

A ação como elemento da trilogia fundamental do direito processual penal: a urgente necessidade de novos enfoques teóricos – uma crítica histórico-jurídica

*Marco Aurélio Nunes da Silveira**

Resumo

Considera-se que uma leitura autônoma da teoria do direito processual penal é condição de possibilidade de uma adequada compreensão dos fenômenos que compõem seu objeto científico. Ademais, a construção teórica unitária do processo, atualmente proposta pela doutrina, está baseada, fundamentalmente, sobre o conceito de *lide* – e/ou suas derivações –, que é epistemologicamente imprestável ao processo penal. A ação processual penal, independentemente de possíveis semelhanças com o instituto processual civil equivalente, é um elemento da teoria do direito processual penal, referido às suas próprias vicissitudes e características.

Palavras-chave: Ação processual penal. Direito processual penal. Teoria geral do processo (crítica).

Introdução

Este ensaio tem como objetivo, a partir do estudo do desenvolvimento histórico do conceito de ação processual, cuja matriz é processual civil, questionar a possibilidade de sua adoção no âmbito da teoria do direito processual penal.

A ação processual é um instituto cujo nascedouro se encontra na ciência do direito processual civil, inerente à forma de provocação da jurisdição própria da tutela dos direitos privados.

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v28i2.4843>

* Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo. Professor de Direito Processual Penal na Universidade Positivo (Curitiba). Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito do Estado (UFPR). Advogado.

O direito penal e o direito processual penal transitam por interesses públicos que são indisponíveis, como a liberdade e o poder estatal de punir; tais interesses, desde a Antiguidade Ocidental e durante a Idade Média, salvo exceções pontuais, foram tutelados por modelos processuais instaurados de ofício pelo juiz; fato que ocorre no âmbito da estrutura processual penal inquisitória.¹ O papel do juiz, aqui, engole o das partes: como refere Foucault, com razão, ‘ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade da qual investia o acusado’². Em tal sistema processual, a ação como ato de provocação de uma jurisdição inerte é secundário e desnecessário.

Aliás, note-se que o próprio Código de Processo Penal brasileiro, em sua redação original, previa a instauração de ofício, em relação às contravenções penais, em seu art. 531 (dispositivo que só foi alterado em 2008).

A adoção do princípio da inércia da jurisdição no processo penal, pois, é bastante recente, e a elaboração teórica sobre o tema, na esteira da Teoria Geral do Processo instilada por Francesco Carnelutti e propagada no Brasil por Liebman e seus herdeiros acadêmicos brasileiros não vai muito além da importação indiscriminada e acrítica de conceitos processuais civis.

Ademais, a apresentação das teorias sobre a ação processual civil nos manuais de processo penal faz sugerir que sempre se tratou de um fenômeno processual penal, desencorajando a análise crítica que é um pressuposto à adequação do instituto à Constituição.

A propósito, Ricardo Marcelo Fonseca, ao tratar da influência do positivismo histórico no desenvolvimento das abordagens históricas no direito, afirma que

[...] após a breve explicação do procedimento cognitivo do positivismo e após a análise do funcionamento do positivismo no conhecimento da história, um estudante que já conhece os manuais jurídicos das disciplinas dogmáticas poderá facilmente perceber: aquela tradicional “introdução histórica” (às vezes chamada, num modo peculiarmente bacharelista, “escorço histórico”), que inevitavelmente antecede a abordagem “propriamente dita” do tema dogmático (seja ele de direito civil, direito penal, direito do trabalho, direito comercial, etc.) tem no “positivismo histórico” a sua inspiração teórica, ainda que o jurista que escreveu esta introdução (no mais das vezes jejuno em história, e mais ainda em teoria da história) nem se dê conta disso. (...) Há uma estranha impressão difusa de que “reconstituir o passado” seja uma operação automática e simples. O que ocorre, em verdade, é que esse “escorço histórico” acaba ingressando (às vezes sem perceber) num emaranhado de dificuldades teóricas que são típicas

¹ Sobre o tema, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhe. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 36.

do positivismo. *E tais dificuldades não são inocentes: uma abordagem histórico-jurídica de inspiração positivista (como o faz a maioria dos manuais), além de executar um desserviço à disciplina da história do direito (ao menos àquela que é executada com um pouco de seriedade), acaba por resultar numa série de funestas consequências teóricas e práticas que não são desprezíveis.*³

No que diz com o tema da ação processual penal, tais consequências práticas são muito evidentes, já que o desrespeito às especificidades fenomênicas do processo penal na construção da teoria do direito processual penal, típico de abordagens como a da *teoria geral do processo*, acaba por refletir negativamente na atuação do juiz no juízo de admissibilidade da acusação.⁴

Revelando uma lacuna no campo do conhecimento jurídico: a insuficiência das atuais abordagens teóricas sobre a ação no direito processual penal

É fato que a ciência processual penal padece da insuficiência de construções teóricas autônomas e focadas em seus próprios fenômenos. Em geral, mesmo nos dias de hoje, os institutos de direito processual penal são lidos a partir de seus equivalentes no processo civil.

Isso é evidente, apenas a título de exemplo, à adoção do conceito carnelluttiano de lide e/ou suas derivações, o que exige uma adequação teórica do processo penal ao civil, com todas as consequências negativas daí decorrentes.

Em verdade, no que diz com o tema em exame, os fatos não são diferentes: quando – ocasionalmente – se ocupa de análises mais profundas sobre o conceito e a natureza jurídica do instituto, sem embargo de possíveis exceções, a doutrina brasileira limita-se a buscar nas teorias da ação construídas para o processo civil⁵ uma explicação que, inexoravelmente, deixa certas indagações sem explicação.

³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 61-62.

⁴ Para uma discussão sobre tais efeitos ligados ao estudo das condições da ação penal, recomenda-se a leitura da obra: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵ Extremamente relevante para o desenvolvimento do tema é a bastante conhecida exposição crítica das principais teorias sobre a ação processual feita por Hélio TORNAGHI no primeiro volume de sua principal obra, as “Instituições de Processo Penal” (TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. I, pp. 241-303). Note-se, porém, sem embargo de tal relevância, que o autor revisa as teorias pertinentes ao direito privado, na Europa, e não apresenta preocupação em questioná-las à luz da legislação processual penal brasileira.

Tais indagações podem ser bem demonstradas, como um entre vários outros casos, na recorrente afirmação de que a natureza jurídica da ação penal é a de um *direito subjetivo*. Nesse momento, não se pretende refutar tal conclusão, mas a utilização indiscriminada de um conceito processual civil para explicar fenômenos processuais penais é hábito que atenta contra o desenvolvimento científico desse último – já se disse que, para estudar o direito processual penal, há que se partir de suas próprias categorias jurídicas. Assim, em relação a isso, antes de se concluir que a ação penal é um *direito subjetivo*, deve-se considerar (seja para afirmar ou infirmar a conclusão) certas circunstâncias que impõem sério questionamento à possibilidade de se lhe reputar tal natureza jurídica, como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, para citar, neste momento, apenas um exemplo.

Ainda, um outro bom exemplo da insuficiência dessa equivocada atitude epistemológica diz com a adoção reflexa (eis que se parte de um conceito processual civil de ação e se ignora as peculiaridades do processo penal) das condições da ação invocadas por Enrico Tullio Liebman ao direito processual civil: o empréstimo de conceitos processuais civis “esvazia” o juízo de admissibilidade da acusação e, por consequência, traz resultados indevidos no dia a dia dos tribunais.

Aqui, é importante não esquecer das palavras de Franco Cordero ao dizer que se deve ocupar dos fenômenos processuais penais, não das teorias processuais civis, de modo que, “sendo distintos os dois processos, quanto ao objeto e aos mecanismos propulsivos, as teorias civilistas sobre a ação não são transportáveis à matéria penal, embora alguns as tomassem em empréstimo”. E, ainda, “sabemos quanto retardo cultural pesava sobre nossa matéria; alguns de seus adeptos pescavam no repertório de seus primos evoluídos (os processualistas civis), às vezes com a mão rude: e, sendo muito diferentes os respectivos mecanismos normativos, estes empréstimos estimulavam discursos esterilmente rebuscados”.⁶⁻⁷

⁶ No Brasil, por seu turno, o discurso processual penal hegemônico foi construído, quase que exclusivamente, com base em tais empréstimos, na esteira da escola paulista de processo (expressão utilizada por Frederico Marques) e sua teoria geral.

⁷ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, pp. 375 e 377. [Tradução livre de: “diversi essendo i due processi, quanto a oggetto e meccanismi propulsivi, le teorie civilistiche sull’azione non sono transponibili alla materia penale ma qualcuno le pigliava a prestito”; “sappiamo quale ritardo culturale pesasse sulla nostra materia; alcuni suoi adepti pescavano nel repertorio dei cugini evoluti (civilproceduristi), a mano talvolta rude: ed essendo molto diversi i rispettivi meccanismi normativi, quei prestiti stimolavano discorsi sterilmente contorti”.]

Por tudo, o que se pretende é demonstrar que, atualmente, o direito processual penal carece de construções teóricas autônomas sobre a ação penal. Assim, por esses mesmos argumentos, que se espera consolidar e clarificar no desenvolvimento da exposição, é também possível concluir que – de forma orientada por uma abordagem teórica dualista (oposta à teoria geral do processo) – é indispensável revisitar o desenvolvimento histórico do instituto, no processo civil, em busca de conclusões mais precisas para o direito processual penal.

Sobre o desenvolvimento histórico contemporâneo do conhecimento sobre a ação: a necessidade de reconstituição a partir de sua origem no direito processual civil

Sabe-se que o atual nível de desenvolvimento do conhecimento sobre a ação penal sofreu – e sofre – as influências da *Teoria Geral do Processo*, que condiciona sua leitura às construções processuais civis do instituto e, assim, desestimula a busca por explicações próprias e focadas no direito processual penal.

Não se pretende, aqui, cometer tal erro. Aliás, um dos principais fundamentos epistemológicos da presente pesquisa é a explicação autônoma dos fenômenos processuais penais.

A despeito disso, para que se tenha uma mais ampla compreensão acerca da atual situação do conhecimento sobre a ação no processo civil, e sobre sua indevida importação para processo penal, faz-se mister enfrentar o problema da evolução do conceito e da natureza jurídica do direito de ação na seara do direito privado. Por essa razão, as páginas seguintes estarão dedicadas ao resgate do debate histórico sobre a ação processual civil.

Aqui, há que se lembrar das palavras de Michel Foucault, quando trata da descontinuidade:

A história de um conceito não é, de forma alguma, a de seu refinamento progressivo, de sua racionalidade continuamente crescente, de seu gradiente de abstração, mas a de seus diversos campos de constituição e de validade, a de suas regras sucessivas de uso, a dos meios teóricos múltiplos em que foi realizada e concluída sua elaboração.⁸

Posteriormente, tais noções serão submetidas à crítica fundada na valorização das categorias processuais penais e suas características próprias. Isso,

⁸ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*: 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 5.

diga-se desde logo, não exclui a possibilidade da adoção crítica de certos desenvolvimentos teóricos processuais civis, desde que não sejam incompatíveis com o fenômeno jurídico processual penal.⁹

Assim, esclarecidos os motivos da incursão que se fará ao conhecimento processual civil sobre ação, há que se esclarecer que, mesmo lá, os desenvolvimentos teóricos sobre a natureza jurídica e o conceito de ação estão longe de resultados definitivos, ainda que o debate doutrinário sobre essa já tenha superado um século e meio de discussões.

A teoria imanentista, ou civilista, da ação

Até a metade do século XIX, a concepção que se tinha sobre a ação estava submetida ao direito civil, como consequência do fato de ainda não se ter reconhecido a autonomia do direito processual.

A maior expressão dessa compreensão acerca do direito de ação, que tem, por outro lado, o inegável mérito de ser uma das primeiras abordagens científicas sobre o tema (em oposição ao *praxismo* então dominante) é a obra de Friedrich Carl von Savigny. Inserido no contexto pandectista alemão do século XIX, o trabalho parte de um ponto de vista histórico sobre a famosa fórmula de Celso, “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi*”,¹⁰ para concluir que a ação era uma metamorfose do próprio direito material, decorrente de sua violação.¹¹

Com efeito, na concepção de Savigny, presente no volume quinto de seu “*System des heutigen römischen Rechts*” (“Sistema do direito romano atual”, publicado em nove volumes entre 1840 e 1849), o direito de ação é “o aspecto particular, que cada direito assume em consequência de uma lesão”.¹² Ou seja,

⁹ Vale lembrar, como diz COUTINHO, que “a mudança de postura, em relação ao conteúdo do processo, imporá ao nosso direito processual penal a obrigação de um repensamento geral. Isso não significa desistir do já produzido, ao contrário, devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo lingüístico, contorcionismos para uma adaptação impossível” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 145).

¹⁰ A fórmula é do juriconsulto e cônsul romano CELSO (Publius Iuventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus), do século II da Era Cristã, publicada no *Digestorum D. Iustiniani*, do Imperador Justiniano, no livro XLIV, título VII, fragmento 51. A versão citada é a indicada em latim no livro: GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. *Cuerpo del derecho civil romano*. v. 3. Barcelona: 1897. [Tradução livre: “A ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido.”].

¹¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Vittorio Scialoja. v. 5. Torino: Utet, 1893, § 205, p. 3-4.

¹² SAVIGNY, F. C. *Sistema del diritto romano attuale*. p. 4. [Tradução livre de: “l’aspetto particolare, che ogni diritto assume in conseguenza di una lesione...”]

o direito de ação é o direito à tutela jurisdicional que nasce da lesão de um direito, mas no sentido de ser uma transformação do próprio direito lesionado.¹³

Essa noção de ação angariou muitos adeptos na Alemanha de Savigny, tornando-se hegemônica até que abordagens teóricas posteriores viessem a colocá-la em cheque. Entre os adeptos, cita-se Vinnius¹⁴, Garsonnet, Unger¹⁵, Roghin, Mattiolo¹⁶ e Demolombe, que chegou a dizer que, quando a lei falava de “direitos e ações”, incorria em pleonismo.¹⁷

Muitos, também, foram os adeptos brasileiros da teoria imanentista, podendo-se citar nomes como Clóvis Beviláqua¹⁸, Câmara Leal¹⁹ e João Monteiro²⁰.

Inclusive, como já se mencionou, por sua autoria em Clóvis Beviláqua, o Código Civil Brasileiro de 1916 adotou, como disposição de lei, a teoria imanentista da ação. Conclusão que se depreende da leitura de seu artigo 75.²¹

¹³ SAVIGNY, F. C. *Sistema del diritto romano attuale*. p. 3: “Alguns têm pretendido considerar as ações como uma classe especial de direitos, postos no mesmo patamar dos direitos de família, propriedade, etc., e aqui deve ser lembrada a refutação, já feita anteriormente (§ 59), desta opinião. Estes direitos, ao contrário, competem somente ao processo de evolução, ou seja, à metamorfose, que pode ocorrer em cada direito por si próprio, e estão, portanto, na própria linha do nascimento e da extinção dos direitos, que somente devem ser concebidos como momentos no processo da vida dos direitos, e não como direitos em si. As modificações dos direitos, que serão agora examinadas, dividem-se em duas classes. Alguns deles nascem simplesmente da própria lesão: a estes se refere o problema das ações.” [Tradução livre de: “*Alcuni hanno voluto considerare le azioni come una classe speciale di diritti, posti sulla stessa linea dei diritti di famiglia, della proprietà, ecc., e deve qui ricordarsi la confutazione già fatta più sopra (§ 59) di quest’opinione. Questi diritti spettano piuttosto soltanto al processo di evoluzione ossia alla metamorfosi, che può avvenire in ogni diritto per se stante, e stanno perciò sulla linea stessa della nascita e dell’estinzione dei diritti, che pure debbono concepirsi soltanto come momenti nel processo della vita dei diritti, non come diritti di per se. Le modificazioni dei diritti, che debbono ora esaminarsi, si dividono in due classi. Alcune di esse nascono dal semplice fatto della lesione stessa: a queste riferisce la teorica delle azioni.*”]

¹⁴ “A ação é o direito em seu exercício.” *Apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 95.

¹⁵ “A ação é o direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação.” *Apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*, p. 95.

¹⁶ “O direito de atuar em juízo para obter o reconhecimento de um direito violado ou negado constitui a ação judicial, a qual, portanto, configura um direito elevado à segunda potência. Assim, a todo direito reconhecido pela lei positiva corresponde a ação judicial, a menos que esta haja sido expressamente negada pelo legislador e substituída por qualquer outra garantia.” *Apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. p. 95.

¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 63.

¹⁸ “A ação é parte constitutiva do direito subjetivo, pois que é o próprio direito em atitude defensiva.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956, pp. 254-255).

¹⁹ “Ação é o direito de pedir em juízo o que nos é devido – *jus persecuendi in judicio quod sibi debeat*.” (CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. *Manual elementar de direito civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 183).

²⁰ “O direito de ação é a virtude própria a cada direito de se afirmar por meio da força social.” (MONTEIRO, João. *Direito das ações*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905, p. 25).

²¹ Código Civil de 1916: “Art. 75. A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Embora os conceitos apresentados sejam ligeiramente diversos, guardam em comum a conclusão, que encerra a noção de imanência, de que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.²²

De fato, segundo a lição de Giuseppe Chiovenda, que também já resume a crítica à teoria civilista,

[...] sobre a célebre definição romana ‘*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*’ a doutrina teria proposições aparentemente diversas, mas todas incluindo um conceito de ação que poderia ser considerado misto ou impuro. Alguns configuravam-na como o poder, imanente ao direito, de reagir contra a violação, ou como o direito mesmo em sua tendência à atuação; alguns como um direito novo e por si mesmo, nascido com a violação do direito e tendo por conteúdo a obrigação do adversário de fazer cessar a violação; mistos ou impuros estes conceitos, já que se à ação se lhe dá por conteúdo uma obrigação qualquer do sujeito passivo do direito, se cai facilmente em uma duplicação inútil do conceito mesmo de direito.²³

É fato que a teoria civilista não obteve sucesso em demonstrar e explicar a natureza da ação processual, o que só se faria possível após o reconhecimento de sua autonomia em relação ao direito material.

Essa conclusão é bastante evidente à obra de Adolf Wach – que escreveu após a polêmica entre Windscheid e Muther e já estava imbuído da concepção de autonomia do direito de ação – ao negar a teoria imanentista pela afirmação de que existem direitos de ação que não estão fundados em direitos materiais privados, como a dita *ação declaratória negativa*: “a tese da imanência do direito de ação no direito subjetivo é de todo impossível e inconcebível quando existem direitos de ação independentemente dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles. Sua existência, hoje em dia, já não pode ser negada por ninguém, em vista da ação de declaração negativa.”²⁴

²² SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria geral... Op. Cit.*, p. 95 (grifo nosso).

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Valparaíso (Chile): EDEVAL, 1992, pp. 20-21. [Tradução livre de: “sobre la célebre definición romana ‘*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*’ la doctrina tejía proposiciones aparentemente diversas, pero todas incluyendo un concepto de acción que podría considerarse mixto o impuro. Algunos la configuraban como la potestad immanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como el derecho mismo en su tendencia a la actuación; algunos como un derecho nuevo y por sí mismo, nacido con la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente en una duplicación inútil del concepto mismo del derecho”.]

²⁴ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: Ejea, 1962, p. 51. [Tradução livre de: “La tesis de la inmanencia del derecho de acción en el derecho subjetivo privado, es del todo imposible e inconcebible, cuando existen derechos de acción, independientemente de los derechos subjetivos privados que deben ser protegidos por aquéllos. Su existencia, hoy en día, ya no puede ser negada por nadie, en vista la acción de declaración negativa.”]

À evidência, pois, não há que se falar em relação de imanência. Pelo contrário, eis que há situações nas quais o direito de ação não é um mero aspecto do direito material, a conclusão evidente é a de que entre eles há uma relação de autonomia. Aqui, importa lembrar que o reconhecimento dessa autonomia é pressuposto fundamental para o desenvolvimento da ciência do direito processual.

Embora, hoje em dia, tais conclusões sejam normalmente aceitas, é digno de lembrança que o reconhecimento da autonomia do direito de ação teve seu primeiro passo decisivo na polêmica entre Windscheid e Muther.

A polêmica entre Windscheid e Muther

A “autonomia” do direito processual em relação ao direito material pode-se dizer (re)descoberta em momento precisamente identificado na cronologia do Direito. Trata-se da célebre polêmica entre Windscheid e Muther, que, embora não tivesse, imediatamente, tal preocupação, terminou por possibilitar o reconhecimento da autonomia da ação processual. Por isso, a “polêmica” tem o condão de ser considerada como o primeiro passo em uma direção diversa da teoria imanentista de Savigny.

De fato, Bernhard Windscheid, no ano de 1856, escreve o seu “*Die Actio des römischen Civilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts*” (“A Actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno”), no qual sustenta que a concepção de *actio* em Roma não correspondia, em verdade, àquela moderna concepção de ação (*klage*), mas, antes, à moderna noção de *pretensão jurídica* (*anspruch*). Ou seja, a *actio romana* não equivaleria ao conceito moderno de ação como *klagerecht* (direito de queixa) dirigido ao Estado: “Assim como a *actio* não é um direito à tutela de outro direito, nascido da lesão desse, tampouco é a faculdade de requerer a tutela para o direito em caso de lesão. A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial”.²⁵

Windscheid argumentou que o juiz romano, muitas vezes, desviava-se do *jus civile* ao conceder a tutela jurisdicional ao autor, não se podendo dizer, portanto, que a *actio* romana emanava do direito: “Para os romanos, então, o importante

²⁵ WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974, p. 7. [Tradução livre de: “Así como la *actio* no es el derecho a la tutela de otro derecho, nacido de lá lesión de éste, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La *actio* es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial.”]

não era o que dizia o Direito, mas o que dizia o tribunal. Aquele cuja pretensão era discutida não perguntava se ela teria respaldo no direito, mas se o magistrado a cargo do tribunal estaria inclinado a lhe permitir a persecução judicial, a lhe conceder uma *actio* para fazer valer esta pretensão”, assim, “a *actio* está no lugar do direito; não é uma emanção deste. Pode-se ter uma *actio* sem ter um direito e, por sua vez, ainda que tendo um direito, pode-se carecer dela”.²⁶

Sinteticamente, “*actio* é, então, o termo para designar o que se pode exigir de outrem; para caracterizar isso de forma breve, podemos dizer precisamente que *actio* é o vocábulo para designar a pretensão”.²⁷

Assim, à indagação sobre a equivalência da *actio* e da *klage*, Windscheid principia por responder que não, apontando que – seja no período das *legis actiones* ou no do procedimento *per formulas* – a expressão *actio* comportava significação diversa daquela inerente ao conceito moderno de ação, expresso pelo vocábulo *klage*. De fato, como narra o autor, no procedimento formulário (contemporâneo a Celso e seu conceito de *actio* que serviu de inspiração à teoria savignyana) havia situações em que o pretor concedia a fórmula (*actio*) ao autor sem um respectivo *jus* no corpo do direito civil, de modo que, diferentemente da ação moderna, a *actio* não poderia ser considerada como uma transformação do direito material lesado. Neste momento, sugere Windscheid que a *actio* equivale à *anspruch* (pretensão) do direito moderno, no sentido de uma imposição da própria vontade pela perseguição judicial.²⁸ Ainda tratando do direito romano, o autor sustenta, como consequência de seus argumentos, que a *actio* romana tinha existência autônoma. Essa seria a diferença em relação à concepção moderna de ação, que, à época, ainda era a de Savigny.

²⁶ WINDSCHEID, Bernhard. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual*. pp. 9-10. [Tradução livre de: “Para los romanos, pues, lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino lo que decía el tribunal. Aquel cuya pretensión era discutida no preguntaba si ella tenía respaldo en el derecho, sino si el magistrado a cargo del tribunal estaría inclinado a permitirle la persecución judicial, a concederle una *actio* para hacer valer esa pretensión. (...) la *actio* está en lugar del derecho; no es una emanación de éste. Puede tenerse una *actio* sin tener un derecho, y a su vez, aun teniendo un derecho, puede carecerse de ella.”]

²⁷ WINDSCHEID, Bernhard. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual*. pp. 11-12. [Tradução livre de: “*Actio* es pues el término para designar lo que se puede exigir de otro; para caracterizar esto en forma breve, podemos decir atinadamente que *actio* es el vocablo para designar la pretensión.”]

²⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual*. In: WINDSCHEID, Bernhard; MÜLLER, Theodor. *Polémica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 7 (tradução livre): “A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial”.

Nada obstante, se aquele foi o primeiro, o segundo passo foi dado por Theodor Muther que, embora contrapondo-se à idéia de *actio* como equivalente romano da pretensão e reafirmando a tese de que a *actio* é algo que segue o direito,²⁹ terminou por contribuir decisivamente para as consequências que teve a “polêmica” em relação ao direito processual moderno.

Em sua obra “Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen — Eine Kritik des windscheid’schen Buches” (“Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações — Crítica ao livro de Windscheid”), de 1857, Muther, a despeito de sustentar uma vinculação com o direito material, concebe o direito de ação como algo distinto do direito material: “Temos, pois, dois direitos distintos, dos quais um é pressuposto do outro, mas que pertencem a campos distintos, já que o primeiro é um direito privado e o outro de natureza pública”.³⁰

De fato, Muther rebate as afirmações de Windscheid e procura afirmar a equivalência dos conceitos da *actio* romana e da ação moderna ao sustentar que a *actio* romana sempre decorria de um direito, mesmo quando o pretor concedia a fórmula sem fundamento no *jus civile*. Isso porque, a omissão desse, o pretor criava o direito aplicável ao caso concreto (*jus praetorium*), ao qual se conferia a mesma natureza de direito subjetivo inerente ao *jus civile*. Desse, modo, mesmo no direito romano, à *actio* precedia um direito subjetivo material.³¹

Para os efeitos desse trabalho, pouco importa quem tinha razão em relação à verdadeira natureza da *actio* no direito romano. Todavia, é muito relevante que Muther, no capítulo intitulado “O direito de acionar em nossos dias”, acabava por contribuir decisivamente para o reconhecimento da autonomia da ação processual quando sustenta, em oposição à Savigny, que o direito de ação não é

²⁹ MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesion singular en las obligaciones: crítica del libro de Windscheid “La “*actio*” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 241: “Vimos que el ordenamiento jurídico romano no era el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles, sino el ordenamiento de los derechos, y que solamente éstos (en su sentido subjetivo) eran susceptibles de persecución judicial. Por consiguiente, quien tenía derecho a que se le confiriera la fórmula debía tener también un derecho subjetivo, que era presupuesto y fundamento del primero”.

³⁰ WINDSCHEID, Bernhard. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual* [Tradução livre de: “Tenemos pues dos derechos distintos, de los cuales el uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a campos distintos, ya que el uno es un derecho privado, y el otro de naturaleza pública.”]

³¹ WINDSCHEID, Bernhard. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual*, p. 224.

uma metamorfose do direito material (que permanece com a mesma natureza após seu exercício em forma de ação), mas é diverso dele. Enquanto o direito subjetivo material é dirigido ao particular e tem natureza privada, o direito de ação é público e dirigido ao Estado:

Chegamos à conclusão de que o conceito romano de direito de acionar deve ser entendido de maneira distinta do que acontece habitualmente. Mas ao mesmo tempo resulta óbvio que este conceito, em sua acepção romana, tem ainda realidade no direito atual. Também em nosso meio, quem foi lesionado em seu direito tem direito à assistência estatal (direito de acionar), e, como entre os romanos, os pressupostos desse direito são outro direito e a lesão deste último. (...) Se adverte que o direito e o direito de acionar não são, hoje em dia, idênticos, se pensamos que há um obrigado no direito e outro obrigado distinto no direito de acionar, e também porque, todavia, hoje podem existir pretensões sem direitos de acionar, a menos que se queira negar a possibilidade das *naturales obligationes*.³²

No mesmo ano, Windscheid oferece resposta às críticas de Muther, no “*Die Actio — Abwehr gegen Dr. Th. Muther*” (“A Actio – Réplica ao Dr. Th. Muther”). Embora esta tréplica não seja muito relevante para as discussões suscitadas pela “polêmica” entre os processualistas, em síntese, o autor sustenta que Muther havia distorcido suas afirmações e indica claramente que suas observações limitavam-se ao direito material, não lhe importando o direito processual: “Do que antecede se conclui que não nego de maneira alguma o direito de acionar que tem o autor: Se não me referi a ele em meu trabalho, isso se deve a dois motivos: 1) esse direito pertence ao campo do processo, e não do direito civil; 2) ao combater a incorreta definição da essência da *actio*, só me referi à concepção que vê no direito de acionar um direito privado”.³³

³² MUTHER, Theodor. *Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesion singular en las obligaciones*: crítica del libro de Windscheid “La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. p. 248. [Tradução livre de: “Hemos llegado a la conclusión de que el concepto romano de derecho de accionar debe entenderse de manera algo distinta de lo que sucede habitualmente. Pero al mismo tiempo resulta obvio que ese concepto, en su acepción romana, tiene aún realidad en el derecho actual. También en nuestro medio, quien ha sido lesionado en su derecho tiene derecho a la asistencia estatal (derecho de accionar), e, igual que para los romanos, los presupuestos de ese derecho son otro derecho y la lesión de este último. (...) Se advierte que el derecho y el derecho de accionar no son hoy en día idénticos, si pensamos que hay un obligado en el derecho y otro obligado distinto en el derecho de accionar, y también porque todavía hoy puede haber pretensiones sin derechos de accionar, a menos que se quiera negar la posibilidad de las *naturales obligationes*.”]

³³ WINDSCHEID, B. La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 323. [Tradução livre de: *De lo que antecede se desprende que yo no niego de ninguna manera el concepto de derecho de accionar que tiene el autor. Si no me he referido a él en mi trabajo, ello se debe a dos motivos: 1) ese derecho pertenece al campo del proceso, y no al del derecho civil; 2) al combatir la incorrecta definición de la esencia de la actio, sólo toqué la concepción que ve en el derecho de accionar un derecho privado.*]

Muito embora os juristas envolvidos na “polêmica” não estivessem propriamente interessados no direito processual moderno, bem como os argumentos aqui apresentados não tenham sido os únicos de seus autores, suas obras serviram de trampolim para o reconhecimento de um direito de ação autônomo em relação ao direito material, que, depois delas, seria sustentado por vários juristas,³⁴ trazendo-se à luz um novo ramo do conhecimento jurídico: o direito processual. Em consequência, atualmente, é reconhecida a diversidade dos objetos de conhecimento do direito material e do direito processual.

Nesse sentido, o efeito das obras de Windscheid e Muther no campo do direito processual foi bem descrito pelo doutrinador uruguaio Eduardo Couture, ao afirmar que

“para a ciência do processo, a separação do direito e da ação constituiu um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo. Mais que um novo conceito jurídico, constituiu a autonomia de todo este ramo do direito. Foi a partir deste momento que o direito processual adquiriu personalidade e se desprendeu do velho tronco do direito civil”.³⁵

A teoria abstrata da ação

Reconhecida a autonomia do direito de ação – e, por via de consequência, do próprio direito processual –, surgiu, por um lado, a necessidade de enfrentar novos problemas em relação ao conhecimento sobre o processo e, por outro, bastante espaço para novas abordagens teóricas sobre o direito processual.

Uma das primeiras experiências neste sentido foi de Oskar von Bülow, que publica, em 1868, seu *Die Lehre von den Processeinreden und die Prozessvoraussetzungen* (“A teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos do Processo”), em que sustenta a tese de que a natureza jurídica do processo é a de uma relação jurídica pública (de direito público):

³⁴ Desde logo, em 1868, Oskar von BÜLOW, com sua obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (“A teoria das exceções e pressupostos processuais”), e, depois, os “fundadores” da chamada teoria *abstrata* da ação, Alexander PLOŠZ (“*Beiträge zur Theorie des Klagerechts*”, “Contribuições à Teoria do Direito de Queixa”, com publicação húngara em 1876 e alemã em 1880) e Hans Heinrich DEGENKOLB (“*Einlassungszwang und Urteilsnorm*”, “Ingresso Forçado [em juízo] e Norma Judicial”, de 1877), além de Adolf WACH, idealizador da teoria *concreta* da ação, em 1885, com seu *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (“Manual de processo civil alemão”).

³⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. Montevideo: B de F, 2005, p. 52. [Tradução livre de: “para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.”]

Eis que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, eis que se trata no processo da função dos oficiais públicos e eis que, também, as partes são levadas em conta apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda a evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública.³⁶

Pouco tempo depois de Bülow, com preocupação específica em relação à ação processual, os autores Alexander Plósz e Heinrich Degenkolb, quase simultaneamente e independentemente, concebem-na como direito autônomo (em relação ao direito material) e abstrato, isto, é desvinculado de qualquer outro direito subjetivo anterior.

Heinrich Degenkolb publicou, em 1877, na Alemanha, a obra *Einlassungszwang und Urteilsnorm*³⁷ (“Ingresso Forçado [em juízo] e Norma Judicial”) e Alexander Plósz trouxe à luz, também na Alemanha, em 1880, o livro *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* (“Contribuições à Teoria do Direito de Queixa”), obras que podem ser consideradas os atos inaugurais do desenvolvimento científico do conhecimento sobre a ação processual autônoma.³⁸

Como se disse, o postulado básico da teoria abstrata da ação diz que se trata de um direito que cabe a qualquer pessoa, em qualquer circunstância, e que não está referido a qualquer pressuposto de direito material.³⁹ Por esse motivo, Plósz cunhou a expressão *direito abstrato*.⁴⁰ Aqui reside a autonomia do direito

³⁶ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, pp. 1-2 [Tradução livre de: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.”]

³⁷ Esclarece TORNAGHI que “*Einlassungszwang* é a obrigação do réu de participar do processo para que haja contraditório”, e “*Urteilsnorm* é a norma contida na sentença — *Urteil*” (Instituições... Op. Cit., 1977, p. 272).

³⁸ É digno de nota que, diferentemente do que afirmou Adolf WACH, no ano de 1885 (*Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 46), a obra de PLÓSZ é anterior à de DEGENKOLB, ainda que as ideias presentes nas duas obras tenham sido fruto de desenvolvimento independente. No prefácio da edição alemã de seu livro, PLÓSZ põe-se a esclarecer tal fato indicando que seu trabalho havia sido publicado, em língua húngara, no ano de 1876, ou seja, um ano antes de DEGENKOLB dar à luz seu livro (PLÓSZ, Alexander. *Beiträge zur theorie des klagerechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1880, pp. V-VI). Sobre este fato, CHIOVENDA explica que o desenvolvimento simultâneo e independente de ideias tão semelhantes decorre da influência de teorias precedentes, especialmente de MUTHER e BEKKER, sobre os autores (*La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986, p. 100).

³⁹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 41.

⁴⁰ PLÓSZ (Beiträge... Op. Cit., p. 40) explica que pode haver ação sem necessariamente haver direito material e, eis que o direito de agir tem existência independentemente de um direito material, pode ele ser chamado de direito abstrato de ação. (“*Habe ich ein processuales Klagerecht, so habe ich noch nicht notwendigerweise ein privatrechtliches Klagerecht. Indem das processuale Klagerecht von der realen Existenz des Titels abstrahiert, könnte man es auch ein abstractes Klagerecht nennen und in diesem Sinne sodann das privatrechtliche ein concretes Klagerecht.*”)

de ação, eis que, para aqueles autores, o direito de ação não é a transformação de um direito subjetivo material ou um direito que nasce da violação a outro direito e que, por isso, está a ele vinculado.

Hélio Tornaghi, em síntese sobre as teorias em exame, afirma que “nisto se opõem a Windscheid. Concordam com Bülow em que o processo existe por si e sem dependência do direito chamado substantivo. Mas entendem que a ação é a razão de ser do processo. Pouco importa que o autor tenha ou não razão. O processo existirá em ambos os casos. O que cumpre é que ele tenha ação, que tenha o direito de ingressar em juízo para compor a lide (daí o nome do livro de Degenkolb).”⁴¹

Apesar da noção de abstração, Degenkolb esclarece que o direito de ação compete apenas àqueles cuja demanda é juridicamente relevante (“*rechtlich erheblichen Klagbehauptung*”)⁴² e que preenchem um requisito de ordem subjetiva, a boa-fé, que o autor procura explicar por seu conceito de “veracidade subjetiva” (*Subjektive Wahrhaftigkeit*). De fato, só tem ação o cidadão “honesto, isso é, que funda sua asserção na boa-fé”.⁴³ Em outras palavras, que acredita sinceramente fazer jus ao que pleiteia em juízo.

Ainda, a despeito das críticas que se ergueram à teoria abstrata da ação, que serão objeto de abordagem a seguir, bastante significativa foi – e ainda tem sido – a adesão aos seus postulados. De fato, mais recentemente, embora discorde da denominação (abstrata), o doutrinador uruguaio Eduardo J. Couture afirmou que a visão abstrata deve prevalecer sobre a concreta.⁴⁴ De fato, segundo o autor, “a ação, como poder jurídico, de acudir à jurisdição, existe sempre: com direito (material) ou sem ele; com pretensão ou sem ela, pois todo indivíduo tem esse poder jurídico, ainda antes de nascer sua pretensão concreta. O poder de acionar é um poder jurídico de todo indivíduo enquanto tal; existe

⁴¹ TORNAGHI, H. B. *Instituições...* Op. Cit., 1977, p. 272

⁴² DEGENKOLB, Heinrich. *Einlassungszwang und urteilsnorm*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, p.

⁴³ ‘Id. Ibid. [Tradução livre de: “*der ehrlichen, d. h. auf guten Glauben fussenden Behauptung*”]

⁴⁴ Apesar disto, o autor discorda de DEGENKOLB acerca da boa-fé como limite à abstração: “configurou um desvio da esfera própria desta doutrina a exigência de reclamar no demandante ‘um convencimento sincero’ de seu direito. A ação pertence ao litigante sincero e ao insincero; só ocorre que este último não se serve da ação dentro de seus limites legítimos, mas fora deles, em esfera ilegítima (...). Mas o uso impróprio da ação não deve desorientar a quem deseje conhecer sua natureza. Quanto muito, deve obrigar-lhe a distinguir entre o direito as consequências injustas ou danosas de seu exercício” (COUTURE, E. J. *Fundamentos...* Op. Cit., pp. 58-59). [Tradução livre de: “Configuró una desviación de la esfera propia de esta doctrina, la exigencia de reclamar en el demandante ‘un convencimiento sincero’ de su derecho. La acción pertenece al litigante sincero y al insincero; sólo ocurre que este último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos, en esfera ilegítima (...). Pero el uso impropio de la acción no debe desorientar a quien desee conocer su naturaleza. Cuando más, debe obligarle a distinguir entre el derecho y las consecuencias injustas o perjudiciales de su ejercicio”.]

ainda quando não se exerça efetivamente”.⁴⁵ O autor, ainda, relaciona a ação processual com o “direito de petição”, que sustenta ser uma garantia individual prevista na maioria das constituições escritas dos estados contemporâneos.⁴⁶ Essa noção de ação como “direito de petição” será retomada quando da exposição acerca das condições da ação na teoria liebmaniana.

Em suma, para a teoria abstrata, o direito de ação é entendido como um direito subjetivo de natureza pública⁴⁷ que compete a todo e qualquer cidadão, como expressão de sua personalidade e capacidade de gozo, e existe independentemente da existência de um direito material.⁴⁸

A teoria concreta da ação

Poucos anos depois do surgimento da teoria abstrata da ação, Adolf Wach, então professor na Universidade de Leipzig, opõe críticas à obra de Degenkolb e apresenta um novo modelo teórico para explicar o direito de ação. Tais críticas, porém, não maculam o pressuposto da autonomia do direito de ação em relação ao direito material, que também é o ponto de partida dessa nova abordagem.

As idéias de Wach vêm a público em 1885, com o primeiro tomo de seu *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (“Manual de direito processual civil alemão”), onde sustenta, na esteira da “polêmica”, que o direito de ação e o direito subjetivo material são independentes e, no ano de 1888, a monografia *Der Feststellungsanspruch* (“A pretensão de declaração”) — escrita em homenagem a Windscheid — em que estabelece os contornos de seu enfoque sobre a ação. O conjunto do pensamento de Wach sobre o instituto restou conhecido como teoria concreta da ação.

O autor desenvolve seu conceito de ação a partir de uma ideia fundamental que chamou de *pretensão de tutela jurídica* ou *pretensão de proteção do direito* (*Rechtsschutzanspruch*), que afirmou ser “a chave que nos abre a região frontei-

⁴⁵ Id. Ibid., p. 56. Na teoria de COUTURE, o aspecto particular de identificar a natureza jurídica da ação como um poder jurídico indica influência do pensamento de CHIOVENDA, que será abordado no próximo tópico. [Tradução livre: “La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente.”]

⁴⁶ Id. Ibid.

⁴⁷ Exceto na visão de COUTURE, porém, que fala em poder jurídico quando se refere à natureza jurídica do direito de ação.

⁴⁸ Cf. CHIOVENDA, G. *La acción...* Op. Cit., p. 12.

riça entre direito civil e processo”.⁴⁹ A pretensão de tutela jurídica, que se não confunde com a pretensão de direito material, nem tampouco com o próprio direito material, e configura o objeto do processo civil, consistiria na “pretensão do demandante, ou em seu caso do demandado, de que lhe seja concedida a tutela jurídica processual”. Em outras palavras, é a “pretensão que o direito vincula ao fato-tipo extraprocessual e que se exerce frente ao Estado para que satisfaça frente ao demandado o interesse de tutela jurídica na forma estabelecida pelo ordenamento processual, a pretensão que se apresenta frente ao adversário para que este tolere o ato de tutela”.⁵⁰

De forma geral, sintetizando a maior parte de suas idéias em relação ao direito de ação, em passagem que merece transcrição integral, Wach afirma que

[...] a pretensão de proteção do direito constitui o ato de amparo judicial que forma o objetivo do processo. Ela vai dirigida ao Estado, o qual deve outorgar tal amparo; e se dirige contra a parte contrária, frente a qual deve ser outorgada dita proteção. É de natureza de direito público, e não uma emanção ou expressão do direito privado subjetivo. Mas ela tampouco é aquela faculdade, do direito público, de demandar, que compete a qualquer que, dentro das formas estabelecidas e com fundamento jurídico, sustente uma pretensão de proteção do direito. (...). A pretensão de proteção do direito, ou, como se diz também, de forma demasiadamente limitada, o direito de ação judicial, não é o mesmo direito privado subjetivo, nem muito menos a pretensão (*Anspruch*).⁵¹

Com base em tais premissas, o autor sustenta uma vinculação efetiva entre o direito de ação e o direito subjetivo material que, embora não macule o reconhecimento da autonomia daquele,⁵² funda o conceito de ação em sua aborda-

⁴⁹ WACH, A. *La pretensión...* Op. Cit., p. 37 [Tradução livre de: “la llave que nos abre la región fronteriza entre derecho civil y proceso.”]

⁵⁰ WACH, A. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977, p. 42 [Tradução livre de: “pretensión del demandante, o en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal”; “pretensión que el derecho vincula al hecho-tipo extraprosesal y que se ejerce frente al Estado para que satisfaga frente al demandado el interés de tutela jurídica en la forma establecida por el ordenamiento procesal, la pretensión que se plantea frente al adversario para que éste tolere el acto de tutela.”]

⁵¹ WACH, A. *La pretensión...* Op. Cit., pp. 39-40. [Tradução livre de: “La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad, del derecho público, de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico, sostenga una pretensión de protección del derecho. (...) La pretensión de protección del derecho, o como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión (*Anspruch*).”]

⁵² Segundo afirma CHIOVENDA, a teoria de WACH demonstrou mais claramente do que todas as antecedentes a autonomia do direito de ação (*La acción...* Op. Cit., pp. 17-18). De fato, como já se mencionou, ensina WACH que a tese da imanência do direito de ação no direito material não se sustenta diante da existência de certas modalidades de ação (como a declaratória negativa) independentes da presença de um direito subjetivo material. (ver nota de rodapé n. 25, *supra*).

gem teórica e vincula a existência do direito de ação à legitimidade do interesse perseguido em juízo. Com efeito, o próprio autor faz referência à pretensão de tutela jurídica como um direito, de natureza pública, *relativamente* independente do direito privado.⁵³

Daí a expressão *teoria concreta da ação*: Wach sustenta que a pretensão de tutela jurídica tem por conteúdo a sentença favorável, de modo que o direito de ação cabe somente ao autor que tem razão.⁵⁴

Nesse sentido oferece crítica à teoria de Degenkolb ao sustentar que é condição prévia de toda pretensão de tutela jurídica, a existência de um interesse legítimo na proteção do direito⁵⁵: “Mas essa possibilidade de acionar de forma eficaz (seja de boa-fé ou má-fé), esse chamado direito publicístico de ação, é *res merae facultatis*, não o exercício de um direito e muito menos de um direito a uma sentença de conteúdo determinado. Não é parte do ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo determinados; é unicamente uma formulação subjetivada da norma jurídica abstrata”.⁵⁶

Ainda, é digna de nota a influência de Muther no pensamento de Wach, que se torna evidente quando o autor dirige seu conceito de ação ao Estado e, ao mesmo tempo, à contraparte.

Na síntese de Chiovenda, a ação na teoria wachiana pode ser entendida como “um direito subjetivo que corresponde ao cidadão a que assiste a razão para que o estado lhe conceda a tutela jurídica” (*Rechtsschutzanspruch*), e que se dirige “ao mesmo tempo contra o Estado e contra o adversário”.⁵⁷

⁵³ WACH, A. *La pretensión...* Op. Cit., p. 51

⁵⁴ WACH, A. *Manual...* Op. Cit., pp. 46 e 49.

⁵⁵ WACH, A. *La pretensión...* Op. Cit., p. 51 Ainda, em outra passagem, afirma o autor que a teoria do “direito de ação publicístico e abstrato” induz a erro e é cientificamente estéril. Neste diapasão, sustenta que “uma pretensão de tutela jurídica só compete a quem tem nessa tutela um interesse *real*, não *imaginário*, e o expõe no processo” (WACH, A. *Manual...* Op. Cit., pp. 45-46, grifos no original). [Tradução livre de: “una pretensión de tutela jurídica sólo compete a quien tiene en esa tutela un interés *real*, no *imaginário*, y lo expone en el proceso.”]

⁵⁶ WACH, A. *Manual...* Op. Cit., pp. 46. [Tradução livre de: “Pero esa posibilidad de accionar eficazmente (sea de buena o mala fe), ese llamado *derecho* publicístico de accionar, es *res merae facultatis*, no el ejercicio de un derecho y mucho menos de un derecho a una sentencia de contenido determinado. No forma parte del ordenamiento jurídico concreto, materializado en hechos-tipo determinados; es únicamente una formulación subjetivada de la norma jurídica abstracta.”]

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Tomo I. Madri: Editorial Réus, 1922, pp. 69-70. [Tradução livre de: “un derecho subjetivo que corresponde al ciudadano a quien asiste la razón para que el Estado le conceda la tutela jurídica”; “al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario”].

Inúmeras foram as adesões ao pensamento de Wach, que influenciou vários juristas que se seguiram, inclusive Chiovenda, que, porém, desenvolveu uma concepção concretista própria.

De fato, em sua famosa aula magna (*prolusione*) lida na Universidade de Bolonha no dia 03 de Fevereiro de 1903 – posteriormente publicada sob o título de “L’azione nel sistema dei diritti” no volume I dos “Saggi di diritto processuale civile” –, Chiovenda firmou os pressupostos de sua concepção sobre a ação.

De maneira geral, não diverge de Wach, como se verá, em relação à autonomia do direito de ação e a só conceder ação a quem tem razão, no sentido de se tratar de um direito a uma sentença de conteúdo determinado. Por esse motivo, se tratará dessa abordagem teórica nesse tópico.

Apesar disso, diferentemente daquele autor, Chiovenda nega o caráter de direito público à ação processual. De fato, para ele, a ação processual não é dirigida ao Estado⁵⁸, mas à contraparte, no sentido de que à propositura da demanda forma-se uma relação entre cidadãos mediada pelo Estado.⁵⁹

Ainda, partindo desses pressupostos e também divergindo dos enfoques concretistas anteriores, com originalidade, sustenta Chiovenda que a natureza jurídica do direito de ação é a de um direito de poder jurídico (*Kann-Rechte* ou

⁵⁸ “Pensamos verdadeiramente em direito frente ao Estado quando falamos de ação? Pensa o leigo, quando dá causa a um litígio judicial, exercer um direito frente ao Estado? É em geral inexato o que afirma WACH, de que o direito à tutela jurídica constitua objeto do processo: o juiz, ao aplicar a lei, não pronuncia que o Estado deva querer em um determinado modo, mas que o Estado quer. Mas não é o direito à tutela jurídica, frente ao Estado, pacificamente satisfeito por este com base no ordenamento judicial e, em particular, pela distribuição da jurisdição em vários graus, o poder que sentimos animar o processo civil. Este é, antes, o direito de provocar a atividade do órgão jurisdiccional *contra o adversário*” (CHIOVENDA, G. *La acción...* Op. Cit., p. 19, grifos no original). [Tradução livre de: “¿Pensamos verdaderamente nosotros en un derecho frente al Estado, cuando hablamos de acción? ¿Piensa el profano, al llevar a cabo una litis, ejercitar un derecho frente al Estado? Es en general inexacto lo que afirma WACH, de que el derecho a la tutela jurídica constituya objeto del proceso: el juez, al aplicar la ley, no pronuncia que el Estado deba querer en un determinado modo, sino que el Estado quiere. Pero no es el derecho a la tutela jurídica frente al Estado pacíficamente satisfecho por éste mediante el ordenamiento judicial y en particular mediante la distribución de la jurisdicción en varios grados, la potencia que nosotros sentimos animar el proceso civil. La misma es más bien el derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional *contra el adversario*.]”

⁵⁹ “Eis que quando um cidadão, valendo-se dos meios que o ordenamento jurídico põe à sua disposição, seja a lei, seja a atividade de seus órgãos de Estado, pode com um ato de sua vontade produzir determinados efeitos jurídicos frente ao cidadão, vemos ali uma relação de poder entre cidadão e cidadão; a qual certamente existe na medida em que o cidadão pode se valer da lei ou da atuação dos órgãos públicos. Mas essa relação do titular do direito com a lei e com os poderes do Estado atua como meio em suas mãos relativamente a sua relação com o adversário” (CHIOVENDA, G. *La acción...* Op. Cit., p. 20). [Tradução livre de: “Ya que donde un ciudadano, valiéndose de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, ya sea la ley, ya sea la actividad de los órganos de Estado, puede con un acto de su voluntad producir determinados efectos jurídicos frente al ciudadano, allí nosotros vemos una relación de poder entre ciudadano y ciudadano; la cual en tanto ciertamente existe, en cuanto otro puede montar sobre la ley o sobre la actividad de los órganos públicos. Pero esta relación del titular del derecho con la ley y con los poderes del Estado actúa como medio en sus manos respecto a su relación con el adversario.”]

Rechte des rechtlichen Könnens), que propõe chamar, na medida em que “se esgota[m] em uma faculdade, ou melhor, em uma ‘potesdade’”,⁶⁰ de *direito potestativo*, categoria que congregaria, também, outras figuras jurídicas, como a rescisão por descumprimento contratual, o reconhecimento de filhos, a revogação de uma doação, entre vários outros. O direito de ação, porém, seria o direito potestativo por excelência.⁶¹

Essa conclusão decorre da conclusão de que, por meio do exercício da ação – que se não confunde com o direito subjetivo material –, o autor cumpre as condições para a atuação concreta da vontade da lei, que terá de ser suportada pela contraparte. Na visão do autor, nenhuma obrigação processual corresponde a esse poder jurídico, mas apenas a sujeição aos efeitos jurídicos a que tende a ação.⁶² Aqui reside o caráter *concreto* da ação para Chiovenda. Inclusive, nesse diapasão, sustenta que a ação corresponde ao demandado na hipótese de lhe se ser oposta uma demanda infundada.⁶³

A despeito das críticas que se apresentam à concepção concreta, bem como também à abstrata, do direito de ação, há que se reconhecer que estas correntes de pensamento constituem a base do hodierno pensamento sobre o instituto no

⁶⁰ CHIOVENDA, G. *La acción...* Op. Cit., p. 29. [Tradução livre de: “se agotam en una facultad o mejor en una ‘potestad’.”]

⁶¹ *Id. Ibid.*, pp. 29 e ss.

⁶² “Determinemos melhor a natureza deste poder e, ao mesmo tempo, a diferença de nossas formulações em relação às anteriores, que denominamos mistas. A ação é um poder *frente* ao adversário, mais que *contra* o adversário. Queremos com esta distinção expressar a idéia de que a ação não opõe obrigação alguma. O preconceito de que o direito subjetivo pressupõe necessariamente um dever distanciou-se sempre desta concepção de ação, que é a mais simples. A ação é um poder, diante do qual o adversário não está obrigado à coisa alguma (...). A ação não corresponde nenhum dever processual do adversário: senão pura e simplesmente sua sujeição aos efeitos jurídicos a que tende a ação. Estes efeitos jurídicos, como se tem afirmado desde o princípio, derivam da verificação da condição para a atuação da lei, são a atuação da lei (...). A ação assim entendida existe sempre que a lei faz depender de uma vontade privada a própria atuação; e nada tem a ver com o direito subjetivo, não é uma parte sua, não é uma função sua, não é uma potência sua, nem um direito que surge necessariamente da violação de um direito” (CHIOVENDA, G. *La acción...* Op. Cit., pp. 20-21, grifos no original). [Tradução livre de: “Determinemos ahora mejor la naturaleza de este poder y, al mismo tiempo, la diferencia de nuestras formulaciones de aquellas más antiguas que llamamos mixtas. La acción es un poder *frente* al adversario, más que *contra* el adversario. Queremos con esta distinción expresar la idea de que la acción no opone obligación alguna. El prejuicio de que el derecho subjetivo presuponga necesariamente un deber, ha alejado siempre de esta concepción, que es la más simple. La acción es un poder, frente al cual el adversario no está obligado a cosa alguna (...). A la acción no corresponde ningún deber procesal del adversario: sino pura y simplemente su sujeción a los efectos jurídicos a los que la acción tiende. Los cuales efectos jurídicos, como se ha afirmado desde el principio, derivan de la verificación de la condición para la actuación de la ley, son la actuación de la ley (...). La acción así entendida existe siempre que la ley hace depender de una voluntad privada la propia actuación; y no tiene nada que ver con el derecho subjetivo, no es una parte suya, no es una función suya, no es una potencia suya, ni un derecho que surge necesariamente de la violación de un derecho”.]

⁶³ *Id. Ibid.*, p. 22.

direito processual civil, que será, aqui, estudada a partir da abordagem teórica de Enrico Tullio Liebman, apelidada de teoria eclética da ação.

A teoria eclética da ação

A “nova síntese” de Enrico Tullio Liebman sobre as teorias relativas à ação processual foi apresentada em sua *prolusione* (aula inaugural) de 1949, na Universidade de Turim (posteriormente publicada nos “*Scritti in onore di Francesco Carnelutti*”, Pádua, 1950, v. 2, e no livro “*Problemi del processo civile*”, do ano de 1962)⁶⁴, e assumiu sua forma definitiva em seu “*Manuale di diritto processuale civile*”. Na *prolusão torinesa*, o autor sugeriu que, à sua época, o debate sobre o instituto – partindo-se do pressuposto da autonomia em relação ao direito material – resumia-se às duas correntes teóricas acima apresentadas, as teorias concretas e abstratas sobre o direito de ação, ambas, porém, insuficientes para explicar adequadamente o instituto isoladamente, mas contendo cada uma um aspecto da concepção que seria adequada ao processo civil contemporâneo.

De fato, Liebman oferece fundadas críticas às duas abordagens teóricas então vigentes. Primeiramente, em relação à teoria *concreta* da ação, o autor levanta objeção que diz com a sentença que julga improcedente o pedido do autor. Nestes casos, eis que só tem ação quem tem razão, os processos seriam meros fenômenos fáticos, sem relevância jurídica.⁶⁵ Por isso, o autor afirma que a ação “não garante resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando

⁶⁴ Antes, todavia, já havia sido esboçada no artigo “O despacho saneador e o julgamento de mérito”, publicado na Revista Forense, n. 104, de 1945, e no livro “Estudos sobre o processo civil brasileiro”, publicado em 1947, durante a permanência do autor na Universidade de São Paulo.

⁶⁵ LIEBMAN, E. T. *Problemi...* Op. Cit., p. 33. Em verdade, esclarece o autor que “a inadequação da ação ‘substancial’ se manifesta a cada passo e, deve ser destacada com alguns exemplos. Antes de tudo, se a possibilidade de propor uma demanda (fundamentada ou não) fosse um simples fato, todos os processos que terminam com sentença de rejeição tornar-se-iam, por sua vez, meros fenômenos fáticos, não suscetíveis de relevância jurídica, nem capazes de produzir efeitos jurídicos, incluindo-se nisso a autoridade da coisa julgada. CHIOVENDA responde que a sentença de rejeição acolhe a ação de acerto negativo do réu. Mas (prescindindo do fato de que os autores mais recentes deixaram cair este conceito) o indeferimento do pedido do autor não é condicionado a um análogo pedido do réu e pode ocorrer também se este é inativo ou revel.” [Tradução livre de: “l’inadeguatezza dell’azione ‘sostanziale’ si manifesta ad ogni passo e va qui rivelata con alcuni esempi. Anzitutto, se la possibilità di proporre una domanda (fondata o infondata) fosse un semplice fatto, tutti i processi che terminano con sentenza di rigetto diverrebbero a loro volta meri fenomeni di fatto, non suscettibili di rilevanza giuridica, né capaci di produrre effetti giuridici, ivi compresa l’autorità della cosa giudicata. CHIOVENDA risponde che la sentenza di rigetto accoglie l’azione di accertamento negativo del convenuto. Ma (a prescindere dal fatto che gli autori più recenti hanno lasciato cadere questo concetto) il rigetto della domanda attrice non è condizionato ad analoga richiesta del convenuto e può aver luogo anche se questi è inattivo o contumace”.]

em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu”.⁶⁶

Já, agora, em relação à teoria abstrata da ação, opõe Liebman o argumento de que não identifica verdadeiramente a ação, mas apenas a sua base de direito constitucional, esta sim genérica, abstrata e ilimitada, que o autor identifica no art. 24 da Constituição italiana.⁶⁷ A ação processual, por sua vez, é direito que tem por “garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular”.⁶⁸⁻⁶⁹

Sem embargo, a despeito das críticas que formulou às teorias vigentes, Liebman sugere que elas próprias já contêm todos os elementos necessários à elaboração de uma nova teoria, fundada em uma leitura conciliatória. Por isso, o autor propõe, na *prolusão torinesa* que “a situação parece, portanto, madura para uma tentativa dirigida a recolher numa nova síntese (...) alguns resulta-

⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. I. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 200.

⁶⁷ No Brasil, a base de direito constitucional do direito de ação estaria, assim, no art. 5, XXXV da Constituição da República de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁶⁸ LIEBMAN, E. T. *Manual...* Op. Cit., p. 199.

⁶⁹ Em trecho que merece transcrição integral, LIEBMAN esclarece no que consiste a base de direito constitucional do direito de ação: “Um direito desta espécie existe sem dúvida e é o reflexo *ex parte subiecti* da instituição dos tribunais por parte do Estado: eles têm o dever de fazer justiça para quem a peça e, por isso, a ordem jurídica garante a todos a possibilidade de endereçar-lhes análoga demanda com os previstos efeitos legais (art. 24 da Const.). Mas, como nos ensinam os constitucionalistas, este é um direito, ou melhor, um poder de direito público, genérico e indeterminado, sem particulares relações com uma *fattispecie* concreta e, por isso – seja-me consentida a expressão – inexaurível e inconsumível, permanecendo íntegro e sempre idêntico em todo os casos em que seja exercido, e é a exteriorização imediata e direta da capacidade jurídica geral. Este direito, portanto, não é a ação, no sentido em que esta figura se destaca no sistema do processo, mas é a sua base, o seu pressuposto de direito constitucional, a estrada sempre aberta sobre a qual o cidadão pode, cada vez, iniciar suas ações particulares, nos diversos casos concretos em que entende voltar-se à autoridade judiciária para a proteção de um interesse seu lesado ou ameaçado (*Problemi...* Op. Cit., p. 41) [Tradução livre de: “Un diritto di questa specie esiste senza dubbio ed è il riflesso *ex parte subiecti* dell’istituzione dei tribunali da parte dello Stato: essi hanno il compito di rendere giustizia a chi la domandi e perciò l’ordine giuridico garantisce a tutti la possibilità di rivolgere loro analoga richiesta con gli effetti previsti dalla legge (art. 24 della Cost.). Ma, come ci insegnano i costituzionalisti, esso è un diritto, o meglio un potere di diritto pubblico, del tutto generico e indeterminato, senza particolari rapporti con una *fattispecie* concreta e perciò – se mi si consente l’espressione – inesauribile ed inconsumabile, rimanendo íntegro e sempre identico in tutti i casi in cui venga esercitato, ed è l’estrinsecazione immediata e diretta della capacità giuridica generale. Esse non è dunque l’azione, nel senso in cui questa figura ha rilevanza nel sistema del processo, ma la sua base, il suo pressupposto di diritto costituzionale, la strada sempre aperta sulla quale il cittadino può di volta in volta avviare le sue singole azioni, nei diversi casi concreti in cui intende rivolgersi all’autorità giudiziaria per la protezione di un suo interesse leso o minacciato.”.]

dos parciais que se pode considerar aceitos pela doutrina, e que – a despeito das aparências – na verdade, não faltam”.⁷⁰

Para tanto, Liebman ressalta a “parte de verdade” que cada teoria contempla e pretende estabelecer, a partir de um enfoque teórico abrangente e focado no direito processual, o lugar que lhes cabe. A teoria abstrata, como se disse, com foco no direito público, adequadamente demonstra o aspecto de garantia que o direito de ação encerra e, por isso mesmo, funda o seu exercício. Apesar disso, considerando-se que o direito de ação é concedido para a tutela de um interesse ou direito legítimo, conclui o autor que a abstração do direito de ação não é ilimitada. Antes, para que possa dizer que tem ação, deve o autor comprovar que tem necessidade da tutela estatal. Eis a contribuição da teoria concreta: ainda que se não exija do autor que tenha razão, carece a ação de demonstração pelo autor de uma situação objetiva (*concreta fattispecie*), de natureza substancial, que justifique a propositura da demanda.⁷¹

Note-se que essa relação instrumental⁷² com o direito material vai demonstrada pelo preenchimento, por quem a promove, das condições da ação. De fato, na abordagem liebmaniana, são elas “condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo”.⁷³ As condições da ação, pois, apresentam-se como requisitos à decisão processual sobre a lide, e sua ausência implica “*carência de ação*, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido”.^{74 75}

Em suma, eis que a ação não é ilimitada, mas tampouco está vinculada à procedência do pedido, Liebman fixa a noção de um “direito ao processo e ao

⁷⁰ LIEBMAN, E. T. *Problemi...* Op. Cit., p. 43. [Tradução livre de: “*la situazione sembra dunque matura per un tentativo diretto a raccogliere in una nuova sintesi, (...) alcuni risultati parziali che si possono considerare acquisiti alla dottrina, e che — a dispetto delle apparenze — in verità non mancano affatto.*”]

⁷¹ LIEBMAN, E. T. *Manual...* Op. Cit., v. I. p. 199; LIEBMAN, E. T. *Problemi...* Op. Cit., p. 48.

⁷² Neste ponto, a noção de instrumentalidade (ver tópico 1.3.1, supra) é explícita no pensamento de LIEBMAN. Dado que as normas de direito processual são instrumentais, isto é, “regulam os modos de atuação em concreto do conteúdo das normas jurídicas” (LIEBMAN, E. T. *Manual...* Op. Cit., v. I. p. 59), é perfeitamente justificável que a existência do direito de ação esteja vinculada à de uma situação concreta de direito material.

⁷³ LIEBMAN, E. T. *Manual...* Op. Cit., v. I. p. 203.

⁷⁴ Id. Ibid., p. 200.

⁷⁵ As condições da ação foram inicialmente propostas por LIEBMAN como: a) *possibilidade jurídica*, que informa que a ação deverá sempre se referir a um pressuposto fático que corresponda a uma previsão legal; b) *legitimação para agir*, de ordem subjetiva, que diz com a titularidade do direito face ao sujeito passivo; c) *interesse para agir*, que diz com a existência de necessidade/proveito da tutela pleiteada (*Problemi...* Op. Cit., p. 46). Vale mencionar que, em momento posterior, LIEBMAN excluiu de seu rol de condições da ação a *possibilidade jurídica*. As circunstâncias dessa exclusão, bem como um tratamento detalhado das condições da ação, serão operadas no capítulo seguinte.

“julgamento do mérito”,⁷⁶ a partir do que a conceitua como um direito abstrato e dirigido ao Estado e “que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente – sendo, com isso, concedida ou negada a tutela jurídica”.⁷⁷

Ainda, importa mencionar que, apesar das críticas que se lhe pode levantar, das quais algumas serão mencionadas no capítulo relativo às condições da ação, a teoria eclética de Liebman operou influência tão relevante, em especial no Brasil, que chegou a ser expressamente incorporada ao texto do atual Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 267, VI.⁷⁸

Sobre a recepção dos conceitos jusprivatísticos de ação no direito processual penal e a crítica a esta postura epistemológica: a inadequação do binômio abstrato-concreto em relação ao direito processual penal

Como se disse, o sobrevôo que se fez sobre o território processual civil, para observar as teorias relativas à ação, justifica-se pelo hábito da maior parcela da doutrina que impõe ao processo penal modelos importados do direito privado.

Igualmente, já se disse que, salvo algumas exceções, os cultores do direito processual penal pressupõem que há identidade entre os conceitos de ação no processo civil e no processo penal, quando muito apontando, apenas, diferença em relação a seu conteúdo. Essa é a lição da maioria, como José Frederico Marques, ao dizer que a natureza jurídica da ação penal “em nada difere do direito de ação que se exercita no juízo civil. Do ponto de vista processual, ação civil e penal só se diversificam *ratione materiae*, uma vez que apresentam as mesmas linhas conceituais e idênticos caracteres jurídicos”;⁷⁹ e Hélio Tornaghi, que, após longa exposição das teorias sobre a ação no processo civil, a conceitua como “o direito subjetivo público que tem qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação jurisdicional”, e afirma que “essa definição convém a todos os tipos de ação”.⁸⁰

⁷⁶ Id. Ibid., p. 200.

⁷⁷ Id. Ibid., p. 199.

⁷⁸ Código de Processo Civil. “Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

⁷⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

⁸⁰ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 301.

Aqui, todavia, a base teórica do direito processual civil, na qual a ação tem uma concepção forjada em sua relação com o direito material, representa uma grande pedra no caminho. Se ação é o que dela se diz, a tentativa de dizê-la desde o processo civil está fadada a um fragoroso fracasso.

Com efeito, a relação entre o direito material e o processo não pode ser o ponto de partida de uma construção teórica sobre a ação processual penal, isso na medida em que a provocação à jurisdição em relação ao processo penal difere substancialmente daquela processual civil. Note-se que, no processo civil, o autor afirma a exigência de subordinação de um interesse alheio ao seu próprio interesse, ou seja, exerce uma pretensão.⁸¹ A relação com o direito material é evidente, eis que a esperança de obter um provimento jurisdicional favorável é o que motiva o cidadão, independentemente de se concluir que a ação é concreta ou abstrata. Em outras palavras, a ação contempla o pedido de *determinada* decisão. Já, agora, no que toca ao direito processual penal, percebe-se que a ação se dirige à obtenção de *uma* decisão. É a lição de Giovanni Leone:

O conceito de ação civil gira em torno do direito que se faz valer, seja quando se aceita a compenetração dos dois momentos, seja quando se reivindica o máximo de autonomia do momento processual, enquanto o conceito de ação penal, no sistema penal vigente, não apenas pode, mas deve ser descarnado de quaisquer referências ao direito substancial. (...) A ação penal prescinde de uma demanda em conteúdo de mérito e se exaure em um requerimento de decisão. A ação civil é sempre um requerimento de uma *determinada* decisão; a ação penal é apenas requerimento de *uma* decisão.⁸²⁻⁸³

⁸¹ O conceito de pretensão é carneluttiano, desenvolvido no âmbito do modelo teórico centrado na noção de lide, subjetivista, e nele fundado: “Em primeiro lugar, o conflito pode dar lugar a uma atitude de vontade de um dos dois sujeitos materializado na *exigência da subordinação do interesse alheio ao interesse próprio*. Esta exigência é o que se chama *pretensão*.” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v. I. Pádua: Cedam, 1936, p. 40, grifos no original). [Tradução livre de: “*In primo luogo il conflitto può dar luogo a un atteggiamento della volontà di uno dei due soggetti concretato nella esigenza della subordinazione dell’interesse altrui all’interesse proprio. Questa esigenza è ciò che si chiama la pretesa*”].

⁸² LEONE, Giovanni. Azione penale. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1959, v. IV (grifos no original). [Tradução livre de: “*Il concetto di azione civile rotea sempre intorno al diritto fatto valere, sia quando si accetti la compenetrazione dei due momenti sia quando si rivendichi il massimo di autonomia del momento processuale mentre il concetto di azione penale nel sistema penale vigente non solo può, ma deve essere del tutto scarnificato di qualsiasi riferimento al diritto sostanziale. (...) l’azione penale prescinde da una domanda a contenuto di merito e si esaurisce in una richiesta di decisione. L’azione civile è sempre richiesta di una determinata decisione; l’azione penale è soltanto richiesta di una decisione*”].

⁸³ No mesmo sentido, v. DOMINIONI, Oreste. Azione penale. In: *Digesto delle Discipline Penalistiche*. Turim: UTET, 1987, v. I, p. 399, *in verbis*: “No entanto, o poder de ação produz em modo completo os seus efeitos independentemente de tais situações jurídicas substanciais; de fato, ele é validamente exercido ainda que tenha por objeto uma imputação infundada. Em suma, a ação penal como poder de pedir um pronunciamento jurisdicional favorável sobre os *merita causae* é fenômeno estranho ao sistema normativo positivo” [Tradução livre de: “*Orbene il potere di azione produce in modo compiuto i suoi effetti indipendentemente da tale situazione giuridica sostanziale; infatti, esso è validamente esercitato anche se ha per oggetto un’imputazione infondata. Insomma l’azione penale come potere di chiedere una statuizione giurisdizionale favorevole sui merita causae è fenomeno estraneo al sistema normativo positivo*”].

Num panorama como esse, parece inadequado vincular uma pretensão de direito material à ação processual penal. E, assim, percebe-se que a base conceitual da ação processual civil, que está sempre em algum grau vinculada ao direito material (ação concreta ou abstrata), não se presta a bem explicar o fenômeno processual penal. É um fato notório que a doutrina brasileira, inclusive este pesquisador, normalmente se socorreu da teoria liebmaniana da ação – que está numa espécie de meio termo entre a existência e a ausência do direito material que daria suporte à ação – para explicar o fenômeno no direito processual penal. Nada obstante, mesmo naquela teoria, o autor sempre pretende um direito subjetivo material determinado, isto é, requer uma *determinada* decisão, em razão da qual as condições da ação de Liebman são apreciadas.

Ao direito processual penal, eis que carece daquele suporte jurídico-substantivo (pretensão de direito material), resta muito pouco útil qualquer uma daquelas construções teóricas, parecendo desimportante perguntar se a ação processual penal é concreta ou abstrata, ou algo entre aqueles marcos. Propõe-se, todavia, enxergar o problema de outro ponto de vista, diferente da velha relação *jus-actio* que informa a doutrina processual civil.

Conclusão

As páginas que antecedem foram dedicadas à problematização do atual nível de desenvolvimento do conhecimento sobre a ação no direito processual penal. Embora conclusões definitivas não estejam ao alcance, importa afirmar que a compreensão do tema depende de um esforço teórico que respeite as categorias próprias do direito processual penal.

Ainda, note-se que a leitura histórica sobre a ação processual não pode servir para legitimar a adoção de conceitos processuais civis, ao arrepio do desenvolvimento crítico que a teoria do direito processual penal merece; antes, as abordagens históricas devem fornecer elementos para que esse fim seja alcançado.

The criminal legal action as an element of the fundamental trilogy of the criminal procedural law: the urgent need for new approaches – a historical and legal review

Abstract

it's considered that an independent reading of the criminal procedural law theory is a condition of possibility to the proper understanding of the phenomena involving its scientific field. Moreover, the *general theory of the process* is based fundamentally on the concept of *litis* – and/or its derivatives – which is epistemologically useless to the criminal procedural law. The *criminal legal action*, regardless of possible similarities with its equivalent concept in the fields of *civil procedural law*, has to be understood as an element of the *theory of criminal procedural law*, referred to its own affairs and features.

Keywords: Criminal legal action. Criminal procedural law. General theory of the process (criticism).

Referência

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. *Manual elementar de direito civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1930.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v. I. Pádua: CEDAM, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Valparaíso (Chile): Edeval, 1992.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Tomo I. Madri: Editorial Réus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998;

_____. *O papel do novo juiz no processo penal*. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DEGENKOLB, Heinrich. *Einlassungszwang und urteilsnorm*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877.

DOMINIONI, Oreste. Ação penal. In: *Digesto delle Discipline Penalistiche*. Turim: UTET, 1987.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhete. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. *Cuerpo del derecho civil romano*. v. 3. Barcelona: 1897.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. I. 3. ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945.

LEONE, Giovanni. Ação penal. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1959, v. IV.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano Editore, 1962.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO, João. *Direito das ações*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PLÓSZ, Alexander. *Beiträge zur theorie des klagerechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1880.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Vittorio Scialoja. v. 5. Torino: Utet, 1893.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: EJEa, 1962.

_____. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEa, 1977.

WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974.