

NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO — DOCTRINA DA AÇÃO

LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM

Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Procurador do Estado.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de ação: sua evolução histórica. 3. A actio romana. 4. As teorias privatistas. 5. A polémica Windscheid-Muther. 6. Teoria do direito concreto de ação: Wach. 7. A ação como direito potestativo; Chiovenda. 8. Teoria da ação como direito abstrato: Degenkolb. 9. A ação como direito abstrato em outras teorias: Alfredo Rocco. 10. A construção de Ugo Rocco. 11. A posição de Carnelutti. 12. Críticas às várias teorias. 13. Natureza jurídica da ação.

1. **INTRODUÇÃO:** Abolida e vedada a justiça privada praticada pelas próprias mãos dos interessados no conflito de interesses — a não ser em, casos especialíssimos, expressamente definidos em lei, a autodefesa ou autotutela cedeu lugar à justiça pública ou oficial, em que o Estado, substituindo-se aos contendores, tomou a si a tarefa de administrar a justiça, compondo a lide, que lhe é trazida pelo autor.

Em vez de o particular agir por si mesmo, na resolução do litígio, ele solicita que o Estado, através do seu órgão próprio, aja em seu lugar, fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto que lhe é submetido, pela pretensão.

Essa atividade estatal de resolução da lide, pela aplicação do direito objetivo a uma situação litigiosa concreta, denomina-se jurisdição, que é monopólio do Estado e é exercida pelo Poder Judiciário.

Segundo Chiovenda, citado pelo Prof. Amaral Santos “a jurisdição é uma atividade substitutiva, porque se exerce em substituição às atividades das partes”. (1)

O exercício da função jurisdicional pressupõe a existência de um conflito de interesses que deve ser levado ao conhecimento do órgão judicial através da demanda.

Ensina Amaral Santos: “a jurisdição se exerce em face de um conflito de interesses e por provocação de um dos interessados. A jurisdição é função provocada. Quem invoca o socorro jurisdicional do Estado manifesta uma pretensão contra ou em relação a alguém” (2).

Sendo a jurisdição inicialmente inerte, necessita ela de um primeiro impulso de uma provocação ou estímulo para se movimentar devendo um dos interessados no conflito acionar o seu aparelhamento.

Essa atividade da parte se expressa no direito de ação, o direito de provocar o exercício da função jurisdicional face a um caso concreto.

2. O conceito de ação é um dos temas processuais mais controvertidos, existindo um sem número de teorias e sub-teorias que procuram encontrar explicação à sua natureza jurídica.

Alguns doutrinadores negam-lhe até mesmo a categoria de direito, concebendo-a ora como faculdade, ora como poder, parecendo, contudo, mais ou menos assentada, contemporaneamente, a colocação da ação como direito.

Parece-nos, porém, que a razão nesse aspecto está com Calamandrei, quando mostra a relatividade do conceito de ação, sujeito às concepções políticas dominantes, sendo, portanto, um conceito contingencial, transitório.

Mas, para se chegar ao estágio atual em que se encontra o conceito de ação, houve um longo caminho percorrido, inçado de dificuldades, referto de dúvidas.

(1) Amaral Santos, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, pág. 62.

(2) Amaral Santos, Moacyr. ob cit. pág. 61.

3. **A Actio romana.** O conceito de ação para os romanos não foi o mesmo nos três sistemas processuais que vigoraram na história do seu direito.

A **actio romana**, no sistema das **legis actiones**, vem a ser a recitação oral, de caráter litúrgico e sacramental, que os litigantes pronunciavam perante o magistrado, na fase **in iure** do procedimento, e que lhes tinha sido ensinada pelos pontífices.

No sistema formulário, a **actio** é o poder de solicitar a concessão da fórmula — **postulatio actiones** — para alguns, e para outros, como o romanista venezuelano Humberto Cuenca, é a própria fórmula concedida pelo magistrado.

A **actio**, no sistema extraordinário, segundo Cuenca, era o poder de pedir ao Estado a solução da controvérsia a ser resolvida pelo magistrado.

4. **As teorias privatistas da ação** — Segundo a arguta observação do Prof. Amaral Santos, “a doutrina civilística ou clássica abraçou a generalidade dos juristas europeus, até meados do século passado, e a totalidade dos juristas brasileiros até o final do primeiro quartel deste século”. (3)

O Prof. Hélio Tornaghi ensina que “até 1856 não havia a menor dúvida sobre a ligação íntima do direito subjetivo com a ação. A ação era confundida com o direito material que ela tende a fazer valer em juízo”. (4)

Os adeptos da doutrina imanentista da ação trabalharam, na elaboração da sua teoria, sobre o conceito de ação formulado pelo jurisconsulto CELSO: **nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debetur, in iudicio perseguendi** (a ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido).

Entendiam que a ação existia sempre no direito subjetivo, e era inseparável dele, estava indissolivelmente ligado a ele, quando não identificavam a ação com o direito subjetivo material.

Para a teoria civilista, a ação era concebida:

(3) Amaral Santos, Moacyr. ob. cit. págs. 176/7.

(4) Tornaghi, Hélio. Instituições de Processo Penal, vol. III, pág. 221.

- a — como o próprio direito subjetivo material reagindo à violação;
- b — qualidade, momento ou aspecto (belicoso) do direito subjetivo material;
- c — novo direito, oriundo da violação de outro direito.

Como se vê, se não havia perfeita identidade entre a ação e o direito subjetivo material, existia ao menos estreita e íntima vinculação entre os dois conceitos.

O grande fator da doutrina imanentista da ação foi, sem dúvida Savigny, que entendia por ação “o direito à proteção jurisdiccional, decorrente da violação de outro direito”.

Observa Hélio Tornaghi que “não era a ação o mesmo direito subjetivo violado, mas outro que nascia da sua violação” (5).

Ensina ainda o Prof. Tornaghi que a violação do direito subjetivo material dá origem a dois direitos, distintos, entre os mesmos sujeitos, assim esquematizados:

satisfeito o direito	violado o direito
credor — devedor	credor direito devedor autor ação réu

Da teoria imanentista da ação, decorrem três corolários:

- a — não há ação sem direito (a ação é um outro direito surgido da lesão do direito subjetivo material);
- b — não há direito sem ação;
- c — a ação segue a natureza do direito.

5. A POLÊMICA WINDSCHEID MUTHER — Até a metade do século passado, a concepção clássica da ação era aceita por todos os doutrinadores, que não conseguiram separar, distinguir a ação do direito subjetivo material por ela tutelado.

No Brasil, filiaram-se a essa teoria João Mendes e João Monteiro Júnior.

(5) Tornaghi, Hélio. ob. e voi. cit., págs. 281/2.

Conforme ensina o Prof. José Frederico Marques: “Para João Monteiro, o direito de agir, na acepção subjetiva “é o próprio direito reagindo contra a ação contrária de terceiro ou a faculdade de defender judicialmente o direito atacado”.

João Mendes Júnior ensinava que a ação, na acepção subjetiva “é o direito de requerer em juízo aquilo que nos é devido”, conceito que repete e traduz o do jurisconsulto Celso” (6).

O estudo da ação, a partir da célebre polêmica travada na Alemanha, em meados do século passado, entre Windscheid e Muther, com respeito aos conceitos antigo e moderno da **actio** romana, alcançou notável impulso e desenvolvimento, passando o tema por profunda reformulação e reelaboração.

Windscheid, em 1856, com apenas 38 anos de idade, escreveu um ensaio de direito civil, intitulado “A **actio** do direito civil romano encarada do ponto de vista do direito moderno”, em que procurou demonstrar que a concepção de ação (a *klage* germânica), como entendida à época em que escreveu a obra, não correspondia ao da **actio** romana.

Mostrou ele que os romanos davam à palavra **actio** pluralidade semântica, mas o seu sentido principal era o de direito subjetivo material e não se identificava com o conceito da *klage* germânica, entendida como um direito que nascia da ofensa a outro direito.

Na concepção moderna (1856) o direito produz a ação; a **actio** romana não é produzida pelo direito; ela o traz consigo.

Outro jurista alemão, Theodoro Muther, em 1857, publicava um livro, contestando a posição assumida por Windscheid, onde mostra a perfeita identidade entre a *klage* germânica e a **actio** romana.

Ensina Muther, em síntese, que a **actio** romana era voltada contra o Estado, distinta do direito subjetivo material, endereçado contra o réu.

A **actio** era um direito público, contra o Estado, distinta do direito subjetivo material, de caráter privado, exercido contra o adversário.

(6) Marques, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, pág. 25.

Entreviu Muther, portanto, a distinção entre a ação e o direito subjetivo, que têm destinatários diversos; isolou, assim, o conceito de ação do de direito subjetivo, como realidades destacadas e inconfundíveis, com o que estava demolindo a doutrina privatista da ação.

O grande mérito de Muther foi, como se viu, o de distinguir os dois conceitos, o de direito subjetivo material e o de ação, até então tidos como idênticos ou, ao menos, intimamente vinculados.

Mas Muther não conseguiu ver na ação o seu caráter autônomo, independente, pois para ele, a ação, apesar de ser um direito público subjetivo, contra o Estado, tinha por pressuposto necessário a existência de um direito subjetivo material violado.

A existência do direito de ação, para Muther, se fundava na existência efetiva de um direito subjetivo material lesado.

Embora mostrasse que o sujeito passivo de direito de ação (o Estado) é diverso do da relação jurídica material posta em juízo (o réu, ou adversário), condicionou ele o direito de ação à prévia existência de um direito material violado.

Estava, contudo, dado o primeiro passo, e certamente não o menos importante, para a compreensão da verdadeira natureza da ação, penetrando-lhe o seu verdadeiro e profundo sentido, que não se confunde com o do direito subjetivo material que ela visa a proteger.

TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AÇÃO — Revelada, pela teoria de Muther, a distinção entre o direito e a ação, passaram os processualistas, no final do século passado, a trabalhar sobre esse novo material, desenvolvendo-o até mostrarem a completa e total autonomia do direito de ação em face do direito subjetivo material.

Em uma sequência de ordem lógica, e não cronológica, o passo seguinte, no curso evolutivo da história da doutrina da ação, foi dado por Adolpho Wach, em 1885, ainda na Alemanha, no seu estudo sobre a Ação declaratória.

Demonstrou ele que o direito de ação não depende necessariamente da existência de um direito subjetivo material para ser exercido, bastando, em alguns casos, a existência de um interesse, protegido em abstrato pelo direito.

Eis o ensinamento do Prof. Amaral Santos, a respeito da concepção de Wach: "A ação é um direito autônomo, no sentido de que não

tem, necessariamente, por base um direito subjetivo, ameaçado ou violado, porquanto também há lugar a ação para obter uma simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, o que ocorre com as chamadas ações meramente declaratórias” (7).

Essa concepção de Wach é um avanço na consolidação da teoria da autonomia da ação, parecendo, contudo, não haver ele conseguido desvendar totalmente o seu caráter autônomo, independente.

Filiando-se à doutrina da autonomia da ação, Wach se mostra, porém, concretista, elaborando a teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica.

Esse direito de ação, como concebido por Wach no ensinamento dos Profs. Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco,

“dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário do qual se exige a sujeição. Entretanto, como a existência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. Consequentemente, a ação seria um direito público e (concreto ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo)”. (8)

Para Wach, se a ação é direito público, voltado contra o Estado, para dele exigir a tutela jurisdicional em relação ao direito subjetivo violado ou ao interesse na declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica material, esse direito de ação só existirá se realmente a tutela solicitada for concedida a quem a pediu, através de uma sentença favorável ao autor.

Variante dessa teoria concretista de Wach, que enxerga na ação o direito à sentença favorável, é a construída por Oskar Van Büllow, para quem a ação é o direito à sentença justa.

Para esses dois insígnis processualistas alemães a ação é o direito à sentença de conteúdo predeterminado: sentença favorável, para um, sentença justa, para o outro.

(7) Amaral Santos, Moacyr. ob. cit. pág. 128.

(8) Araújo Cintra, A.C.; Grinover, A.P.; Dinamarco, C.R. Teoria Geral do Processo pág. 215.

Só assim estaria satisfeita a exigência, dirigida ao Estado, de tutela jurisdicional.

A AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO — Na Itália, Chiovenda em 1903, elaborava a construção da sua teoria da ação, concebida como direito potestativo exercido contra o adversário e não contra o Estado. Atribui o mestre à ação a categoria jurídica de direito potestativo ou direito de poder, não a concebendo como direito subjetivo.

Esse direito potestativo não cria obrigações para alguém, para o adversário, o que não é obrigado a fazer nada para o titular do direito, que do réu não pode exigir determinada atividade. Cria para o réu apenas sujeição, não tendo o réu o dever de prestar alguma atividade em favor do autor mas sim o dever de tolerar a sujeição ao processo.

A ação seria o poder jurídico assegurado a alguém de fazer atuar a vontade concreta da lei em relação ao adversário.

Nega-lhe Chiovenda o caráter de direito público, porque a ação é exercida não contra o Estado, mas em relação ao adversário, que lhe fica sujeito.

No seu entendimento, a ação não é nem mesmo um direito subjetivo, porque à ação não corresponde nem a obrigação do Estado nem a obrigação do particular de fazer alguma coisa.

Na definição chiovendiana, a ação seria “o poder jurídico de realizar a condição necessária à situação, da vontade da lei”.

Prelecionam os autores paulistas: “Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito — um direito de poder, sem obrigação correlato — que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser um direito à obtenção de uma sentença favorável” (9).

TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO ABSTRATO — Em 1877, com Degenkolb, na Alemanha, e Plósz, na Hungria, apareceu a teoria da ação como direito abstrato.

(9) Araújo Cintra, A.C.; Grinover, Ada P.; Dinamarco, Cândido R. ob. Cit. pág. 215.

Autonomistas, como o eram também os concretistas, partiram dos fatores da teoria da ação no sentido abstrato da consideração de que não era suficiente para explicar o conceito do direito de ação a simples separação da ação do direito material objeto de tutela; ter-se-ia também que se desprejar a existência do direito de ação da efetiva existência de um direito subjetivo material.

Para a teoria da ação no sentido concreto, a existência do direito de ação estava condicionada à real existência do direito subjetivo material, reconhecido pelo juiz, na sentença favorável ao autor, acolhendo a sua pretensão.

Para Degenkolb e Plósz, há ação ainda que a sentença negue ao autor a existência do direito subjetivo material por ele invocado, ou quando uma sentença injusta lhe reconheça um direito material que na realidade não existe.

A ação exige apenas que o autor, ao invocar a jurisdição, faça referência ou afirme a existência de um direito subjetivo ou interesse, protegido em abstrato pelo direito objetivo, que na realidade pode não existir, para que o Estado preste a sua atividade jurisdicional; decidindo a pretensão deduzida, acolhendo-a ou rejeitando-a, no todo ou em parte.

Sendo a ação um subjetivo público, porque tem o Estado na posição passiva — obrigado que se acha à prestação jurisdicional —, proferindo a sentença, qualquer que seja o seu conteúdo, desobriga-se o Estado da sua prestação.

A AÇÃO COMO DIREITO ABSTRATO EM OUTRAS TEORIAS — A teoria da ação no sentido abstrato, tão logo formulada, reuniu em torno das suas idéias grandes processualistas, notadamente na Itália, com os Rocco, Alfredo e Ugo, que lhe trouxeram contribuição própria e original.

Alfredo Rocco, partindo do estudo do fenômeno da jurisdição, mostra que o Estado, proibindo a autotutela, substituiu-se aos indivíduos na composição dos conflitos de interesses ocorrentes, mediante solicitação de um deles.

Vê, portanto, na atuação de quem pede o exercício da atividade jurisdicional, a existência de duplo interesse: o tutelado pelo direito e o na tutela do primeiro pelo Estado.

À primeira categoria de interesses (os interesses protegidos pelo direito) correspondem os chamados direitos subjetivos materiais e que Alfredo Rocco denomina de interesses principais, em contraposição aos interesses secundários, consistentes na atuação da jurisdição para a proteção dos interesses principais.

Entende ele que esse interesse secundário se distingue do principal por dúplice motivo: a) porque surge um sujeito diverso do sujeito dos interesses principais, que é o Estado, por seu órgão jurisdicional; b) por ser interesse secundário de natureza invariável, “um interesse abstrato e geral”, segundo expõe, qual seja, a atuação da jurisdição.

Esse interesse secundário é garantido aos indivíduos pelo Estado, sendo portanto um direito subjetivo, pelo que chega à seguinte definição do fenômeno da ação; “é um direito público subjetivo do indivíduo contra o Estado, e só contra o Estado, que tem por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato na intervenção do Estado para a eliminação dos óbices que a incerteza ou inobservância da norma aplicável ao caso concreto possam opor à realização dos interesses tutelados”.

A CONSTRUÇÃO DE UGO ROCCO — Anos mais tarde, na Itália, Ugo Rocco cria também a sua teoria da ação como direito abstrato, entendendo ser a jurisdição um poder-dever, não podendo o Estado negar-se ao dever de atuar jurisdicionalmente quando solicitado para a realização dos interesses juridicamente protegidos.

Esse direito de pedir ao Estado o exercício da atividade jurisdicional é o direito de ação.

Segundo a lição do Prof. Amaral Santos, Ugo Rocco, na sua teoria, “classifica o direito de ação entre os direitos públicos subjetivos e inclui-se entre os direitos cívicos, por isso que tem por objeto uma prestação positiva por parte do Estado, e se assinala pela característica de ser um direito abstrato, assim entendido por não estar necessariamente condicionado à existência de um direito material. Precisamente por motivo dessa característica, trata-se de um direito contra o Estado, contra o adversário” (10).

(10) Amaral Santos, *Moacyr. ob. e vol. cit.*, pág. 131.

O que se evidencia, contemporaneamente, é a adoção da teoria da ação como direito autônomo e abstrato, pela grande generalidade dos processualistas, estrangeiros e pátrios, com algumas variações, que lhe não desfiguram a essência.

A POSIÇÃO DE CARNELUTTI — Carnelutti, que os processualistas incluem entre os adeptos da teoria abstrata da ação, por não condicionar a ação à existência do direito subjetivo material, parte, na formulação da sua teoria, do conceito de lide e de processo, mostrando que o fim do processo é a composição da lide, e não a composição do interesse em lide.

Chega ele, começando de conceitos de lide e de processo, ao de ação, distinguindo o interesse que move a ação (que é o à justa composição da lide) do interesse em lide, mostrando que a ação não serve à tutela do interesse em lide, na hipótese de sentença desfavorável, com o que se filia à teoria abstrata da ação.

Para Carnelutti, a ação “tem por conteúdo o direito à sentença (não à sentença justa ou favorável) e pois é constituído pela obrigação do juiz de realizar as atividades conducentes a esse objetivo” (11).

Ressalta Carnelutti, no conceber a ação, os seus caracteres de direito subjetivo, público (dirigido ao juiz, seu sujeito passivo, e não ao Estado), autônomo e abstrato.

CRÍTICAS ÀS VÁRIAS TEORIAS — Os autores, ao tomarem posição face às teorias existentes sobre a natureza jurídica da ação, procuram justificar a colocação assumida; expondo a fundamentação do seu pensamento e os argumentos críticos com os quais refutam as concepções que lhes parecem infundadas.

As objeções que se levantam à teoria clássica ou imanentista são irrefutáveis, e dizem respeito: a) à ação infundada; b) às ações declaratórias.

A teoria privatista, que enxerga perfeita identidade ou ao menos íntima relação entre o direito subjetivo material e a ação, não se sustenta e não consegue explicar o fenómeno da ação julgada improcedente, com a rejeição do pedido formulado pelo autor, por não haver direito subjetivo material a ser protegido.

(11) Amaral Santos, Moacyr. ob. e vol. cit., pág. 133.

Negando-lhe a sentença reconhecimento do direito invocado, que não existia no caso concreto, como explicar-se, face à concepção imanentista, o direito que levou o autor a provocar a prestação da atividade jurisdicional a uma situação litigiosa concreta.

A outra crítica que se formula contra a teoria civilista relaciona-se com a ação declaratória negativa, já vista por Wach, em 1885, em que o autor pede o exercício da função jurisdicional justamente para obter uma declaração da inexistência de relação jurídica material, isto é, de um direito subjetivo material.

Assim, por não se encontrar resposta adequada a essas duas formulações, onde se examina o fenômeno do exercício do direito de ação sem o correspondente direito subjetivo material em que se deveria fundar, foi a concepção imanentista, que gozava de imenso prestígio e influência até meados do século passado, totalmente abandonada, concordando todos com a autonomia, a separação do direito de ação do direito subjetivo material.

A teoria elaborada por Wach, da ação como direito concreto, só existentes nos casos concretos em que o juiz acolhesse a pretensão do autor, estará igualmente na objeção da ação infundada, em que o autor exerceu o direito de movimentar a jurisdição face a um caso concreto, praticando-se uma série de atos, vindo afinal a sentença a julgar improcedente a sua pretensão. E esse direito de fazer atuar a jurisdição? Não seria o direito de ação?

De igual defeito padece a teoria da ação como direito à sentença justa, formulada por Büllow, face à sentença injusta.

Critica-se a teoria chiovendiana, da ação como direito potestativo, não público, porque exercido face ao adversário e não ao Estado, com o argumento de que a existência de direito sem a correspondente obrigação não é pacífica na teoria geral do direito, justamente porque a característica marcante do direito subjetivo é o poder exigir de outrem uma atividade em benefício do titular do direito, o que não ocorre na sua concepção.

Ademais, parece assente que o sujeito passivo é realmente o Estado, obrigado, face à demanda, a prestar a sua atividade jurisdicional.

Predomina, no estágio atual da ciência processual, a concepção da ação como direito autônomo e abstrato.