

CONCEITO DE AÇÃO

ÉRICO R. BERGMANN

Advogado e Promotor de Justiça (Aposentado)

1. Introdução — 2. Enfoque do problema — 3. Os editos dos Magistrados — 4. Da ação: 4.1 O direito subjetivo; 4.2 A pretensão; 4.3 A ação de direito material; 4.4 A ação processual — 5. Teorias da ação: 5.1 Teoria civilista da ação; 5.2 Teoria do direito concreto da ação; 5.3 Teoria do direito abstrato da ação; 5.4 Teoria eclética — 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

De um modo geral o conceito de ação traz à idéia as pessoas, com os seus bens, os seus interesses, os seus direitos, e o Estado na sua função jurisdicional.

Trata-se de matéria ampla e polêmica, constituindo a teoria da ação, na concepção dos processualistas, um dos mais tormentosos capítulos da doutrina jurídica.

À guisa de uma visualização do conceito de ação, mister se faz, inicialmente, trazer à colação a conceituação em consonância de ilustres autores, especialistas em direito processual.

O proeminente mestre Ovídio A. Baptista da Silva¹ ensina: “O conceito de ‘ação’ processual assenta-se na premissa de existir, como um *prius* lógico, um direito público subjetivo que lhe precede, por meio do qual o Estado reconhece e outorga a seus jurisdicionados o poder de invocar proteção jurisdicional. (...)”

Uma coisa será o direito subjetivo processual por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da ‘ação’ processual. Outra não o poder mas o exercício efetivo desse direito, por meio da ‘ação’.”

O nominado autor, na mesma obra, reproduz a definição clássica de von Thur² de direito subjetivo como: “a faculdade reconhecida à pessoa

1. Ovídio A. Baptista Silva, *Curso de Processo Civil*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987, Porto Alegre, p. 61.

2. *Apud*, p. 59.

pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine.”

Da lição de Alcides de Mendonça Lima³ se extrai o seguinte conceito: “Ação (Liv. I, Tít. I, Cap. II — É o direito público subjetivo que qualquer pessoa (física ou jurídica) tem para formular sua pretensão ao Poder Judiciário, por via do órgão competente, deduzida pela forma regular prescrita em lei, com o fim de obter uma sentença de mérito, resolvendo um conflito de interesses. Para o exercício desse direito, o interessado deve satisfazer os pressupostos processuais e as condições da ação.”

Para o autor Moacyr Amaral Santos⁴ o conceito é: “A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.”

O mestre Guilherme Estellita,⁵ para demonstrar o conflito de opiniões, transcreve a afirmação do grande Mortara: “. . . É quase impossível encontrar dois juristas perfeitamente acordes nas idéias fundamentais sobre a ação civil e na linguagem empregada para expressá-las, tal a dificuldade de investigação e mais ainda de estabelecer os seus pressupostos, que se prendendo aos conceitos gerais da ciência jurídica e social, estão por isso sujeitos a mil discussões e análises críticas segundo as várias tendências de escolas e tradições.”

Logo a seguir, o mesmo autor ensina:⁶ “Em conclusão: mantendo ao direito de ação, considerado subjetivamente, a sua inteligência clássica, consagrada em nossas leis e na nossa doutrina, reputamos existente o poder de demandar, assim o definindo: o cabível a qualquer pessoa, de pedir ao Estado, que declare a existência de uma situação abstratamente assegurada pela ordem jurídica, afim de que receba o mesmo, se ocorrente, garantia concreta.”

Na doutrina internacional, o professor Salvatore Satta,⁷ da Universidade de Roma, faz as seguintes considerações sobre o conceito de ação: “72. Conceito de ação — O Código fala de “exercício da ação”, não “da

3. Alcides de Mendonça Lima, *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*, Ed. RT, 1986, São Paulo.

4. *Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, 6.ª ed., 1.º v., 1978, p. 136.

5. Guilherme Estellita, *Direito de Ação, Direito de Demandar*, Parte II, Rio de Janeiro, Jacintho, 1942, p. 100.

6. Guilherme Estellita, ob. cit., p. 120.

7. Salvatore Satta, *Direito Processual Civil*, trad. e notas de Luiz Autuori, Editor Borsoi, Rio, 7.ª ed., Pádua, p. 158.

ação”. E, realmente, porque o conceito de ação, como aquele de jurisdição, que lhe é correlato, é pressuposto do legislador do processo. Está implicitamente contido no art. 2.907 do CC, ao expressar que “à tutela jurisdicional dos direitos acode a autoridade judiciária acerca da demanda de parte”; situa-se como uma revelação do direito que alega a seu prol, mais exatamente para considerar o próprio direito ao concretizar-se em ação. A regra do art. 2.907 se pode vantajosamente comparar a do art. 99 (quem pretende um direito deve propor ação no juízo competente), em que a demanda é considerada sob o ângulo do exercício da ação, vale dizer, como ato introduzido e constitutivo do processo (v. infra, n. 78), enquanto o art. 2.907 nada é senão a tradução, em termos modernos, na definição anterior romana *jus persequendi iudicio quod sibi debetur*”.

No Direito Romano Celso assim definiu a ação:⁸ “A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido (*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicium persequendi*)”.

Enrico Tullio Liebman que estabeleceu o perfil do Código de Processo Civil ensina:⁹ “... a ação é um direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo o cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide.”

Numa pequena incursão ao direito comparado é oportuno trazer à colação um dos mais notáveis especialistas em Direito Canônico contemporâneo, monsenhor Juan José Garcia Faílde¹⁰ que em sua obra publicada em 1992 apresenta o seguinte ensinamento:

“A) La “accion” procesal: a) Qué es? aa) En sentido objetivo e “in actu primo” es el “medio” que la ley pone a disposición de una persona física o moral para que pueda hacer valer por la vía procesal frente a quienes se lo nieguen o se lo pongan en peligro un derecho supuestamente suyo bb) En sentido objetivo e “in actu secundo es el empleo efectivo de ese “medio”... cc) Em sentido subjetivo es la facultad que, como consecuencia de haberlo puesto a su disposición la ley, tiene la persona de hacer uso de ese “medio”... tal cual la definió Justiniano tomándolo de Celso: “jus petendi in iudicio quod sibi debetur””.

2. ENFOQUE DO PROBLEMA

Dos conceitos acima enunciados, além de revelarem a complexidade do tema, deflui que a posição dos autores não é unissonante e harmônica.

8. *Apud* Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 76.

9. *Apud* Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 82.

10. Juan José Garcia Faílde, “Nuevo Derecho Procesal Canónico”, *Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca*, 2.ª ed., 1992, Salamanca, Espanha, p. 25.

Mister se faz, pois, estabelecer os enfoques nucleares que não prescindem de uma definição clara, para, a final, obter uma conceituação globalizada da 'ação' processual.

Neste sentido, é necessário demonstrar a autonomia do Direito Processual, como disciplina independente, relativamente ao Direito Material.

Esta autonomia da relação processual está ligada ao conceito de 'ação' processual.¹¹

A exata compreensão do conceito da 'ação' processual imprescinde do exame de outros conceitos, como de direito subjetivo, pretensão e ação de direito material.

Releva notar, ainda, que o presente trabalho, em breve incursão, analisará uma das fontes do direito romano que são os editos dos magistrados e, finalmente, as teorias que tentaram estabelecer o conceito de 'ação' processual.

3. OS EDITOS DOS MAGISTRADOS

Na época da república de Roma, de 510a.C. até 27a.C., os magistrados — pretores —, tinham a faculdade de promulgar editos (*jus edicende, jurisdictio*, somado ao poder de *imperium*), pelos quais não julgavam, mas diziam o direito e organizavam os processos.

Pelos editos (também denominados *jus honorarium* ou *praetorium*), os pretores corrigiam, supriam ou afastavam a aplicação do *jus civile* (na república o *jus civile* era integrado pelos costumes e leis), quando lhes parecia iníquo.

Mais tarde (com a lei *Aebutia*), o poder do pretor foi ampliado, pois tinha o direito de denegar, quando lhe parecesse justo, ações que tutelavam direitos decorrentes do *jus civile*, bem como, o direito de criar ações para proteger situações, não previstas no *jus civile*, que lhe parecesse dignas de tutela.

Portanto, com os editos nasciam verdadeiros direitos, com eficácia jurídica, em contraposição ao *jus civile*.²

Aos pretores, no direito romano, era vedado atribuir direito a alguém, porém, concediam ou negavam ações (o que, na prática, equivalia à criação de direitos).

Em virtude disso o autor Ferrini¹³ denominou os editos de um sistema de ações e não um sistema de direitos.

Desta breve notícia sobre os editos deflui o acerto do brocardo latino *ubi societas, ibi jus* e não, como entendem alguns autores, *ubi jus, ibi*

11. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 59.

12. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, Ed. Forense, 5.ª ed., I/27, 1983.

13. *Apud* José Carlos Moreira Alves, ob. cit., p. 27. (Ferrini, in *Storia delle Fonti del Diritto Romano*).

societas, isto é, de que os romanos admitissem como pressuposto do agrupamento humano a existência da justiça que é o apanágio do direito.

4. DA AÇÃO

O peso da tradição milenar e dos estilos forenses, como as expressões “ação ordinária”, “ação sumaríssima”, “ação executiva”, “ação especial”, “carência da ação”, “ação improcedente”, consagraram a palavra ‘ação’ sem a verdadeira acepção técnica.

No segundo tópico — enfoque do problema —, afirmou-se que o conceito da ‘ação’ processual imprescinde de outros conceitos denominados de “categorias conexas com o conceito de ‘ação’ processual” pelo Prof. Ovídio A. Baptista da Silva¹⁴ que passarão a ser analisadas separadamente.

4.1 O direito subjetivo

Andreas von Tuhr define o direito subjetivo como a faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine.¹⁵

O elemento central para a determinação do conceito é a *facultas agendi*, a faculdade, o poder da vontade do titular, conferido pela ordem jurídica.

Esta faculdade de exercer o poder ou de não exercê-lo, imanente ao direito subjetivo, imprescinde do primado da lei ou, somente passa a existir a partir do momento da positivação do direito.

Releva notar que somente o titular pode tornar factível, em juízo, o direito subjetivo, tirante raros casos de representação legal de incapazes.

A conclusão inarredável destas breves observações é de que o direito subjetivo existe independentemente de qualquer atividade (ação) por parte do titular.

E se não há atividade ou ação no direito subjetivo, este só pode existir em situação estática (estado, *status*).

A ‘ação’ processual é dinâmica.

O direito subjetivo é estático.

O direito subjetivo é uma categoria jurídica que preexiste à ‘ação’ processual.

Assim, o proprietário de um imóvel é titular do direito subjetivo imanente e estático de seu domínio.

14. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 59.

15. *Apud* Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 59.

Portanto, a ação e o direito subjetivo são inconciliáveis conceitualmente porque a primeira só existe em situação dinâmica ao passo que o direito subjetivo é estático.

Não há, portanto, como estabelecer confusão, tão freqüente nos meios forenses, entre 'ação' e direito subjetivo público.

Antes de se incursionar no estudo específico da 'ação' processual, mister se faz prosseguir no campo do direito material, através de uma breve análise da pretensão.

4.2 A pretensão

Partindo do pressuposto de que o conceito do direito subjetivo é um estado jurídico de que goza o seu titular, cumpre assinalar duas posições básicas que o sujeito do direito pode assumir em relação ao titular da obrigação:

1.^a posição — estado de latência — ainda não existe ou já não mais existe a faculdade do titular do direito subjetivo para exigir a realização do direito.

Ex.: o titular de um crédito vincendo ou já prescrito.

2.^a posição — a pretensão — surge no momento em que o estado latente do direito subjetivo, da 1.^a posição, adquire uma força nova, com potencialidade, que é a faculdade de se poder exigir a satisfação do direito ao sujeito passivo.

Ex.: com o vencimento do título de crédito o titular do direito subjetivo passa a ser dotado de pretensão de direito material.

O estudo até aqui continua no campo do direito material. Por isso, é errôneo falar em "direitos im procedentes" ou "pretensões im procedentes".

O direito é ou não é, existe ou não existe, tal como a faculdade de exigir sua satisfação que igualmente existe ou não existe, consoante o ensinamento do Prof. Ovídio A. Baptista da Silva.¹⁶

Quando o titular da pretensão ultrapassa o *status* do direito subjetivo e da pretensão do direito material para penetrar no exercício da faculdade de exigir, não estará mais no plano estático, mas estará no limiar do momento dinâmico.

Exigir o cumprimento da obrigação do titular do dever jurídico im prescinde uma conduta voluntária do obrigado.

No momento em que o titular do direito exige que o obrigado cumpra a obrigação, ocorre o exercício da pretensão, de regra realizada extrajudicialmente, v.g., através do envio de carta pedindo o cumprimento. (Há, entretanto, pretensões que não dispensam a ação judicial, v.g., o divórcio.)

16. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 62.

Releva notar que a obrigação se satisfaz com a exigência do titular da pretensão mais a adesão voluntária do obrigado.

E se o titular do dever jurídico não atender voluntariamente a exigência?

Quando a exigência do titular da pretensão não é atendida voluntariamente pelo obrigado resta ao pretendente agir para a consecução ou realização de seu direito.

Com base nesta conclusão fica evidente a distinção entre o exigir e o agir. Pontes de Miranda¹⁷ esclarece que “quem exige ainda não age”.

Com o agir do titular da pretensão surge uma nova categoria denominada de ação de direito material.

4.3 A ação de direito material

A ação de direito material é “o agir do titular do direito para sua realização, independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado. Se todavia, o titular da pretensão exige do obrigado a satisfação e tal exigência torna-se infrutífera, porque o sujeito passivo viola o dever jurídico e o infringe, nasce ao titular da pretensão a ação de direito material que é o agir — não mais o simples exigir —, por meio do qual o titular do direito realizá-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado”.¹⁸

No momento em que o obrigado, premido pela exigência do titular da pretensão, não cumpre a obrigação, nasce para este a ação de direito material, prescindindo do ato voluntário daquele.

A ação de direito material é uma faculdade, imanente a todo o direito, que o titular tem para realizá-lo.

O art. 75 do CC estabelece: “A todo o direito corresponde uma ação que o assegura.”

Sublinhe-se, por importante, os momentos distintos em que surgem a pretensão e a ação nos direitos reais.

O titular do direito real já tem a pretensão, independente de qualquer violação.

No instante em que o direito real for violado nasce a ação de direito material e ao titular nada mais resta do que “agir para a sua realização”, consoante o magistério de Pontes de Miranda.¹⁹

Entretanto, pelos sistemas jurídicos modernos, é vedado o exercício da ação pelo titular da pretensão para realizar o direito pelas próprias mãos.

17. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, I, § 6.º.

18. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 63.

19. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, I, § 7.3.

A autotutela privada é proibida. Em consequência, surge a 'ação' processual.

4.4 A ação processual

Com a vedação da autotutela privada, o titular do direito deve invocar a tutela jurídica estatal, para que o órgão encarregado da prestação jurisdicional torne efetivo ou realize o direito resistido pelo obrigado.

A jurisdição é inerente ao Estado moderno.

O Estado, como comunidade juridicamente organizada, ao estabelecer o monopólio da jurisdição, *ipso facto* proíbe a autotutela privada, isto é, veda a realização do direito pelos próprios meios.

O mínimo de controle social que se exige do Estado é manter o monopólio da jurisdição.

Neste sentido a atividade jurisdicional é pressuposto da existência do Estado.

O mestre Ovídio A. Baptista da Silva²⁰ ensina que "O conceito de 'ação' processual assenta-se na premissa de existir, como um *prius* lógico, um direito público subjetivo que lhe precede, por meio do qual o Estado reconhece e outorga a seus jurisdicionados o poder de invocar proteção jurisdicional".

Uma coisa será o direito subjetivo processual por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da 'ação' processual. Outra não o poder mas o exercício efetivo desse direito, por meio da 'ação'."

O mesmo autor,²¹ mais adiante, elucida que o direito é um estado, ao passo que a ação é exercício de um direito preexistente: "O agir — quer encarado no plano do direito material, quer considerado em relação ao processo — há de pressupor, necessariamente, a anterioridade do próprio direito, não podendo com ele confundir-se. A ação será, em qualquer caso, o exercício de um direito preexistente, ou simplesmente deixará de ser ação legítima, fundada em direito. Tenho 'ação' processual porque, antes, hei de ter direito subjetivo público para exigir que o Estado me preste a tutela capaz de tornar efetivo meu direito, cuja realização privada o próprio Estado tornou impossível."

O Estado, ao impedir o agir privado, oferece um sucedâneo jurisdicional para realizar, através do juiz, a mesma atividade (ação) que o titular do direito poderia ter realizado como particular.

Entretanto, no plano processual, o interessado não pode limitar-se à exigência formulada e endereçada ao juiz. Tal provocação seria o simples exercício da pretensão.

20. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 61.

21. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 69.

Na relação processual o demandante não só exige mas, juntamente com o juiz, deve agir para a obtenção da tutela jurisdicional, que culminará com a realização do direito.

No exercício da 'ação' o demandante, além de agir, também exige que o Estado aja, prestando a tutela jurídica.

Releva sublinhar, mais uma vez, que há duas formas de agir pelo postulante, isto é, há duas espécies de ação.

Uma é desenvolvida no plano do direito material e corresponde ao agir contra o obrigado, para a realização do direito, independente da colaboração deste.

Outra, endereçada ao Estado, para que este exerça a atividade jurisdicional a que se obrigou ao estabelecer o monopólio da jurisdição e preste a respectiva tutela mediante a resposta adequada ao pedido.

No direito material, com a sentença procedente, o Estado solidariza-se com o titular do direito, substituindo a originária atividade privada de realização do direito por uma forma de atividade estatal correspondente.

Por isso, o juiz deve realizar duas atividades quando o autor formula a demanda: a) incondicionada — necessariamente produzida em decorrência do exercício da 'ação' processual (prestação da atividade jurisdicional); b) condicionada — êxito da demanda — isto é, a tutela jurisdicional que o Estado presta, a final, realizando o direito do demandante vitorioso (ação de direito material).

Está equivocada, pois, a posição de Alessandro Pekelis²² ao tentar explicar que a ação de direito material teria desaparecido ou teria sido substituída pela 'ação' processual.

O Estado não apenas "certifica" a existência do direito ou "pronuncia" a sentença, mas realiza a atividade proibida ao particular, o que vale dizer que a ação de direito material é exercida pelos órgãos estatais.

Contudo, antes de realizar o direito material, o Estado deve indagar, averiguar a existência ou não da real titularidade do direito afirmado através da 'ação' processual.

Tanto é que, no plano processual, todos têm 'ação', até os que não têm pretensão e nem ação.

Por outro lado pode ocorrer 'ação' processual, isto é, o exercício (processualizado) da pretensão sem a ação com o objetivo de que o Estado realize (através da ação do direito material), o direito.

O exemplo clássico desta hipótese é a interpelação judicial.

Aquele que interpela apenas exige, mas não age.

Tal situação configura a 'ação' sem ação, isto é, a 'ação' processual, como pedido de tutela jurisdicional, sem ação.

A ação, *in casu*, ainda será atividade do obrigado, como prestação voluntária.

22. Alessandro Pekelis, *Azzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. II/34, Torino, UTET, 1964.

Finalmente, como término deste tópico, à guisa de sublinhar a diferença entre a ação de direito material e a 'ação' processual, mister se faz distinguir os elementos das duas relações jurídicas do processo.

No plano da ação de direito material, por consabido, os elementos são: os sujeitos (v.g., credor e devedor), a causa (consenso), e objeto (o bem).

No plano da 'ação' processual os elementos têm autonomia quanto à relação substancial, e podem ser definidos como: a) sujeitos, da relação jurídica processual: autor, juiz e réu; b) objeto, da relação jurídica processual: é a prestação jurisdicional da tutela; e c) causa da relação jurídica processual: é o pressuposto da vedação da autotutela.

5. TEORIAS DA AÇÃO

A partir do estudo acima, das denominadas "categorias conexas", se torna possível uma breve análise das teorias que, no decorrer da evolução do Direito Processual Civil tentaram conceituar a 'ação' processual.

5.1 Teoria civilista (ou clássica) da ação

Esta teoria partiu da definição romana de Celso, já declinada, de que "a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido", confundindo, portanto, o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal (atividade jurisdicional) e a ação de direito material.

Ficou sem explicação o fenômeno da ação improcedente.

Os maiores defensores da teoria civilista foram Savigny, Garsonnet, Clóvis Beviláqua e outros.

5.2 Teoria do "direito concreto da ação"

O precursor desta teoria foi o jurista alemão Adolf Wach (cerca de 1880), demonstrando que o agir em juízo poderia ter como finalidade não a defesa, ou a perseguição daquilo que nos é devido, mas simplesmente o exercício de uma pretensão de tutela para que o juiz declarasse a inexistência de uma relação jurídica, o que corresponderia, em verdade, a usar-se o processo para declarar que nada nos é devido, ou que nada era devido pelo autor — ação declaratória negativa.²³

Alguns anos antes, outro pesquisador alemão Oskar von Büllow, apontou para a necessidade de estudar, como objeto central do direito processual, a relação de direito público que se estabelecia entre o demandante e o Estado a quem aquele invoca a prestação jurisdicional.

Wach e Büllow são, pois, as pilastras precursoras da disciplina científica e autônoma do Direito Processual Civil.

23. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 77.

Chiovenda, em 1903, aderiu à teoria do “direito concreto de ação”, demonstrando que a ‘ação’ processual é um direito especial de natureza potestativa ou chamado de “direito formativo”, segundo o qual o obrigado não satisfaz a obrigação mas submete-se à vontade do titular do direito, v.g., no direito de preferência o titular torna-o efetivo pelo exercício da preferência.

In casu, a ‘ação’ processual realiza a condição necessária para a atuação da vontade da lei no caso concreto.²⁴

5.3 Teoria do “direito abstrato da ação”

Segundo esta teoria, a ‘ação’ processual é um direito público subjetivo conferido a todos, independente de indagar se o autor tem ou não tem razão.

Pela ‘ação’ processual todos têm o mesmo direito subjetivo público para impor ao Estado o cumprimento da obrigação de prestar jurisdição, inclusive os desprovidos de ação de direito material.

Esta teoria foi preconizada por Degenkolp e Plósz, no final do séc. XIX.

Muitos juristas, inclusive contemporâneos, inadmitem a teoria do “direito abstrato da ação”, pela confusão que estabelecem entre “direito de ação” com “direito de petição” ou “direito de acesso aos tribunais”.

5.4 Teoria eclética

O jurista Enrico Tullio Liebman, em 1949, através da definição de uma ‘ação’, projetou a “teoria eclética”.

Consoante o exposto na introdução do presente trabalho, Liebman conceituou a ‘ação’ “como um direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo o cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide.”

O jurista em comento admite que o “direito de ação” é “abstrato”, isto é, outorgado para a demanda infundada como para o litigante com razão, porém exige um *plus* que são as “condições” prévias necessária para a apreciação do mérito da causa.

Segundo a “teoria eclética”, o “direito processual de ação”, embora abstrato, é condicionado a determinados pressupostos, denominados de “condições da ação”.

O nosso CPC acolheu a “teoria eclética” que continua em vigor a teor do art. 267, inc. VI: “Art. 267. Extingue-se o processo, sem o julgamento de mérito: (...) VI — quando não concorrer qualquer das con-

24. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 79.

dições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

Liebman, na 3.^a ed., em 1973, excluiu a “possibilidade jurídica do pedido” como uma das condições da ação.

A teor do código vigente, o juiz, após o exame dos denominados pressupostos processuais, imprescindíveis à regularidade formal da relação processual, v.g., capacidade processual das partes e sua correta representação na causa, deverá, antes de decidir o *meritum causae*, apreciar as chamadas condições da ação.

Segundo a “teoria eclética”, estas condições da ação são anteriores e estão fora do mérito da causa.

O equívoco da teoria do “direito concreto de ação” e da “teoria eclética” é confundir ação e direito subjetivo.

É consabido que o “direito subjetivo de acesso aos tribunais” ainda não é ação mas é mero estado de que tem direito subjetivo.

Este direito subjetivo pode estar previsto no direito privado (art. 75 do CC), na Carta Magna, como em qualquer outra norma jurídica.

Entretanto “a ação, tanto no campo do direito material, quanto no domínio do processo, haverá, por definição, de ser um agir conforme o direito”.²⁵

A “teoria eclética” conceitua o “direito de ação” como autônomo e abstrato.

Contudo, consoante a mesma teoria, o “direito de ação”, inobstante abstrato e autônomo, exige certas condições conexas com uma pretensão de direito material.

Neste sentido, José Frederico Marques²⁶ ensina: “O direito de agir, embora autônomo e abstrato, será conexo, instrumentalmente, a uma pretensão, pelo que se liga a uma situação concreta sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional invocada. Por este motivo, o *jus actionis* se subordina a condições que se relacionam com a pretensão a ser julgada.”

Conforme a “teoria eclética”, as condições da ação estão fora do mérito da causa e a decisão do juiz que constatar a ausência de uma das condições sequer deve ser considerado um ato jurisdicional.

Porém, em consonância com o moderno Direito Processual Civil, desvinculado do direito privado, o juiz, ao declarar inexistente uma das “condições da ação” está proferindo sentença de mérito, pois o julgador, ao decidir sobre a pretensão posta em causa pelo demandante, declara que o agir deste autor contra o réu — não contra o Estado — é improcedente.

É interessante observar os seguintes exemplos que, com clareza solar, demonstram a existência de mérito nas condições da ação:

O autor A ingressa com a ação de usucapião alegando a posse do imóvel por quatro anos.

25. Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit., p. 84.

26. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, 1974, p. 28.

O juiz fulmina o pedido, por carência de ação, à vista da falta da condição da ação denominada de possibilidade jurídica.

Segundo a “teoria eclética”, *in casu*, ino correu ação, jurisdição e julgamento de mérito.

O autor B propõe ação de usucapião alegando a posse vintenária do imóvel.

Após a instrução restou provado que a posse era de apenas quatro anos.

Neste caso houve ação, jurisdição e julgamento de mérito.

Qual a distinção dos dois fatos?

Pela “teoria eclética”, com base numa ficção hipotética, o segundo requerente foi premiado porque mentiu!

O Professor J. J. Calmon de Passos²⁷ ensina: “A possibilidade jurídica não é condição da ação. O que se afirma com esse nome outra coisa não é que a improcedência *prima facie*, que deriva dos próprios termos em que o autor põe sua pretensão. E a decisão que a aprecia é de mérito e apelável.”

6. CONCLUSÃO

Pelo breve estudo conclui-se pela necessidade de uma distinção clara das duas formas de agir e, por conseguinte, das duas espécies de ação.

Uma se desenvolve no plano do direito material e corresponde ao agir contra o obrigado para a realização do direito, independentemente da colaboração deste (obrigado). A outra é dirigida contra o Estado para que exerça a atividade jurisdicional a que se obrigou quando proibiu a autotutela privada.

É inquestionável que a controvérsia sobre o conceito de ‘ação’ processual teve influência decisiva para o surgimento do Direito Processual Civil, como ramo do direito especial, autônomo e destacado do direito privado.

Contudo, o conceito de ação apresentado pelo renomado mestre internacional Fasfde, transcrito na introdução, demonstra que o Direito Canônico tem sua definição ainda ligada ao conceito de Celso no Direito Romano.

Ademais, o CPC pátrio, ao adotar a “teoria eclética” de Liebmann, confunde o direito à sentença de mérito — uma categoria de estado de quem tem direito —, com a ação que corresponde ao seu exercício.

Conclui-se, pois, que o estudo do “conceito de ação” está longe de seu apanágio na constelação da Ciência do Direito.

27. J. J. Calmon de Passos, “Em torno das condições da ação — A possibilidade jurídica”, in *Revista de Direito Processual*, IV/66, S. Paulo, Saraiva, 1966.