observações de F. Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936, n. 356, pp. 889-890.

(10) Nessa perspectiva, como ressalta G. Pugliese, *Polemica intorno all'Z"actio"*, Firenze, Sansoni, 1954, p. XIV, a *actio* (ou a ação de direito material) era um direito *novo*, surgido da lesão de outro direito.

(11) Savigny, *System*, V, §§ 204, 205, Puchta, *Pandekten*, § 81, *Vorlesugen*, I, pp. 183 e ss., Arndts, *Lehrbuch*, § 96, apud J. Binder, *Prozess und Recht - Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927, Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. 1.

(12) Andreas Kollmann, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellen und materiellem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 576.

(13) Pugliese, *Polemica*, cit., p. XXIII. O mesmo autor, ob. cit., p. XXXIV-XXXVI, adverte ainda que o conceito de pretensão adotado por Windscheid é ambíguo, pois tanto se refere ao poder de exigir em juízo o direito (*iudicio persequendi*) quanto ao próprio direito (*quod sibi debeatur*), conforme a conhecida máxima de Celso, definidora da *actio*: *ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*. A isso se soma a própria ambigüidade da língua alemã, em que *Anspruch* significa, polissêmicamente, não só "pretensão", "exigência", mas também "direito".

(14) Bernhard Windscheid, *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, Neudruck, Aalen, Scientia Verlag, 1984, pp. 222-223.

- (15) Theodor Muther, *Zur Lehre von der römischen Actio dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzesion in Obligationen - Eine Kritik des Windschidschen Buchs "Die Actio des Römischen Zivilrechts"*, Erlangen, 1857, Neudruck, Aalen, Scientia Verlag, 1984, pp. 41, 42, 45, 47.
- (16) Muther, ob. cit., p. 42: "Der Verletzte bekommt durch die Verletzung nicht einmal einen besonderen Anspruch auf Aufhebung der Verletzung gegen den Verletzer".
- (17) Muther, ob. cit., p. 43: "So haben wir zwei einander correspondirende Rechte, beide publicistischer Natur: Das Recht des Verletzten gegen den Staat auf Gewährung der Staatshülfe (das Klagerecht) und das Recht des Staats gegen den Verletzer auf Aufhebung der Verletzung". Ver a respeito, Oliver Vossius, *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre*, Ebelsbach, Verlag Gremer, 1985, p. 163, nota 14.
- (18) Windscheid, *Die Actio des römischen Zivilrechts*, cit., 1984, pp. 44, 73, 76-77, 222; *Abwehrgenegen Theodor Muther*, Düsseldorf, 1857, Neudruck, Aalen, Scientia Verlag, 1984, p. 29; *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 4. Auflage, 1875, § 122, nota 5.
- (19) Windscheid, *Abwher*, cit., pp. 26 e 29.
- (20) Cf. a observação de Wilhelm Simshäuser, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny - Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1965, p. 79.
- (21) A. Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, tomo I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 19-22, 116-119, *passim*, *Der Feststellungsanspruch - Ein Beitrage zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch* (Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfacultät für B. Windscheid zum 22. Dezember 1888), 1889, pp. 14-15, 18-23, 27, 31-33, *passim*.
- (22) Para tanto, basta atentar no livro de Georg Schüler, *Der Urteilanspruch - Ein Beitrag zur Rechtsschutzlehre und zum materiellen Justizrecht*, Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1921, em que são vigorosamente defendidas as idéias de Wach.
- (23) Leo Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*, 9. Auflage (última publicada em vida do autor), München, Beck, 1961, § 90, pp. 433-436. Outros aspectos críticos, ressaltados por Rosenberg, não são aqui reproduzidos por não dizerem respeito ao tema.
- (24) J. Goldschmidt, *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, Festgabe für Dr. Bernhard Hübler, Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1905, p. 86.
- (25) Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, cit., pp. 86 e ss., esp. p. 87.
- (26) Goldschmidt, *Zwei Beiträge zum materiellem, Über Begriff und Bedeutung des materiellem Ziviljustizrechts*, Sonderabdruck aus der Festgabe für Bernhard Hübler, p. 119-120, *Der Prozess als Rechtslage - Eine Kritik des prozessualen Denkens*, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1925, Aalen, Scientia Verlag, 1986, pp. 240-241.
- (27) Goldschmidt, *Ziviljustirecht*, cit., pp. 127-129, *Zivilprozessrecht*, Neudruck der 2. Auflage Berlin 1932, Aalen, Scientia Verlag, 1969, § 1o, p. 2.
- (28) Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, cit., p. 87-89: "Vielmehr ist materielles Justizrecht nur das die materielle Seite des Ziviljustizverhältnisses als solche regelnde Recht, d. h. konstruiert unter dem Gesichtspunkt des Wach'schen Rechtsanspruchs der Gliedperson gegenüber dem Staat".
- (29) Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, cit., pp. 87-88, 99-100, *Ziviljustizrecht*, cit., pp. 109 e 120.
- (30) Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, cit., § 12, p. 52.
- (31) Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, cit., p. 98: " Assim, impõe-se forçosa e necessariamente ver na pretensão de tutela jurídica um direito material, sem dúvida de natureza processual, em uma

palavra um direito justicial material". Adiante, ob. cit., p. 120, reafirma que o direito justicial material é "o próprio direito civil, repensado como essência (ou a mais alta representação) das regras de relacionamento entre o indivíduo e os deveres de tutela jurídica do estado".

(32) Andreas Kollmann, *Problemgeschichte*, cit., p. 598, chega mesmo a afirmar que se cuida de posição diametralmente oposta à da *actio* clássica, ponto de vista do qual discordo, porque não leva em conta o caráter bifronte do direito justicial material.

(33) Goldschmidt, *DerProzess als Rechtslage*, cit., pp. 146 e ss., 150.

(34) Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, cit., § 10, pp. 1 e s.

(35) Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, cit., § 12, 1 e 2, p. 52.

(36) Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, cit., § 12, 3, p. 52.

(37) Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, cit., § 12, 1, p. 52.

(38) Heinrich Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm - Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Annerkennungsklagen*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1877, Aalen, Scientia Verlag, 1969, pp. 32-33, 41-42.

(39) Degenkolb, *Einlassungszwang*, cit., p. 55. Em obra posterior, Degenkolb, *Beiträge zum Zivilprozess*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1905, Aalen, Scientia Verlag, 1987, p. 8, ressalta as seguintes diferenças entre a sua teoria e a de Plósz: a) Plósz estabelece dois direitos de ação: um processual, de caráter público, outro material, de caráter privado, o que é rejeitado por ele, Degenkolb; b) Degenkolb restringe o direito público de ação à demanda aforada com boa-fé; Plósz rejeita essa limitação.

(40) Alexander Plósz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1880, pp. 5 e ss., 30 e ss. e 103 e ss. Conforme esclarece o próprio Plósz no prefácio da edição alemã, a primeira parte dos ensaios coligidos nesta obra, sobre o direito de ação, foi originariamente editada em húngaro em 1876, no fascículo de março e abril da revista *Magyar Igazságügy* e também em separata. A mesma informação consta da obra de Degenkolb, *Beiträge*, cit., p. 8, nota 1.

(41) Plósz, *Beiträge*, cit., pp. 13 e 14.

(42) Plósz, *Beiträge*, cit., pp. 11,17, 40.

(43) Pensada, vale ressaltar, nos anos 30 do século XX (data de 1934 a 1a. edição de *A Acção Rescisória contra as Sentenças*), quando as idéias de Wach ainda exerciam forte influência na Alemanha.

(44) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto, 1934, § 3, 1, pp. 14-15.

(45) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 3, 2, p. 15.

(46) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 3, 5, p. 17.

(47) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 3, 5, p. 17.

(48) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 3, 7, p. 19.

(49) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 4, 4, p. 24.

(50) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 4, 2, p. 21.

(51) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 4, 2, pp. 22-23.

- (52) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 4, 2, pp. 22-23.
- (53) Pontes de Miranda, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 4, 3, p. 23.
- (54) Refiro-me ao *Tratado das Ações*, tomo I, cuja 1a. edição data de 1970, São Paulo: Revista dos Tribunais, não levando em consideração os *Comentários ao Código de Processo Civil* (LGL 1973/5) , tomo I (1974), visto que os conceitos daquele são meramente reproduzidos neste.
- (55) Conforme F. H. Lawson, *Remedies of English Law*, 2a. ed., London, Butterworth, 1980, apud Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1987, p. V, no direito anglo-saxão, porém, fala-se em " *remedies*" para a tutela dos direitos.
- (56) Basta atentar nesta passagem: "A pretensão à tutela jurídica não é pretensão à sentença "favorável", e aí tem razão Oskar Bülow; mas, simplesmente, à sentença ou à execução. Por isso mesmo temos de afastar qualquer concepção que construa a pretensão à tutela jurídica como pretensão à sentença *favorável*" (Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, tomo I, cit., p. 172). Trata-se, na verdade, daquilo que a doutrina alemã atual denomina de "pretensão à outorga de justiça", tema ao qual retornarei no decorrer da exposição.
- (57) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, tomo I, cit., p. 33. Refere-se à ação de direito material, porque sem aspas e como se extrai do contexto. Em 1934 não falava de pretensão, só de ação de direito material, e a existência do direito era sempre necessária. Agora não, o direito material pode não existir, o que está em contradição com a assertiva de que "a ação supõe haver-se transgredido a norma".
- (58) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 116.
- (59) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 110.
- (60) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 33.
- (61) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 34, aqui já não há referência à ação de direito material.
- (62) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., pp. 94-95.
- (63) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 95.
- (64) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 36. Constata-se, na comparação com o texto de 1934, *A Acção Rescisória contra as Sentenças*, cit., § 3, 5, p. 17, que o conceito de pretensão material veio a substituir nesse contexto a ação de direito material.
- (65) Está assim redigida a 1a. parte do § 194 do BGB, que trata do objeto da prescrição: "Das Recht, von einnem andere ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Asnpruch)", ou seja, a pretensão é o direito de exigir de outrem um fazer ou um não-fazer.
- (66) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., pp. 44-45.
- (67) A respeito do conceito de pretensão, observa acertadamente G. Pugliese, *Polemica*, cit., p. XXXI-XXXIV, que o seu exercício não se mostra relevante para o direito subjetivo, pois nada lhe acrescenta. O que interessa é saber como o titular pode obter da contraparte o comportamento a que esta estava obrigada. Tudo se resume à ação em juízo, nos modos previstos em lei.
- (68) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., pp. 46-47.
- (69) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 67.
- (70) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 69.
- (71) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p.115.

(72) Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL 1973\5)*, tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. XXIV-XXV.

(73) Ovídio A. Baptista da Silva, *Cursode Direito Processual Civil*, vol. I, 5a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 93-93.

(74) Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 84-85.

(75) Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, cit., pp. 87, 89 e 93.

(76) Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del Processo Civile*, Napoli, ed. Morano, 1962, pp. 30-31, e acentua: "Quem prescinde desses dois aspectos do problema arrisca-se a construir um conceito de ação no qual está ausente a ação e uma teoria do processo na qual é ignorado o processo".

(77) Liebman, *L'azione*, cit., p. 31.

(78) Liebman, *L'azione*, cit., p. 31 e nota 15.

(79) Liebman, *L'azione*, cit., p. 32.

(80) Liebman, *L'azione*, cit., p. 50.

(81) Carnelutti, *Sistema*, cit., 356, pp. 889-890, que observa ainda: "Não haveria razão para negar a este último (o direito subjetivo processual) o antigo nome de ação, ao qual, portanto, a moderna ciência do processo restitui seu genuíno significado; por outra parte, no direito moderno a ação existe, na maior parte dos casos, *junto* ao direito subjetivo material e não *no lugar deste*" (grifos do original). A duplicação de ações, uma de direito material, outra processual, ao fim e ao cabo, bem doutrina E. Fazzalari, *Sentenza civile*, in *Enciclopedia del Diritto* 51(1989):1.245-1.272, esp. p. 1.252, acaba por repropor a antiga idéia de *Anspruch* (pretensão), que Windscheid queria identificar com uma *actio* substancial e distinguir da ação em sentido processual, mas que Muther já rejeitava como uma inaceitável superfetação da realidade processual.

(82) Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, pp. 1-2, 35-39, 129, *passim*. A respeito do conceito atual de direito subjetivo ver ainda as preciosas considerações de Cláudia Toledo, *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, São Paulo, Landy, 2003, *passim*, com ampla análise do desenvolvimento filosófico da idéia de Justiça e Direito realizado por Henrique Cláudio de Lima Vaz e Joaquim Carlos Salgado. Bem ressalta esta autora (ob. cit., p. 105), com base no ensinamento de Baracho, que os direitos valem por si sós, porque são bens do sujeito, as garantias têm valor instrumental e derivado, e arremata cheia de razão que se reportam ao Estado, ao Poder Judiciário, para sua concreção. Antes desenvolvera o conceito de irresistibilidade do direito subjetivo, que compreende o de coercibilidade (possibilidade do uso da força física aparelhada do Estado), concretizando a ação judicial, considerada força irresistível do Direito (ob. cit., p. 44).

(83) F. Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, pp. 86-87, Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2004, § 3, 1, 2, p. 17.

(84) Teichiro Nakano, *Das Prozessrechtsverhältnis*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 79(1966): p. 108.

(85) Cf. Elio Fazzalari, *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al "processo" (1864-1994)*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, p. 924, ressaltando que "não por nada o conceito de "processo" se concentra na participação, em contraditório, dos destinatários dos efeitos substantivos que o provimento do juiz é destinado a produzir". E acrescenta o jurista italiano: "De resto, mesmo a se entender - como muitos ainda fazem, com inspiração num pensamento antigo e antiquado, e contra a evidência - que o provimento jurisdicional teria natureza de "declaração" (*accertamento*) e não de "comando", a sua eficácia substantiva seria sempre assistida pelo império do juiz, e não

haveria certamente necessidade de uma intromissão do direito privado".

(86) Pontes de Miranda, Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., I, p. 19.

(87) É a última formulação de Ovídio A. Baptista da Silva, *Direito Material e Processo*, in *Gênese - Revista de Direito Processual Civil* 33 (jul-set/2004): pp. 615-635, esp. p. 618: "Mas o interesse na concepção do "direito subjetivo" oferecida por Thon vai além. Segundo ele, o direito subjetivo corresponderia à faculdade de iniciativa que a ordem jurídica confere ao "sujeito tutelado" para, em caso de transgressão da norma, realizar o que fora por ela originariamente determinado. O conceito de direito subjetivo, assim definido, equivale ao que entendo por "ação de direito material". A faculdade que temos de "reagir contra a agressão ao direito" é uma ação, posto que "ajo", não apenas um direito subjetivo, que ainda se mantenha como puro *status*". No *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, cit., pp. 354-355, essa identidade ressalta ainda com mais força, pois aí a "ação de direito material" é conceituada como "o agir próprio de cada direito, capaz - independentemente de qualquer participação ativa do obrigado - de realizar inteiramente o respectivo direito".

(88) A respeito da incerteza do direito litigioso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Alienação da Coisa Litigiosa*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 53-55 (1a. ed., 1984, pp. 51-54).

(89) Assim, Ovídio A. Baptista da Silva, *Direito Material e Processo*, cit., p. 627: "A "ação exercida", a que PONTES DE MIRANDA se referia, não passava de uma simples "afirmação" feita pelo autor que "alegava" ter pretensão, em última análise de ter "direito exigível" (*rectius*, pretensão".

(90) Como bem sustenta Francesco P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, cit., p. 7, "La tutela giurisdizionale trova dunque il suo punto di partenza in una realtà di diritto sostanziale che si può descrivere nei seguenti termini: un soggetto avrebbe dovuto tenere o non tenere un certo comportamento, secondo le prescrizioni normative; invece, in concreto, il comportamento non è stato tenuto laddove era obbligatorio tenerlo, o viceversa è stato tenuto laddove era vietato tenerlo. Il presupposto costante della tutela giurisdizionale, quindi, può essere trovato nell'esistenza di un illecito, intendendo per illecito il concreto comportamento difforme dal dovere imposto da una previsione normativa. Questo è il presupposto comune a tutta l'attività giurisdizionale; ma, per quanto attiene all'attività giurisdizionale civile, c'è un *quid pluris*, cui abbiamo già accennato: la violazione del dovere, cioè l'illecito, produce anche la lesione, l'insoddisfazione di una situazione sostanziale protetta. L'illecito provoca (anche) la violazione di quell'interesse protetto ed elevato dall'ordinamento a dignità di situazione sostanziale, per la cui realizzazione appunto l'ordinamento aveva previsto il dovere che è stato violato".

(91) Cf. Fazzallari, Note, cit., pp. 110-161.

(92) De tal modo já havia me manifestado a respeito do assunto em ensaio anterior, *O problema da eficácia da sentença*, REPRO, 112 (out.-dez./2003): pp. 9-22, esp. p. 18, aduzindo ainda que "Só depois de tomada a decisão (seja antecipatória, seja a própria sentença de mérito) é que o juiz pode em tese interferir no mundo sensível, agindo, mas aí já se trata do resultado da tutela jurisdicional, da própria eficácia da sentença. Antes disso, como é óbvio, não teria havido ação de direito material. Mesmo assim, esse agir do juiz não pode ser equiparado, pura e simplesmente, ao agir do particular, dada a natureza diferenciada da tutela jurisdicional e a forma substitutiva de que se reveste, destinada a reconstruir a realidade fora do processo e não apenas a reproduzi-la".

(93) Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a ed. (póstuma), Buenos Aires, Depalma, 1973, n 44, pp. 73-74.

(94) A respeito, assim se expressa Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Direito Processual Civil*, tomo I, cit., pp. 84-85 (grifos do original): "A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade ou da colaboração do obrigado, que se consegue através da jurisdição, é rigorosamente a mesma *ação de direito material*, ou seja, o mesmo *agir para a realização* inerente a todo direito, com a única diferença que, proibida a autotutela privada, a efetivação do direito se dá através da *ação dos órgãos estatais*. Portanto, longe de haver supressão, ou substituição, da *ação de direito material*, o que em verdade ocorreu foi uma duplicação de ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado, para que este, uma vez "certificada" a existência do direito, o

realize coativamente, *praticando a mesma atividade* de que fora impedido seu titular".

(95) Cf. Othmar Jaeurnig, *Zivilprozessrecht*, 21. Auflage, Beck, München, 1985, § 36, I, 2, p. 127: "Er ist kein Anspruch gegen den privaten Gegner, die Gegenpartei, sondern ein Anspruch gegen den im Gericht verkörperten Staat. Der Kläger, welcher Rechtsschutz begehrt, verlangt damit nichts vom Beklagten, sondern vom Gericht, und das, was er begehrt, kann ihm der Beklagte nicht geben, selbst wenn er es wollte. Daher ist der Rechtsschutzanspruch nicht dem materiellen Recht identisch".

(96) Embora não declare abertamente, parece se colocar na mesma senda Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 145-147, quando acertadamente sustenta que as sentenças (condenatória, mandamental etc.) e os meios de execução são apenas técnicas para uma adequada prestação jurisdicional. Aliás, já em obra anterior (*Do Formalismo no Processo Civil*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 125), havia eu ressaltado que a tarefa da técnica jurídica consiste em formar a síntese entre o sistema e a forma, apresentando-se como meio para compor ou executar, com certa eficácia e proveito, os imperativos da parte normativa do direito.

(97) Não esquecer que, para seus cultores, a ação de direito material constitui parte integrante e indissociável do direito material. Mesmo assim, diante da realidade, vez e outra admitem estes a inexistência da ação de direito material. Assim, quanto à tutela declaratória, Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, tomo I, cit., p. 197; no que concerne à tutela condenatória e a certas espécies de tutela mandamental, Ovídio A. Baptista da Silva, Curso, cit., vol. II, pp. 354-355, p. 204.

(98) Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 10a. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 274.

(99) Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG, de 11.8.1993, com as alterações da lei de 16.7.1998, § 35 "(Regelung der Vollstreckung) - Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln".

(100) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, tomo I, cit., p. 211, ao cuidar de estabelecer o conceito de sentença mandamental, ressalta a essencialidade do mandado, afirmando que "No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados - no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, *forçando*".

(101) A respeito do tema, remeto o leitor ao já citado ensaio de minha autoria, *O Problema da eficácia da sentença*, REPRO 112, esp. p. 16.

(102) Sobre o tema, o ensaio fundamental de Galeno Lacerda, *O Código como Sistema de Adequação Legal do Processo*, in *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, 1976, pp. 163-170. Ver, também, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2a ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 116-120.

(103) Cf. Elio Fazzalari, *Note in Tema di Diritto e Processo*, cit., pp. 12-14. Como bem observa o jurista italiano, a teoria da pretensão repropõe, com outro nome, aquela mesma inaceitável posição substancial, isto é a faculdade conexa ao direito e não nascente da lesão, apresentada com o nome de *actio* (*non iam nata*).

(104) Nada obstante a afirmativa por ele realizada (*Tratado das Ações*, tomo I, cit., p. 126) de que "O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a *realização do direito objetivo*. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de liberdade que se lhe deixa é pequena, mas existe".

(105) Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, tomo I, cit., p. 197.

(106) Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil* (LGL 1973\5), tomo X, Rio de Janeiro, Forense, 1976, pp. 495-496.

(107) Ver, nesse sentido, a interessante construção realizada por Luigi Paolo Comoglio, *Note Riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 48 (1993): pp. 465-490. Aliás, também é aplicável ao direito brasileiro a aguda observação de Adolfo Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 3, no sentido de que o terreno de unificação e de encontro das aparentes antinomias entre o direito substancial e o direito processual "è oggi rappresentato dalla Costituzione, la quale si è dichiarata allo stesso modo sensibile non solo all'aspetto della *enunciazione* di diritti o pretese dei cittadini ma anche a quello della *loro tutela*, provvedendo a dare a questa tutela garanzia costituzionale (art. 24 Cost.)".

(108) Comoglio, ob. cit., p. 485, nota 90, que cita Thomas-Putzo e Rosenberg-Schwab. Para os primeiros, a "Klage" introduz o juiz e atua à aspiração ao pronunciamento jurisdicional, contendo "o requerimento ao tribunal de outorgar tutela jurídica pela sentença" ("das Gesuch an das Gericht, durch Urteil Rechtsschutz zu gewähren"); para os segundos, a ação é qualificada também como "o requerimento de outorga de tutela jurídica pela sentença" ("das Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz durch Urteil"), configurando assim "a forma de introdução de todo processo" (die Einleitungsform aller Prozesse").