

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

EM DEFESA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL
Uma análise teórico-pragmática sobre o instituto da ação de direito material à
luz do Novo Código de Processo Civil

Orientando: Maurício Schibuola de Carvalho

Orientador: Prof. Alexandre Freire Pimentel

Recife, 2016

Maurício Schibuola de Carvalho

EM DEFESA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Uma análise teórico-pragmática sobre o instituto da ação de direito material à luz do Novo Código de Processo Civil

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE.
Área de Conhecimento: Direito Processual Civil.

Recife, 2016

EM DEFESA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL
Uma análise teórico-pragmática sobre o instituto da ação de direito material à luz do
Novo Código de Processo Civil

DEFESA PÚBLICA em Recife, __de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Alexandre Freire Pimentel

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Recife, 2016

AGRADECIMENTOS

O presente agradecimento não será apenas referente à monografia, mas sim a todo o caminho percorrido desde o início da faculdade até aqui.

Antes de todos, devo agradecer a Deus ou a qualquer outra força superior que me possibilitou estar onde estou hoje.

Seguidamente, à minha família, em especial, meu pai, mãe, madrasta, padrasto e avós. Sei que não foi fácil me proporcionar uma educação de qualidade e das dificuldades enfrentadas para isso. Sem vocês, não estaria agora prestes a me formar na Faculdade de Direito do Recife, nem teria o bom caráter que acredito ter para as minhas atividades profissionais futuras.

Ainda, é dever reconhecer a ajuda dos professores e amigos docentes - tanto do quadro da FDR, quanto de fora. Cito, inicialmente, aqueles que construíram este estudo comigo: o orientador Alexandre Pimentel e Lucas Buriel, cujos auxílios foram extremamente fundamentais. Além deles, merecem referência os estimados professores Nilcéa Maggi e Francisco Barros, os quais, mesmo sem terem ciência, são grandes responsáveis pela minha escolha em seguir a carreira da docência.

Agradeço também aos meus companheiros de faculdade, cuja contribuição para a minha formação acadêmica e pessoal é inestimável, fazendo os 5 anos de curso serem os melhores de minha vida. Refiro-me, em específico, sem esquecer dos demais, aos integrantes da Sociedade Esportiva Anistia Geral, da Manolos, da Atlético 1827 e do Grupo de Estudos de Processo Civil.

Por fim, e não menos importante, expresso minha gratidão aos que fizeram parte do início de minha trajetória profissional: CNP Advogados; Erick Macedo Advocacia; Leite & Emerenciano Advogados; 2ª Turma do TRF da 5ª Região, Gabinete do Desembargador Emérito Francisco Cavalcanti e do Desembargador Roberto Machado; e colegas da Procuradoria Regional da 5ª Região - Gabinete do Procurador Francisco Chaves.

Muito obrigado a todos!

RESUMO

O estudo sobre o conceito de ação se estende há mais de séculos, sendo o conceito originário da *actio* dos romanos. A doutrina posterior, por volta do século XIX, na tentativa de interpretá-lo e dar autonomia ao direito processual, deu significado diferente do utilizado na Roma Antiga. Para ser firmada denominação correta à ação, tem-se de conhecer previamente institutos do Direito Material, dentre os quais o direito subjetivo e a pretensão, tratados da melhor forma por Pontes de Miranda. Várias são as denominações atribuídas à palavra “ação”, tal qual ação de direito material, instrumento processual e direito de ir a juízo, ocasionando confusões na doutrina. No ordenamento jurídico brasileiro, com a proibição à autotutela, a maioria dos juristas afirmou o fim da ação de direito material, ficando ela condicionada ao ingresso em juízo, porém outros se mantiveram firmes na defesa da independência da ação de direito material em relação ao processo. No presente trabalho, defende-se a coexistência da ação de direito material junto com a tutela jurisdicional, consistindo em institutos independentes. Por fim, aborda-se as novidades referentes à ação no Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil – Direito Civil – Ação de Direito Material – Vedação à autotutela – Ação Processual – Tutela Jurisdicional – Novo Código de Processo Civil – Condições da ação.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	6
INTRODUÇÃO	7
1.1. DADOS HISTÓRICOS E NOÇÕES FUNDAMENTAIS PARA O CONCEITO DE AÇÃO	9
1.1. Breve relato histórico acerca da origem e da evolução do instituto.....	9
1.2. A retórica da declinação da ação material como uma estratégia de legitimação da ciência processual	13
1.3. Conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação (de direito material).....	14
1.4. A ação material, “ação” de direito processual e os remédios jurídicos processuais	17
2. POR QUE NÃO AÇÃO MATERIAL?	19
2.1. A proposta - exposição às críticas à ação material.....	19
2.1.1. Da visualização da ação exclusivamente como a pretensão à tutela jurisdicional – A doutrina do “direito de ação”	19
2.1.2. Transferência da ação material para a tutela por Marinoni.....	24
2.2. A análise das críticas à ação material.....	26
2.2.1. Autonomia da ação material em face da tutela jurisdicional.....	26
2.2.2. Análise crítica da Teoria da Tutela dos Direitos de Marinoni.....	33
3. A AÇÃO MATERIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	34
3.1. Arremate – a justificativa científica.....	34
3.2. A supressão das condições da ação como categoria.....	38
3.3. O uso do termo ação em seu sentido material no novo Código de Processo Civil.....	40
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Há cerca de dois séculos é assunto recorrente na doutrina o estudo da teoria da ação, que já foi objeto de relevantes escritos, importando para essa monografia os participantes da antiga e sempre atual polêmica sobre a ação de direito material. Até este marco temporal, a *actio* era estudada sem contraposição relevante, mas o tema viria a ganhar um papel fundamental na afirmação da própria ciência processual.

O interesse pelo estudo sobre a ação começou a partir da publicação do livro “*A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*” por Bernhard Windscheid, em 1856, ensejando o célebre debate com Theodor Müther. Ambos os juristas germânicos escreveram textos que marcaram a história da ciência processual, que tiveram como protagonista justamente o conceito romano de *actio*, mais precisamente a definição do jurista Celso, reproduzida por Ulpiano, e a sua transição para o direito pandectista, conforme será melhor explorado adiante, no primeiro capítulo.

Muito embora o debate sobre a ação tenha sido travado no passado remoto, isso não significa que sua relevância seja apenas histórica. De fato, com a afirmação da ação de direito processual, ou simplesmente direito de ação, e a sedimentação da autonomia da ciência processual, poucos foram as polêmicas diretas acerca da problemática. No Brasil, no entanto, houve recente debate, consolidado na coletânea “*Polêmica em torno da ação*”, da qual participaram relevantes nomes do processo civil brasileiro e vivificaram o problema.

Com a chegada do novo Código de Processo Civil, os temas clássicos de processo acabam sendo negligenciados, em favorecimento às novidades técnicas, que naturalmente necessitam de maior atenção da doutrina. Todavia, isso não afasta a necessidade de textos que contextualizem os temas clássicos da Teoria Geral do Processo ao novo texto normativo. Neste passo, é papel da ciência processual analisar como a noção de *ação de direito material* foi impactada pelo Código de 2015, se é que o foi, e se o tema ainda revela alguma importância na nova legislação.

A pretensão deste trabalho, portanto, não é pragmática, ou melhor, o plano da experiência apenas será tangenciado acidentalmente, eis que a preocupação principal é *teórico-dogmática*, típico da ciência processual analítica. Por certo, apesar disso, os desdobramentos práticos do problema científico analisado serão avaliados.

Objetiva-se, assim, a demonstração da importância do conceito de ação de direito material e da sua convivência ao lado da pretensão de direito processual, sem excluir quaisquer dos conceitos, pugnando-se, portanto, por uma convivência harmônica.

Tendo em vista a desnecessidade de utilização de metodologia empírica de pesquisa, fez-se uso, para o desenvolvimento da presente monografia, do método bibliográfico-dedutivo, através do qual se realizou investigação bibliográfica de autores de diversas perspectivas diferentes acerca da teoria da ação.

Pois bem. Para desenvolver adequadamente os propósitos desta pesquisa, o texto está dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo trata das noções fundamentais que levam à compreensão adequada do conceito de *ação material*, muitas vezes rechaçado com base em premissas conceituais inadequadas. O segundo capítulo é dividido em: parte expositiva, que se volta para demonstrar quais os problemas que são apontados pelos opositores da ação material; depois tentativa de responder às críticas expostas no capítulo anterior. Finalmente, o terceiro capítulo demonstra o uso da ideia de ação material no novo Código de Processo Civil.

1. DADOS HISTÓRICOS E NOÇÕES FUNDAMENTAIS PARA O CONCEITO DE AÇÃO

1.1. Breve relato histórico acerca da origem e da evolução do instituto

Para se compreender as origens do conceito de ação, é essencial saber um pouco do procedimento dos sistemas romanos, cada um referente a uma fase da história de Roma: monarquia, república e império¹. Como sintetiza Carreira Alvim, os dois primeiros procedimentos: o do sistema da *legis actiones* (ações da lei, da monarquia) e o da *per formulas* (formulário, da república) apresentavam duas fases: *in iure*, perante o magistrado, para escolher a fórmula², e que terminava com a *litiscontestatio*; e *in iudicio*, perante o juiz privado romano ou árbitro, que terminava com a sentença³⁻⁴. Posteriormente, no sistema da *cognitio extra ordinem*, as duas fases foram unificadas em uma só instância e as partes litigavam diretamente perante o magistrado (*iudex*), o qual deveria proclamar a sentença⁵. Neste último período, foi quando adveio a célebre conceituação de Celso, posteriormente reproduzida por Ulpiano, que foi o conceito de ação adotado por muitos anos: *actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quos sibi debeat*, ou seja, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido⁶.

1 “Para falar verdade, a Roma dos primeiros reis e dos primeiros tempos da república, não se vive o regime da vingança privada. O litigante, se persegue ele próprio e pela sua força pessoal o objecto da sua reclamação, se age pessoalmente, deve pelo menos submeter-se a certas regras. O Estado obriga-o a fazer controlar a regularidade da sua acção; são estabelecidos magistrados, a fim de presidirem à boa ordem da justiça; são, no período real, o rei, que secunda, duma maneira difícil de precisar, o colégio dos altos dignitários; depois os cônsules; enfim, a partir do ano 367 antes da nossa era, o pretor. O pretor, doravante, recebe no tribunal os cidadãos prontos a fazer-se-lhes justiça; escuta as suas pretensões, autoriza-os, ou não, a prosseguirem a acção; impõe-lhes ordinariamente cessar com toda a violência antes de ter feito verificar a exactidão das suas afirmações por um árbitro, que em Roma usa o nome juiz”. (VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Ed. Rés-Editora: Porto, 1991. P. 40.)

2 “Para designar a fórmula, as fontes utilizam também o vocábulo *iudicium* (senso estático). *Iudicium*, no entanto, possui significado mais amplo, ora indicando o ato de concessão da própria fórmula, outras vezes todo o procedimento (senso dinâmico), ou, ainda, o julgamento proferido pelo *iudex*”. (TUCCI, J. R. C.; AZEVEDO, L. C. *Lições de história do processo civil romano*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 74)

3 JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral*. Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000. P. 286.

4 “Se o demandado se opusesse, não reconhecendo a pretensão do demandante (através duma *confessio in iure*) nem pactuando uma transação (*transactio*) com o demandante, a fase *in iure* terminava com a designação do *iudex* que o magistrado mandatava para julgar (*iussum iudicandi*)” (JUSTO, A. Santos. **Op. cit.**, P. 299.)

5 “Mais importante do que essa modificação na órbita do processo privado, foi a unificação das instâncias: com a ingerência da *cognitio extraordinária* do princeps ou de seus delegados, em determinadas causas que careciam de tutela jurídica, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal (magistrado-funcionário). Assim, a decisão do magistrado, no novo sistema processual, não mais corresponderá a um parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, mas, sim, a um comando vinculante de um órgão estatal.

Desse modo, pela primeira vez na história do processo privado romano, a sentença não significa mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava mais caráter arbitral, mas, em verdade, consubstancia-se na atuação da autoridade do Estado: *ex auctoritate principis*” (TUCCI, J. R. C.; AZEVEDO, L. C. **Op. cit.**, P. 48).

6 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010. P. 99.

Embora haja até hoje divergências sobre o conceito da *actio*, é certo que “ação” processual não significava. Tal conceito de ação remonta à Teoria Civilista, ficando localizado no plano do direito material, ao contrário do pugnado por parte da doutrina posterior (conforme será visto no capítulo seguinte), até mesmo porque não existia à época da Roma Antiga a definição do “direito de ação” e de “relação jurídica processual”⁷. Ao apontar erros da doutrina de relacionar a *actio* romana ao conceito de “ação” processual, diz Ovídio: “*actio não era direito subjetivo, nem “ação” processual, era uma autorização para o agir privado*”.⁸⁻⁹

O estudo crítico das ações apenas foi retomado no século XIX¹⁰. Uma das grandes polêmicas acerca do conceito de ação teve como principais expoentes Windscheid e Muther, que concretizou a afirmação da autonomia do Direito processual em face do material. Porém, trouxe também como consequência grande confusão, trazendo prejuízos até os tempos atuais.

Em 1856, Windscheid, em sua obra “*A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*”, afirmou ser a *actio* romana apenas o poder de agir contra outrem, conferido pelo Pretor, não sendo proveniente ou meio de defesa de um direito, tratando-se do direito subjetivo moderno. Consistiria em algo que se é possível exigir de terceiro, “*la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial*”¹¹. Justificava que, em Roma, o direito era declarado na fórmula pelo pretor, responsável pela declaração do direito, concedendo a *actio*, o pretor simultaneamente estava declarando o direito. Logo, no direito romano, a *actio* surgiria junto ao direito subjetivo material. Vemos aqui, portanto, o

7 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da Ação de Direito Material*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2008. P. 52.

8 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 275.

9 “Segundo a concepção romana, a pretensão jurídico-privada, que está na base da *actio*, não passou de um puro REFLEXO do facto de a ordem jurídica, sob certas condições, prometer a outorga de uma protecção jurídica num PROCESSO a iniciar-se com a *actio* (como acto de demanda). Pelo facto de este conceito central de *actio* pertencer simultaneamente ao direito privado e ao direito processual, compreende-se que o direito ‘formal’ (DIREITO PROCESSUAL) e o direito ‘material’ (DIREITO PRIVADO) constituam, para os Romanos, em todas as etapas da sua evolução jurídica, uma UNIDADE mais forte do que constituem hoje em dia”. (KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. P. 57).

10 “O estudo do direito das ações somente foi possível após o descobrimento das *Institutas de Gaio*, em 1816. Naquele ano, Niebuhr descobriu, na Biblioteca Capitular de Verona, o famoso palimpsesto no qual Santo Anselmo escreveu suas especulações teológicas, em cujo fundo, porém, apareceu o texto das *Institutas de Gaio*. Com isso foi possível restaurar parte do livro IV, que estava desaparecida, viabilizando o conhecimento sobre os primeiros sistemas processuais”. (POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. P. 113.)

11 WINDSCHEID, Bernhard. *La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual, Polémica sobre la actio*. P. 7. In: MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 192.

conceito de pretensão (*Anspruch*), a qual era emanada do próprio direito subjetivo material, do exercício deste¹².

Alegava, ainda, não poder se afirmar a igualdade entre *actio* e *Anspruch* (pretensão que brota ao direito, independentemente de ser este violado), haja vista excluir-se da pretensão a exigência de perseguibilidade judicial¹³.

Ovídio Baptista ressalta o valor da teoria de Windscheid, mas a vê como confirmadora da redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações, processo que já se realizara desde a obra dos compiladores de Justiniano¹⁴.

Em 1857, Muther, em obra intitulada “*Sobre a teoria da actio romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações*”, começa a tecer críticas às conclusões da teoria de Windscheid. Define a *actio* romana, diferentemente de Windscheid, o qual alegava consistir em toda a atividade do autor até o fim do processo, simplesmente como o ato que dá o impulso inicial ao processo¹⁵. Não seria a *actio* o direito subjetivo material contra o devedor, mas o direito público de queixa (*Klage* germânica) contra o pretor¹⁶.

Aduziu a existência do direito de agir contra o Estado – a *actio* – cuja prestação seria conceder a fórmula, equivalente à tutela jurídica. A concessão da fórmula, assim como da tutela jurídica atual, não seria a procedência do pedido do autor, apesar de afirmar ter apenas direito àquela o possuidor do direito material, ou seja, colocava como requisito para a obtenção da fórmula a existência de direito subjetivo prévio. O reconhecimento do direito subjetivo material apenas adviria com a sentença final do *iudex*, e não com a concessão da fórmula pelo pretor¹⁷.

Exercido o direito de agir com os seus pressupostos presentes, tem o Estado o dever de conceder a fórmula, para, em seguida, exercer a coação necessária frente ao réu, a fim de que ocorra o cumprimento da obrigação.¹⁸ Não era possível ao Pretor negar a concessão da

12 LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 216.

13 GOMES, Fábio. *Carência de ação*. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 23.

14 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 66.

15 GOMES, Fábio. **Op. cit.**, P. 23/24.

16 LACERDA, Galeno. **Op. cit.**, P. 217.

17 *Idem*.

18 MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 194.

fórmula se preenchidas as condições gerais, podendo o requerente fazer queixa contra aquele em caso de negativa arbitrária.¹⁹

Enquanto o pedido de concessão da fórmula tinha como obrigado o Estado²⁰ ou o pretor, a tutela final consequente obrigaria o particular. Desse modo, vê-se o aparecimento de teoria separando o direito à tutela judicial e o de proteção ao direito subjetivo material do particular.

Observa Fábio Cardoso Machado que Muther “*não se limitou a atribuir novo conceito à actio: ele simplesmente apropriou-se do nome conferido a um fenômeno do direito privado para designar outro pertencente ao direito público*”.²¹

Ainda em 1857, Windscheid acata a teoria de Muther em seu livro “*A Actio. Réplica ao Dr. Theodor Muther*”, somando a ação processual, levantada por Muther, à pretensão de direito material; sem modificar, portanto, completamente o seu entendimento, já que não exclui a *actio* romana do plano do direito privado. Nota-se, portanto, que, ao final, *actio*, para Windscheid, passou a ter dois significados: poder de agir contra outra pessoa ou a concessão da tutela processual para assim fazê-lo.

Percebe-se, aqui, o início da fixação da autonomia entre o direito material e o processual, coexistindo os dois mutuamente como campos científicos e práticos diferentes. Conforme assinalava Calmon de Passos, após o aparecimento do primeiro supracitado livro de Windscheid, responsável pela revisão do conceito tradicional de ação, “*constata-se que muito se escreveu sobre o tema, quase nada se construiu de definitivo*”²².

Contudo, as teses dos referidos autores causou confusão nas concepções de ação posteriormente apresentadas. Calmon de Passos, quando aludiu a elas, destacou a importância da independência entre o direito material e processual estabelecida, porém incorrem em equívoco por misturarem a ação material e a processual (direito à tutela jurisdicional),²³ com o consequente afastamento da ação do direito material, influenciando sobremaneira os doutrinadores subsequentes.

19 GOMES, Fábio. **Op. cit.**, P. 24.

20 “*Juridicamente o Estado romano é o conjunto dos seus cidadãos; já o diz o seu nome, populus Romanus (bem como civitas ou res publica, derivada de populus).*” (KASER, Max. **Op. cit.** p. 116-117)

21 MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 143.

22 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 17.

23 *Ibidem*. P. 19.

1.2. A retórica da declinação da ação material como uma estratégia de legitimação da ciência processual

Não são poucas as obras de Teoria Geral do Processo que abordam, em proposta de perspectiva *evolutiva*, as várias teorias sobre a ação. E isso tem um significado relevante.

Nelas, costuma-se iniciar pela *actio* romana, referida como pertencente à teoria sincrética ou imanentista da ação ou, simplesmente, como ação civil. Nesta teorização, ao menos supostamente, não se havia percebido que a ação seria um fenômeno que transborda o direito material.

A tal teoria se contrapõem as teorias autonomistas, que conseguem transpor o direito substancial e alocar a ação no plano processual. Inicialmente, destacou-se a teoria concretista da ação, com ilustres processualistas em suas fileiras, como Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda. Segundo a ideia de ação concreta, a ação seria o direito a uma sentença em favor – devendo preencher as *condições da ação* para a sentença de procedência²⁴.

Avançando, vê-se a teoria autonomista e abstrata da ação, onde a dissociação entre direito material e processo chegaria ao seu ápice. Conforme esta teorização, comumente imputada a sua inauguração a Degenkolb e Plósz – que teriam, sem comunicação, pensado a teoria, cada um autonomamente e a seu modo –, a ação seria um poder processual que nada tem a ver com a efetiva existência do direito material afirmado.

Afora estas, há também a teoria eclética, pensada por Enrico Tullio Liebman, onde se misturam características da teoria da ação autônoma e abstrata com a da teoria da ação concreta. Esta forma de conceber a ação foi bastante criticada, especialmente por gerar incongruências, forçando o ingresso de elementos típicos do mérito na admissibilidade do processo, ou seja, tornando-as questões processuais. Seja como for, esta teoria foi adotada no CPC/1973 e, conforme parcela majoritária da doutrina, também no CPC/2015.

Pois bem. Esta breve digressão serve a um propósito: destacar que a afirmação da ação processual, com a conseqüente morte da ação material, serviu a um propósito científico e estratégico peculiar: desvencilhar o direito processual civil do direito material, tornando-o mais do que um mero capítulo deste e afirmá-lo uma ciência autônoma.

Se o conceito de relação processual foi a base para a construção científica do direito processual civil, a ação processual serviu, por sua vez, como fundamento inevitável da relação processual: trata-se do ato que a faz nascer. Ora, como à época o conceito de ação que se

24 Chiovenda afirma ser a ação um direito potestativo, definindo-a: “A ação é, portanto, o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Campinas: Bookseller, 2009. P. 62.).

conhecia era justamente o de ação de direito material, não haveria como desenvolver a nova ideia, e com ela a ciência processual, sem antes eliminar o velho conceito. Uma fatalidade necessária.

Como se percebe, a “morte” da ação material decorreu de um específico contexto histórico e problemático, no qual a continuidade da ciência processual dependia da abnegação do vínculo entre direito material e processo. Estrategicamente, seria, naquele contexto, bastante difícil, senão realmente impossível, fazerem companheiras as ações de direito material e de direito processual.

Amadurecida a ciência processual, coube a Pontes de Miranda, no Brasil, e diante de sua ligação íntima com o pandectismo alemão, resgatar – ou ressuscitar? – o conceito e demonstrar, pioneiramente, a possibilidade de seu harmonioso convívio com a ação de direito processual. Com base nas suas ideias, em seguida, seria demonstrado que, cientificamente, não há qualquer consistência na eliminação da ação material: sem ela, a representação do fenômeno jurídico é incompleta.

Para que isso fique claro, passa-se a analisar os respectivos conceitos, nos moldes como compreendido pelos seus defensores.

1.3. Conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação (de direito material)

Para entender o conceito de ação, que será usada no sentido de ação *de direito material*, é essencial primeiramente saber distingui-la da pretensão e do direito subjetivo. Tais conceitos são comumente tratados de modo confuso na doutrina, variando bastante o significado outorgado aos termos, o que gera grave imprecisão semântica e, em decorrência, falhas comunicativas ou erros. Para evitar que este problema acometa a pesquisa, passa-se a delinear o significado de tais importantes conceitos.

O direito subjetivo é um estado situado ainda no plano do pensamento, o direito existe ou não existe, ao contrário da pretensão e ação, os quais necessitam que aconteçam os fatos²⁵⁻²⁶. O funcionamento do direito dá-se da seguinte forma: há a incidência da norma sobre o fato da vida previsto em hipótese, o que gera o fato jurídico; o fato jurídico, por sua vez, deve produzir a eficácia prevista na norma, gerando uma situação jurídica; a situação

25 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Op. cit.**, P. 279.

26 Destaca Leonardo Santana de Abreu que ainda hoje se controverte sobre a existência do próprio direito subjetivo, porém com bem menos vigor que antigamente (ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. P. 115.) Ainda sobre o direito subjetivo fala o autor: “Por caracterizar-se como uma posição estática, ou uma categoria jurídica estaria, pode ser representado pelo verbo “ter””. (*Ibidem*. P. 116.).

jurídica mais comum é a relação jurídica²⁷, e, nesta, usualmente vê-se um direito de um sujeito em relação a outro, que possui um dever, e que, tornando-se exigível, há o nascimento da pretensão²⁸, em contraposição à situação de obrigado, e, finalmente, há ação (de direito material), a que se contrapõe a situação de acionado, quando a pretensão não for satisfeita²⁹.

Em apertada síntese, a diferença entre a ação e a pretensão é que a primeira tem o caráter de impositividade, enquanto a segunda, de exigibilidade, isto é, a pretensão dá poder ao sujeito ativo da relação jurídica de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação, que, caso não cumprida, faz surgir a ação³⁰. O exercício da pretensão pressupõe agir – cumprimento da prestação – voluntário do destinatário do dever jurídico, enquanto a ação supõe ato do titular do direito para a sua realização sem a voluntariedade do obrigado³¹. Utilizando-se de exemplo de Pontes de Miranda: “*se digo ao vendedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo*”.³²

Firmando uma linha lógica, em regra, temos que primeiro ocorre o fato, daí ocorre a incidência da norma, que permite categorizá-lo como fato jurídico, do qual surge o direito subjetivo, que pode se tornar exigível (pretensão) e, em caso de não cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo da relação, transforma-se em impositivo (ação de direito material)³³. Há tais situações, por sua vez, no polo passivo, vê-se o dever, a obrigação e a situação de acionado.

27 Há relações jurídicas processuais e materiais. Distingue Marcos Bernardes de Mello: “*No que respeita ao conteúdo eficaz, a relação jurídica de direito material produz direitos e pretensões, eventualmente, ações e exceções que se podem subjetivar, e são oponíveis a sujeitos de direito determinados, ou determináveis, ou a sujeitos passivos totais (alter), conforme sua natureza. Na relação jurídica de direito processual, diferentemente, os direitos e deveres, pretensões e obrigações, portanto, nascem dentro da relação, jamais se projetando para além de seus limites. Os sujeitos de direito são somente aqueles que sejam, no momento, termos na relação (o juiz, o autor e o réu)*” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 236.).

28 “*A palavra pretensão, conquanto se possa restringir sua compreensão ao emprego utilizado no universo jurídico; ainda assim é polissêmica*” (ABREU, Leonardo Santana de. **Op. cit.**, P. 123.).

29 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Ed. Bookseller: Campinas, 1998. P. 46.

30 Exigere (ex, ago) significa empurrar, reclamar, empuxar, com o fito de que o obrigado cumpra, operar fora para que o obrigado seja exato. Acionar, agere, sem o ex, não: é ir por si, já sem querer mover o obrigado. (*Ibidem*. P. 101)

31 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 18/19.

32 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Op. cit.**, P. 64.

33 Essa é a regra, mas há os casos de nascimento simultâneo de direito, pretensão e ação, os quais se classificam como de eficácia jurídica instantânea.

Toda ação de direito material exige a prévia existência de um direito subjetivo, o contrário não é verdadeiro, tratando-se a ação de posição de direito substantivo³⁴. É possível ter direito subjetivo sem ação e pretensão, a exemplo do caso da titularidade de crédito ainda não vencido e dos direitos mutilados – como, por exemplo, a dívida oriunda jogos de azar. Nesse caso, tem-se o direito subjetivo ao crédito, mas não posso ainda exercer a pretensão ou a ação, isto é, exigir ou impor o pagamento, devido à falta da exigibilidade e impositividade, características da pretensão e da ação, respectivamente³⁵.

Leonardo Santana de Abreu acentua dever ser evitada a utilização da expressão “direito de ação”, pois, no plano do direito material, se há ação, há direito³⁶⁻³⁷.

Guilherme Rizzo Amaral traz-nos exemplo para facilitar a compreensão dos institutos, vejamos:

Firmo um contrato de empréstimo, entregando determinada quantia a meu devedor, e estabelecendo um determinado prazo para pagamento. Quando da conclusão do contrato, surgiu, já, o (meu) *direito subjetivo* ao crédito, que me coloca em posição estática, porém, de vantagem perante o devedor. Findo o prazo para pagamento, surge a *pretensão*, dado que agora é exigível a quantia emprestada, ou ainda, é exigível a conduta do devedor no sentido de solver o débito. Exercendo a *pretensão*, notifico meu devedor que, no entanto, não me paga a quantia que lhe emprestei, constituindo-se, portanto, em mora, e assim fazendo surgir a *ação de direito material*, que nasce em meu favor. Como não posso, de mãos-próprias, obter junto ao meu devedor o que me é devido (vedação à autotutela), socorro-me da *ação processual*, afirmando a existência da ação de direito material perante um magistrado investido do poder jurisdicional estatal³⁸.

Para ratificar a diferença entre os institutos, Pontes de Miranda³⁹ aponta:

(...) a) é possível permanecer intacta a legislação quanto ao direito subjetivo e mudar quanto às pretensões, ou permanecer inalterado quanto àquele e a estas, e mudar quanto às ações; b) haver prazos para a ação, sem que com a extinção dela se extinga a pretensão ou o direito subjetivo; c) existirem direitos subjetivos e até pretensões sem ação, como os créditos de jogo e certas situações, transitórios, de tempo de guerra ou golpes de Estado.

Por fim, faz-se mister salientar que a classificação de direito subjetivo, pretensão e ação abordados se aplicam também ao plano pré-processual e processual, vide explicação de Gabriel Pintaúde:

34 “... ao se falar em ação fala-se em uma posição de direito substantivo, então é possível e correto falar em “ação possessória”, “ação ressarcitória”, “ação reivindicatória”, “ação inibitória” etc. Sendo certo que, em todos os exemplos suscitados, o termo ação está empregado em seu sentido material” (MACÊDO, Lucas Buril de.; MEDEIROS, Ravi Peixoto de. A obrigatoriedade da denunciação da lide e os novos aportes teóricos para sua compreensão: uma análise do atual e do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, P. 84, nov., 2013).

35 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 171.

36 ABREU, Leonardo Santana de. **Op. cit.**, P. 119.

37 Conforme Leonardo Santana de Abreu: “... ao passo que o direito subjetivo e a pretensão tendem à prestação, a ação material supõe combatividade” (*Ibidem*. P. 120.).

38 AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 117.

39 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Op. cit.**, P. 50.

...existe um direito subjetivo público, como *status*, garantia da utilização da “máquina judiciária”; a nova “roupagem” é a pretensão processual, o poder exigir, a exigibilidade que caracteriza a pretensão “à tutela jurídica” (“pretensão à prestação jurisdicional”); esta precisa, entretanto, do efetivo exercício representado na ação (processual), o agir contra o Estado, para obtenção da resposta jurisdicional⁴⁰.

Importante observar também que, para Pedro Henrique Nogueira⁴¹, Ovídio Baptista⁴² falha em sua conceituação de ação, pois a vislumbra apenas em caso de exercida, prendendo o termo ação ao seu verbo agir, ou seja, apenas existiria ação quando o titular do direito o exercesse. Seguindo a linha de pensamento de Pontes de Miranda, a ação existe independentemente de exercida, potencialmente, consistindo em categoria de eficácia jurídica.

1.4. A ação material, “ação” de direito processual e os remédios jurídicos processuais

O conceito de ação é utilizado de variadas formas, desde como acesso à jurisdição até o próprio de ação de direito material, que é o que aqui utilizaremos. A doutrina processualista conceitua ação de três formas diferentes, quais sejam, I) ação de direito material, II) ação como direito de ir a juízo e III) ação significando instrumento processual. Conquanto tal diferenciação seja fundamental para a técnica e prática judiciária, ainda acontece constantemente confusão pela doutrina e jurisprudência.

Pontes de Miranda, um dos que melhor estudou a teoria da ação, quando ia se referir às ações de direito processual, utilizava a palavra ação entre aspas, a fim de distinguir da considerada por ele ação em sentido próprio (direito material). No presente trabalho, seguiremos a linha de Pontes e nos referiremos à ação de direito material simplesmente como ação e colocaremos aspas quando fizermos alusão à chamada “ação” processual.

Vale ressaltar também que não se pode confundir a “ação” processual com o direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional, pois, usando as palavras de Ovídio, a “ação” não é um direito subjetivo, pela singela razão de ser ela a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e que a funda⁴³.

A partir do momento em que o Estado chamou a si poder de realizar o direito, proibindo a utilização da justiça de mão própria e assumindo a responsabilidade de decidir os

40 PINTAÚDE, Gabriel. Tutela Jurisdicional (no confronto entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 265.

41 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 108.

42 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 171.

43 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 17.

conflitos de interesses jurídicos estabelecidos no âmbito privado, outorgou aos sujeitos de direito a pretensão à tutela jurídica. O Estado, como monopolizador da jurisdição, passou a ter a obrigação de prestar a tutela jurisdicional quando acionado, desde que preenchidos os pressupostos legalmente estabelecidos⁴⁴.

Em decorrência dessa vedação da autotutela, a ação de direito material geralmente é exercida por meio do exercício da pretensão à tutela jurídica. Já que não pode o próprio titular da ação exercê-la frente ao sujeito passivo por ato próprio, solicita o provimento jurisdicional do Estado-juiz, o qual tem o monopólio da jurisdição e o poder da coercibilidade, não presente, na maioria dos casos, no exercício da ação sem o processo. Em outras palavras, a ação material é afirmada no exercício da “ação” processual⁴⁵.

Porém, nem sempre isso ocorre, existindo hipóteses nas quais o próprio ordenamento jurídico permite a utilização da justiça de mão própria, surgindo do fato jurídico o direito subjetivo, a pretensão e a ação simultaneamente. Nesses casos, haverá exercício da ação de direito material sem a necessidade de utilização da via processual. Pedro Henrique Nogueira⁴⁶ lista alguns exemplos: no direito civil, desforço imediato da posse (art. 1210, § 1º, CC), legítima defesa (art. 188, I, CC), direito e ação do proprietário de cortar os ramos de árvores que ultrapassem o limite vertical do prédio vizinho (art. 1.283, CC); no direito administrativo, a própria autoexecutoriedade dos atos administrativos, a exemplo da interdição de um estabelecimento; no direito penal, o estado de necessidade (art. 24, CP).

Ainda, não se devem confundir ação material e “ação” processual com remédio jurídico processual. Remédio jurídico processual é o instrumento fornecido pelo direito (pré-processual) para a tutela do direito material afirmado, adequando-se às necessidades do tipo de tutela pleiteado⁴⁷. Isto é, o remédio jurídico processual consiste no procedimento dado pelo Estado a quem afirma possuir a ação material. É possível existirem várias formas processuais para a tutela do mesmo direito material afirmado⁴⁸.

A distinção do remédio jurídico processual para a ação material ficou clara na síntese acima, contudo não é de mesma facilidade a percepção da diferença para a “ação” processual.

44 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 234.

45 Assinala Maria Berenice Dias: “*Há o direito à proteção jurisdicional do Estado e, concomitantemente com ele, a pretensão como faculdade ou “poder de exigir” que o Estado preste a tutela que se obrigou. Desta forma, concomitantemente com o dever estatal, nasce a obrigatoriedade da prestação jurisdicional, cujo exercício é veiculado através da “ação processual”*” (DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_observa%27%2F5es_sobre_o_conceito_de_pretens%20.pdf. Acesso em: 23/04/16).

46 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.** P. 111.

47 MACÊDO, Lucas Buril de.; MEDEIROS, Ravi Peixoto de. **Op. cit.**, P. 84.

48 *Ibidem*. P. 85.

O remédio jurídico processual será a forma de exercício da “ação” processual (pretensão à tutela jurisdicional). Assim como podem haver vários remédios jurídicos processuais para a tutela do direito material afirmado, há possibilidade de mais de um remédio jurídico processual para o exercício da “ação” processual.

Exemplo: A deve para B determinada quantia. Em caso de não ser pago o valor de forma voluntária por B, A terá ação de direito material em face dele. Desse modo, A exercerá sua pretensão à tutela jurídica (“ação” processual) através do remédio jurídico processual que entender mais adequado (procedimento comum, ação monitória ou execução de título executivo extrajudicial, por exemplo). Independentemente do remédio jurídico processual utilizado, estará A exercendo a “ação” processual e alegando ter ação material.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já fez a diferenciação em julgados como ementado a seguir:

AÇÃO COMINATORIA; IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSAO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART.276 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE CUIDA DA IMPROPRIEDADE DO REMEDIO JURÍDICO PROCESSUAL, E NÃO DE CONVERSAO DA PRETENSÃO, NEM DA AÇÃO, DE DIREITO MATERIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 63367, ELOY DA ROCHA, STF.)

2. POR QUE NÃO AÇÃO MATERIAL?

2.1. A proposta – exposição das críticas à ação material

A ação de direito material foi, como se viu no capítulo anterior, renegada para que a ação de direito processual pudesse ganhar espaço, dando sustentáculo à relação jurídica processual e ao próprio direito processual como ciência autônoma. Para que tal transição ocorresse, nem sempre os argumentos foram claros.

Em seguida, os vários fundamentos em desfavor da ideia de ação material serão analisados. A proposta é compilá-los de forma expositiva, tão fiel quanto possível, para que se chegue ao cerne da crítica.

2.1.1. Da visualização da ação exclusivamente como a pretensão à tutela jurisdicional – A doutrina do “direito de ação”

Como se viu anteriormente, a doutrina do “direito de ação” floresceu com a sepultura da ação de direito material. Esta visão parte da noção que enxergar uma ação de direito material é um erro, já que a ação é pertinente ao direito processual. Trata-se, inegavelmente,

de visão majoritária atualmente, acolhida por muitos autores bastante célebres do direito processual.

Adotam-se como argumentos, dentre outros: a vedação da autotutela, e conseqüente monopólio jurisdicional do Estado; a impossibilidade de correspondência entre o agir privado e a prestação estatal do processo; e a suposta incompatibilidade entre a instabilidade inerente ao âmbito processual e a ação de direito material.

Calmon de Passos faz parte da parcela doutrinária que exclui a ação material para pôr força na ação processual. Afirma que o “*direito de ação é o direito à jurisdição, direito concedido ut civis, abstraindo-se da existência ou inexistência de qualquer direito material*”⁴⁹. Prossegue explicando o direito de ação como o direito subjetivo de todo sujeito de direito ou pessoa à intervenção do Estado para a satisfação de seus interesses tutelados pelo direito, haja vista a vedação da defesa privada⁵⁰. E, resumidamente, conclui: “*Onde não há juiz não há jurisdição. Não há ação*”.⁵¹⁻⁵² Além disso, clareando sua ideia de apenas existir ação através da intervenção estatal, aduz que não é ação a faculdade de atuar concedida ao particular pela lei para tutelar seu direito⁵³.

Carreira Alvim, tal qual Calmon de Passos, vislumbra a ação apenas através de demanda judicial com a participação do Estado, devedor da prestação jurisdicional, ignorando a construção doutrinária acerca da ação material e defendendo que a ação é direito eminentemente público⁵⁴.

Vincente Greco Filho, sem fazer maiores digressões, só visualiza a “ação” do ponto de vista do direito de pedir a tutela jurisdicional do Estado⁵⁵. No mesmo sentido vão Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, definindo, assim como os demais, ação como “*o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o*

49 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Op. cit.**, P. 20.

50 *Ibidem*. P. 38.

51 *Ibidem*. P. 48.

52 Porém Calmon de Passos faz uma ressalva: “*Por outro lado, parece-nos incorreto explicar-se o direito de ação como uma espécie do direito de petição, um direito cívico, um direito fundamental do indivíduo. Sem dúvida que nossa Carta Magna (art. 141, §4º) fez da acionabilidade processual dos direitos individuais, preceituando que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Isso, entretanto, não equivale a fazer do direito de ação, genericamente entendido, um direito cívico, uma espécie do direito de petição.*” (*Ibidem*. P. 53).

53 *Ibidem*. P. 85.

54 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Op. cit.**, P. 42.

55 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. Ed. São Paulo, 2007. P. 43.

poder de exigir esse exercício)”⁵⁶. E acrescentam ser a “ação” dirigida apenas ao Estado, mesmo que, depois de apreciada, for ter efeitos na esfera de outra pessoa⁵⁷.

Flávio Luiz Yarshell, ao distinguir ação e tutela jurisdicional, concebe aquela como a iniciativa do interessado em estimular a tutela jurisdicional, ou seja, o impulso inicial de instauração do processo⁵⁸.

José Maria Tesheiner e Rennan Thamay seguem o mesmo direcionamento, declarando-se abertamente a anuência com a teoria do direito abstrato de agir, restando a ação como o poder de provocar o exercício da jurisdição⁵⁹.

Também assim disserta José Roberto dos Santos Bedaque, concluindo ser a ação o direito ou poder cujo exercício visa à tutela jurisdicional⁶⁰.

Cândido Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes arguem ser ação o direito ao pronunciamento do juiz de mérito acerca de uma pretensão, pertencendo exclusivamente ao direito processual⁶¹.

Para Liebman, “a ação se dirige ao Estado e por isso tem natureza sempre pública e um conteúdo uniforme, qual seja o pedido de tutela jurisdicional de um direito próprio (embora varie o tipo de provimento que cada vez se pede ao juiz)”⁶². O jurista italiano, responsável pela teoria eclética, constrói a ideia das condições da ação, as quais define como requisitos de existência da ação, que, se não atendidas, impedem o julgamento do mérito, e, conseqüentemente, carecerá o autor de ação.⁶³ Nesse contexto, sem o atendimento das condições da ação, tampouco haverá ação, dependendo, portanto, a ação do exercício da jurisdição.

Para Guilherme Rizzo Amaral, a vedação à autotutela traz como consequência a extinção da ação de direito material, sobrevivendo somente nas exceções previstas em lei para o exercício do agir privado⁶⁴. Além disso, Guilherme Rizzo Amaral enxerga como inadmissível defender que a toda sentença de procedência deva corresponder exercício de

56 GRINOVER, A. P.; DINARMARCO, C. R.; CINTRA, A. C. A. *Teoria Geral do Processo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 236.

57 *Ibidem*. P. 277.

58 YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006. P. 55.

59 TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o Novo CPC*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 151

60 BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 90.

61 DINAMARCO; Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 49.

62 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Ed. Salvador: Rio de Janeiro, 1980. P. 149-150.

63 *Ibidem*. P. 153-154.

64 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, P. 127.

ação de direito material preexistente pelo juiz, não havendo como este substituir o agir privado⁶⁵.

Ainda, Guilherme Rizzo Amaral critica aqueles que defendem agir o juiz tal qual o particular caso não fosse vedada a autotutela, pois estão situados em níveis distintos⁶⁶. Logo, se não fosse proibida a autotutela no ordenamento jurídico, ainda assim não existiria agir privado equivalente à declaração do juiz⁶⁷.

Hermes Zaneti Junior vai no mesmo sentido, aceitando as eficácias das ações apenas dentro do processo, através da sentença, ressalvados os casos de permissão legal da autotutela, defendendo existir uma relação circular, na qual o processo trabalha com o contraditório e retorna o direito material ao mundo da vida⁶⁸. A teoria circular dos planos, desenvolvida por Zaneti, consiste na admissão da existência do plano material e processual, contudo unidos, assim como o instrumento ao objeto, o que pode ser verificado na seguinte analogia feita por ele: “*Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito*”⁶⁹.

Na mesma linha dos acima citados, Gabriel Pintaúde não concebe a ação de direito material, arguindo ser inconcebível falar em ação de direito material na hipótese de improcedência do pedido, já que não aconteceria, nesse caso, o exercício da ação. Em poucas palavras, tal qual Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, aduz não se poder exercer o que não se tem⁷⁰. Entretanto, admite a existência da ação de direito material, mas de forma restrita: apenas nos casos em que o ordenamento jurídico permite a autotutela, denotando, nesse diapasão, seu pensamento de inexistência da ação material por causa da vedação da justiça com as próprias mãos⁷¹.

Assinala Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*Apenas excepcionalmente o sistema permite a justiça de mão própria, chamada aí de ação de direito material por seus defensores*”⁷². Ao indagar sobre o que seria a ação de direito material, explicita ser a eficácia, força ou inflamação do direito material desatendido, a qual seria alcançada fora do processo

65 *Ibidem*. P. 122.

66 *Ibidem*. P. 121.

67 *Ibidem*. P. 122.

68 ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 178.

69 *Ibidem*. P. 192.

70 PINTAÚDE, Gabriel. **Op. cit.**, P. 269.

71 *Ibidem*. P. 268.

72 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, P. 27, jul./ago., 2006.

pelo cumprimento voluntário do obrigado ou, em caso de desatendimento, processualmente pelo juiz⁷³.

Em diálogo com a teoria de Pontes de Miranda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta incongruências na tentativa de se colocar a ação no plano do direito material. Sustenta que apenas será possível averiguar a existência da ação material com o trânsito em julgado da sentença, uma vez que não se pode afirmar existir o direito antes do contraditório. Refuta, também, o argumento pontiano de ser possível ao autor afirmar a existência da ação que supunha ser titular através do exercício da pretensão à tutela jurídica, porém, ao cabo do processo, receber sentença de improcedência (isto é, o exercício da ação material pela processual), com o fundamento de não se poder exercer o que não se tem⁷⁴.

Passando a criticar Ovídio Baptista, cuja teoria deriva das construções de Pontes, acentua que, ao se colocar em discussão judicial o direito, apenas se poderá dizê-lo existente com a sentença, restando o autor apenas como pretendente ao reconhecimento do direito, e não já como titular⁷⁵.

Segundo o mesmo doutrinador, relacionar o direito material ao processo é passar por cima da incerteza consubstancial do direito litigioso, principal característica do âmbito processual, pois, após posto em lide, o direito material, do mesmo modo que a ação de direito material, torna-se incerto⁷⁶.

Conclui, finalmente, não ter mais utilidade prática o uso do instituto da ação de direito material diante da complexidade atual da sociedade, que vem gerando meios cada vez mais sofisticados e apurados de tutela jurisdicional, a exemplo das demandas abstratas de declaração de constitucionalidade e das referentes aos direitos difusos e coletivos. Adequa-se, desse modo, melhor ao momento atual do ordenamento jurídico a noção de tutela jurisdicional⁷⁷.

Igualmente, Galeno Lacerda, ao tecer críticas à teoria civilista da ação, diz nascer o direito subjetivo de “ação” contra o Estado do que chama de “fato jurídico novo da lide”, o qual consiste na negativa do devedor ao cumprimento da prestação devida ao credor, ou seja,

73 *Ibidem*. P. 34.

74 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Problema da Eficácia da Sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 47.

75 *Ibidem*. P. 48.

76 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, P. 32, jul./ago., 2006.

77 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 61.

a pretensão resistida⁷⁸. E ainda conclui que a “*ação, pois, sempre será uma prestação de direito público, na qual o sujeito passivo é o Estado através do órgão judiciário*”⁷⁹. Como se vê, a base do jurista gaúcho é o argumento da vedação da autotutela isolando o impulso processual como único meio viável para a impositividade – diferente de exigibilidade – da prestação jurídica decorrente do direito subjetivo material.

Galeno Lacerda ainda conclui que o direito subjetivo material apenas será atribuído efetivamente ao autor pela sentença em caso de procedência – adotando, portanto, a versão severa da unitariedade do ordenamento jurídico⁸⁰. Em outras palavras, a efetivação da existência do direito subjetivo material ficará condicionada a um julgamento de procedência na sentença concedida ao final do processo. Percebe-se semelhança entre sua concepção de ação e a dos concretistas.

Chiovenda, apesar de crítico, utiliza-se das bases da teoria concretista de Adolf Walch, trabalhando com a ideia de direito potestativo e condicionando o exercício da ação à atuação da vontade concreta da lei. Em suma, vê a ação como o direito de obter resultado favorável no processo⁸¹.

2.1.2. Transferência da ação material para a tutela por Marinoni

Marinoni, Arenhart e Mitidiero têm visão peculiar sobre a temática, alegando a convivência da tutela jurisdicional com outras formas de tutela pelo Estado para a proteção de direitos fundamentais⁸². Divide as formas de tutela dos direitos fundamentais em: normativa, através das normas; administrativa, por meio da atividade administrativa; e jurisdicional dos direitos, pela jurisdição⁸³.

Segundo a teoria, essas formas de tutela são garantidas pelo direito material, devendo-se “*partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las*”⁸⁴. Condicionam o direito do indivíduo à ligação com determinada forma de tutela adequada à sua necessidade de proteção, ou seja, para ser titular do direito tem de haver a respectiva forma de tutela, a qual deve ser adequada⁸⁵. Sem direito,

78 LACERDA, Galeno. **Op. cit.**, P. 215.

79 *Ibidem*. P. 225.

80 *Ibidem*. P. 215.

81 CHIOVENDA, Giuseppe. **Op. cit.**, P. 61.

82 MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 287.

83 *Ibidem*. P. 289.

84 *Ibidem*. P. 290.

85 *Ibidem*. P. 291.

não haverá forma de tutela do direito e vice-versa, estando aqui um dos traços distintivos das formas de tutela do direito para as ações processuais⁸⁶.

Todavia, vale ressaltar que eles deixam claro não se poder confundir as formas de tutela com as técnicas processuais, sendo as técnicas processuais, para eles, meios para prestar as formas de tutela prometidas pelo direito material⁸⁷.

Ressaltando a tutela inibitória como a ideal para a proteção do direito, salientam a independência dela em relação ao direito processual, porque todo direito ameaçado de lesão tem alguma forma de proteção contra sua violação, o que fica mais claro no caso dos direitos não patrimoniais. O processo somente prevê procedimentos e técnicas processuais – exemplo da técnica de antecipação de tutela e sentença mandamental - a fim de viabilizar a obtenção da tutela do direito prevista pelo direito material⁸⁸. Exemplifica a tutela inibitória com o caso de exposição à venda de remédio que cause dano à saúde, hipótese na qual será possível a qualquer ente legitimado pleitear a tutela de remoção dos efeitos concretos do ilícito, requerendo, como técnica processual, a busca e apreensão dos remédios.⁸⁹ Apenas tratamos da tutela inibitória por ser a mais adequada para a proteção do direito, contudo o autor não exclui as outras formas de tutela, pelo contrário, demonstra existência de várias, tal qual a ressarcitória, possessória, de remoção, de reintegração de posse, entre outras⁹⁰.

Ainda, diferenciam a tutela jurisdicional do direito, ou seja, a forma de tutela do direito exercida judicialmente, e a tutela apenas jurisdicional, haja vista apenas ser prestada a primeira em caso de procedência do pedido, excetuando os casos das “ações dúplices”⁹¹⁻⁹². Em outras palavras, a tutela jurisdicional é concedida independentemente do resultado final da sentença, consistindo resumidamente em processo justo e com a participação efetiva das partes.

É importante pontuar que a utilização de tais definições pelos autores não são excludentes do seu conceito de ação, a qual é vista por eles como o “*direito de agir diante da jurisdição para obter a tutela jurisdicional*”, restringindo o termo “ação” ao direito constitucionalmente previsto de solicitar prestação jurisdicional efetiva e adequada do Estado-

86 *Ibidem.* P. 303.

87 *Ibidem.* P. 292.

88 *Ibidem.* P. 293.

89 *Ibidem.* P. 296.

90 *Ibidem.* P. 297-303.

91 *Ibidem.* P. 306.

92 Ações dúplices são aquelas em que o réu também formula um pedido de tutela jurisdicional do direito.

juiz, prolongando-se até a execução da sentença, a qual deverá ser feita através de meio capaz de permitir a tutela do direito⁹³.

Por fim, comparando as formas de tutela do direito e a ação de direito material projetada pela doutrina, ambas sitas no plano do direito material, finalizam ser a primeira mais apropriada para o direito contemporâneo⁹⁴. Por outro lado, não negam a afirmação da ação de direito material na propositura do processo, apenas sustentam que “*a categoria do direito à tutela dos direitos permite a elaboração de uma dogmática capaz de responder mais adequadamente às relações entre o direito material e o direito de ação*”, exigindo, pela sua teoria, a adequação entre a ação processual e as formas de tutela prometidas pelo direito material⁹⁵.

Ao indagarem sobre a possibilidade de Marinoni ter incorrido em violação ao princípio da identidade, José Maria Tesheiner e Rennan Thamay, de maneira didática, justificam que o mesmo “*conceitua a ação enquanto objeto da percepção do juiz, que a vê como um continente (pretensão à sentença) com certo conteúdo (pretensão à efetiva tutela de um direito subjetivo)*”⁹⁶.

2.2. A análise das críticas à ação material

Neste capítulo, serão respondidas as críticas expostas no capítulo predecessor. Para cada um dos itens do capítulo acerca das críticas corresponderá um item neste capítulo, utilizando-se da numeração respectiva.

2.2.1. Autonomia da ação material em face da tutela jurisdicional

Conforme visto, a construção da “ação” processual como única ação existente teve origem na má interpretação do que seria a *actio* romana, principalmente após a polêmica entre Windscheid e Muther, a qual é considerada o marco para a autonomia do direito processual em face do material. Acontece que não apenas foi conquistada a autonomia, mas também se revelou a “ação” processual como a única ação, eliminando, assim, a ação de direito material. Veremos aqui a possibilidade da coexistência entre a ação de direito material e a “ação” processual no mesmo ordenamento jurídico, independentemente da proibição ou não da autotutela e das diferenças entre os planos processual e material.

93 *Ibidem*. P. 322 e 328.

94 *Ibidem*. P. 332.

95 *Ibidem*. P. 333.

96 TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Op. cit.**, P. 146.

Como anotado por Ovídio, está em Windscheid a confusão entre ação de direito material e a “ação” processual, devido à ambiguidade do conceito da *actio* romana em sua teoria. O doutrinador alemão, ao se referir às fontes romanas, aparenta sugerir que se exerce a *actio*, quando, em verdade, alega-se em juízo a sua existência, do mesmo modo que não se exercer a pretensão material na relação processual. A ação e o direito subjetivo são categorias que, quando postas em discussão judicial, são alegadas⁹⁷.

Fábio Cardoso Machado identifica a falha dos processualistas modernos na crença de ter a “ação” processual substituído a antiga *actio*, consistindo em fenômenos eminentemente distintos: a ação de direito material significa o agir de quem tem direito para a sua realização, não sendo o “agir” autônomo e abstrato; já a “ação” processual é conceito autônomo e abstrato, o qual permite a qualquer um alegar ter direito e pretensão material para conseguir através do processo agir materialmente a satisfação desta pretensão⁹⁸. Finaliza: “a ação de direito material e a “ação” processual são categorias diferentes que designam fenômenos diversos, mas que guardam entre si um estreito vínculo instrumental: age-se processualmente para, verificada a procedência do pedido, agir-se materialmente”⁹⁹.

Ovídio aponta, como originador do erro cometido pela doutrina, a percepção da vedação da autotutela como a negativa sistemática da existência da ação material, ao que se soma outro equívoco, qual seja, a visualização do processo de conhecimento como mero instrumento declarativo do direito, transferindo-se, assim, a efetiva realização do direito para o processo de execução, cuja natureza jurisdicional já foi negada¹⁰⁰. Daí reflete:

A ser verdadeira a doutrina dominante, segundo a qual a ação (*agere*) de direito material teria sido, nossos sistemas jurídicos modernos, *substituída* pela ação processual, e sendo a ação de conhecimento apenas o “pronunciamento” que o Juiz faz, compondo o conflito, pergunta-se então: e havendo reconhecimento da procedência da demanda, não terá havido realização pelo Estado da ação de direito material que ele próprio vedou, pela via privada, a partir do momento em que o órgão jurisdicional *pratica aquela mesma atividade (agere)* que o titular do direito, reconhecido pela sentença, praticaria se o monopólio estatal da jurisdição não o

97 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 171.

98 MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 145.

99 *Ibidem*. P. 147.

100 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 21. Além disso, como destaca Lucas Buril, é evidente que o texto não se aplica, nesta parte, ao CPC/2015 – aliás, não se aplica ao CPC/1973 reformado –, onde o cumprimento de sentença é mera fase do processo, não sendo acertado falar em uma rígida separação. Aliás, já se chegou a firmar que nas obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa sequer se pode falar, precisamente, de outra fase (MACÊDO, Lucas Buril de. Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia. *Revista de Processo*, v. 250, p. 149-163, 2015).

tivesse impedido? A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade do obrigado, é a mesma ação de direito material, ou seja, o *agir* inerente a todo direito, realizado pelos órgãos estatais da jurisdição¹⁰¹.

Logo, o monopólio da jurisdição pelo Estado não substituiu o agir privado, e sim passou a conviver com ele, não sendo mais exercida a ação de direito material, em regra, pelo particular, mas através da jurisdição estatal. Nas palavras do mestre Pontes de Miranda: “As ações exercem-se em juízo ou fora dele. Quem fala de ações, no sentido do direito material, que é o próprio, somente por associação (fato psíquico, extrajurídico) alude à justiça estatal, ou à própria autotutela”¹⁰².

O mesmo caminho é trilhado por Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual existem duas realidades jurídicas distintas: a ação material (ligada ao direito material e concreta) e a processual (autônoma e abstrata), exercitando-se, nos casos em que vedada a autotutela, a primeira através da segunda¹⁰³.

Grande parte dos doutrinadores têm complicações quando vão laborar com o processo, justamente pelo seu caráter instável, o estado pendência a ele inerente. Ovídio resume bem essa dificuldade no seguinte trecho:

A doutrina processual utiliza-se das categorias do “ser” e do “não ser”, exigindo, pressupondo, que o direito subjetivo conserve as mesmas características com que o definiam fora do litígio; não lhes ocorre separar os dois planos, para ver o direito material que “é”, tornando uma “expectativa” durante o estado de pendência. A doutrina, porque não suporta conviver com a instabilidade própria do estado de pendência, raciocina como se direito que “era”, contraditoriamente “deixara de ser”, quando posto na relação processual¹⁰⁴.

Além disso, faz crítica severa aos normativistas que condicionam a existência do direito à sentença, afastando, por conseguinte, tudo que não for processualizado apenas ao mundo dos fatos, consistindo, assim, simplesmente em realidades sociologicamente relevantes¹⁰⁵. Para eles, só existe como direito o que é absoluto e certo, sendo forma singular de monismo que trabalha somente com o “certo” e o “errado”, contraditoriamente à essência natural do processo¹⁰⁶.

101 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 21.

102 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Op. cit.**, P. 78-79.

103 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 76.

104 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 64.

105 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 65.

106 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 108.

Fazendo referência direta à crítica feita por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira à sua teoria, reitera que o mesmo ignora o estado de instabilidade próprio do processo, não levando em consideração que as pretensões de direito material tornam-se meras expectativas de direito ao serem inseridas na relação processual litigiosa¹⁰⁷. Segue o raciocínio contestando a afirmação de Carlos Alberto Alvaro de apenas ser admissível a existência do direito após o contraditório, contra a qual se insurge dizendo: “*Não poderá haver ação material antes do contraditório, porque as coisas são ou não são; e antes do contraditório, para o juiz, elas não são!*”¹⁰⁸. Ou seja, mais uma vez apresenta Carlos Alberto Alvaro dificuldade em laborar com as características próprias do direito material e processual, condicionando até mesmo a existência do direito material ao contraditório.

Portanto, conclui Ovídio haver, na realidade, a coexistência da ação de direito material – dirigida contra o obrigado – e a “ação” processual, direcionada ao Estado, cuja função será, através do juiz, praticar o agir privado proibido por ele mesmo¹⁰⁹. Ambas são fundadas em algum direito exigível: a primeira em direito subjetivo material preexistente; a segunda na pretensão à tutela jurídica¹¹⁰.

Insurge-se, tal qual Ovídio, contra a alegação de apenas se poder falar em ação de direito material após o trânsito em julgado do processo, o processualista alagoano Pedro Henrique Nogueira, cuja opinião é de que tal pensamento reduziria o direito material a praticamente nada¹¹¹. Outra fundamental asserção realizada por Pedro Henrique é a de não ocorrer a conversão da ação de direito material em processual ao ser posta em discussão no âmbito judicial, podendo o juiz reconhecer ou não a existência da ação¹¹².

107 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 76.

108 *Ibidem*. P. 77.

109 Réplica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Por outro lado, não se constata a pretendida duplicação de ações em certas demandas constitutivas, positivas ou negativas, despidas de pretensão material, a exemplo da demanda de divórcio, de anulação de casamento e de interdição. Da mesma forma, impensável a duplicação de ações no que concerne à pretensão declaratória, pois o titular do direito não pode agir por si mesmo para sua realização – com ou sem vontade do obrigado: a declaração do próprio interessado de seu próprio direito seria um *flatus vocis*, tornando-se indispensável a certificação que exsurge da autoridade estatal, com o exercício da jurisdição e o acolhimento da demanda”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Problema da Eficácia da Sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 48).

110 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 28.

111 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 130.

112 *Ibidem*. P. 133.

Aliás, Daniel Francisco Mitidiero igualmente contradita Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no tocante à conclusão deste de não se poder exercer o que não se tem, ou seja, a impossibilidade de ser exercida a ação e, ao fim do processo, receber a sentença de improcedência. O Professor Mitidiero esclarece que, na realidade, será exercida a “ação” processual, em virtude da inafastabilidade da jurisdição, enquanto a ação de direito material terá sido afirmada como hipotético e eventual conteúdo daquela “ação”¹¹³.

Relativamente a essa mesma passagem de Carlos Alberto Alvaro, Fábio Cardoso Machado assinala poder alguém alegar, no início do processo, que tem ou que se deva realizar uma ação, mas, na verdade, não a tem, e, por conseguinte, não deve se realizar¹¹⁴. Aliás, é justamente nesse sentido que se fala, tão comumente na prática, em “ação improcedente”.

Ademais, Fábio Cardoso tece comentários em sentido oposto ao pregado por Carlos Alberto Alvaro, o qual, segundo o Professor Cardoso, tem teoria contrária à tendência de aproximação entre o direito material e processual, pois, se a “ação” processual é exclusiva, não está vinculada a direitos. O direito material, nesse contexto, teria a existência condicionada à sentença de procedência, a qual constituiria o direito, não havendo que se falar nele antes dela¹¹⁵. Reflete Fábio Cardoso: “*Como poderia ser o processo um instrumento a serviço do direito material se a própria existência de qualquer direito dependesse da sua constituição por ato do juiz que o fizesse existente?*”¹¹⁶.

Além disso, Daniel Mitidiero afirma que, se admitido que a eficácia da sentença nasça apenas com o provimento jurisdicional final, ficaria a critério do juiz a eficácia a ser dada, independentemente da peculiaridade do direito, da pretensão e da ação afirmadas¹¹⁷. Veríamos, portanto, o processo - instrumento – ditando os efeitos da tutela da ação posta em juízo.

Prossegue Mitidiero apontando confusão entre os planos do direito material e processual na formulação de Guilherme Rizzo Amaral, cuja teoria apenas enxerga, no plano do direito material, a eficácia executiva e mandamental, as quais supõe serem as únicas

113 MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 132.

114 MACHADO, Fábio Cardoso. **Op. cit.**, P. 151.

115 *Ibidem*. P. 149.

116 *Ibidem*. P. 150.

117 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Op. cit.**, P. 136.

realizáveis antes da interferência estatal, devido à vedação à autotutela¹¹⁸. Assim como faz Guilherme Rizzo Amaral, Mitidiero traz exemplo a fim de cristalizar seu entendimento:

Imagine que “A” contrate com “B” a entrega de cinco sacas de arroz em um prazo determinado mediante o pagamento de dada quantia em dinheiro. Pergunta-se: por força do direito material, tem “A” direito e pretensão a que “B” reconheça a existência do negócio jurídico entre ambos? O fato de estar vedada a autotutela interfere na equação do problema? Por força do direito material, tem “A” o direito de resolver o contrato com “B”, acaso esse não venha a adimplir a sua obrigação, já tendo “A” prestado da maneira como fora negociado? O fato de estar vedada a autotutela interfere na equação do problema? Por força do direito material, tem “A” direito e pretensão ao crédito, já tendo prestado a sua parte na obrigação, contra “B”? O fato de estar vedada a autotutela interfere na equação do problema? As perguntas, como se pode facilmente perceber, são auto-explicativas: é evidente que, em todas as situações elencadas, “A” tem um situação de vantagem contra “B” por força do direito material, fato que Guilherme Rizzo Amaral procurou refutar, mas sem, em nossa opinião, lograr êxito. O embaraço de nosso processualista talvez resida no fato de que todas essas ações são essencialmente normativas, só podendo ser pensadas e compreendidas nessa sede¹¹⁹.

Consoante aduz Pedro Henrique Nogueira, embora, na maioria das vezes, haja a impositividade por meio da coação, nem sempre isso ocorrerá, exemplificando com a possibilidade de o sujeito ativo ter a ação, mas não a exercer.¹²⁰ A título de exemplo, podem ter os galhos da árvore do vizinho invadido minha propriedade, momento este que surgirá a ação para mim (vide art. 1.283 do CC), e eu não os corte, estando, logo, sem exercê-la. Enquanto a “ação” processual apenas pode ser exercida através do processo, a ação de direito material é passível de exercício através das vias pessoal, administrativa e judicial¹²¹.

A recíproca também é verdadeira, isto é, pode a pessoa ter direito à ação processual sem a ação (material). O ordenamento jurídico prevê isso constitucionalmente ao garantir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF).

Desse modo, quando o juiz decide pela improcedência da demanda, atingindo o mérito, está reconhecendo o direito - subjetivo público - de ação processual do autor, mas, por outro lado, negando a existência de ação. No caso, nas palavras de Ovídio¹²², “o autor somente exerceu a “ação” processual porque – estando sob a proteção de um Estado juridicamente organizado – tivera “direito” a ser ouvido perante um tribunal”, o qual apreciará a sua alegação de ter ação material.

118 *Ibidem*. P. 133.

119 *Ibidem*. P. 135/136.

120 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 113.

121 DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_observa%E7%F5es_sobre_o_conceito_de_pretens%E3o.pdf.

Acesso em: 23/04/16.

122 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 186.

As pretensões de direito material, ao serem postas à apreciação do Judiciário, viram expectativas de direito, transfigurando-se do plano da certeza, o “ser”, típico do direito material, para o da dúvida, o “talvez seja”, predominante no processo, por causa da litispendência. Ocorre o desaparecimento da ação de direito material, a qual não pode subsistir no processo, campo da incerteza, figurando-se, agora, como hipótese possível de ser acatada pelo juiz, repetindo: mera expectativa de direito.

O Código Civil atual, em seu art. 195, por exemplo, utiliza o conceito de ação correto, sem se referir ao processo. Vejamos: “*Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição ou não a alegarem oportunamente*”. Neste dispositivo legal, claramente se verifica que a alusão não é feita à “ação” processual, mas sim à de direito material, haja vista estar direcionada contra os assistentes ou representantes legais, não podendo ser confundida com a “ação” processual ou o direito à tutela estatal. Apesar do esforço doutrinário em imiscuir a ação material na processual, não se pode negar que o texto de lei do Código Civil vigente utiliza o conceito de ação material, tão caro a nossa tradição, em vários dispositivos¹²³, conquanto o empregue em sentido processual em outros.

Além de todo o exposto, compartilhamos com o que conclui Pedro Henrique Nogueira: “*a necessária relação existente entre o direito fundamental à jurisdição e o processo não elimina, antes requer, uma ligação com o direito material, sobretudo se não perdermos de vista o caráter instrumental das normas jurídicas processuais*”¹²⁴.

Nesse contexto, nota-se que há nítida dificuldade da doutrina processual em admitir a instrumentalidade do processo, extrapolando-se os limites da estabelecida autonomia do direito processual em face do material ao intentar estabelecer absoluta independência deste em relação àquele.

Por fim, Leonardo Santana de Abreu, em relação à opinião de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que supõe a incompatibilidade entre a ação de direito material e a complexidade das tutelas do ordenamento jurídico atual (p. ex., demandas abstratas de constitucionalidade e tutela de direitos difusos e coletivos), dispõe:

No caso dos direitos difusos, a ação material justamente refere-se ao direito difuso da coletividade; se, v.g., o Ministério Público ingressa com uma ação civil pública em favor do meio ambiente para impor determinado reflorestamento, o direito difuso da coletividade: se, v.g., o Ministério Público ingressa com uma ação civil pública em favor do meio ambiente para impor determinado reflorestamento, o direito difuso

123 Outro exemplo de utilização correta: *Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;*

124 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 158.

da coletividade ao meio ambiente preservado e a respectiva pretensão e ação material foram afirmados por meio da “ação” processual, no caso, a ação civil pública. Além disso, importante salientar que a defesa da tese da ação material não pressupõe nem mesmo a sua presença em todas as situações concretas, como também o direito subjetivo pode não estar presente. No caso da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, v. g., tem-se o exercício de uma “ação” processual sem relação direta com algum direito subjetivo e, justamente por essa razão, também inexistente ação material¹²⁵⁻¹²⁶.

2.2.2. Análise crítica da Teoria da Tutela dos Direitos de Marinoni

A teoria elaborada por Marinoni é criticada por alguns doutrinadores, cabendo-nos expor a censura feita por eles, a fim de propiciar maior diálogo entre as ideias, para assim, chegar a uma conclusão adequada.

Hermes Zaneti Junior diz que, caso seja aceita a teoria da tutela dos direitos sem as reservas necessárias, “*resultaria retirar a validade da afirmação de que a iniciativa do processo judicial se coloca nele mesmo, no senso de que é a sua característica juspublicística que governa o seu desenvolvimento (em contraditório) e o provimento de mérito*”¹²⁷. Segundo o mesmo, a teoria de Marinoni tem importância inegável por separar a tutela dos direitos da técnica processual, contudo não chega a atingir a realidade fática do processo¹²⁸.

Segundo Pedro Henrique Nogueira, a adoção dessa teoria traz como consequência a mesma de tantas outras concepções similares: “*o inconveniente de fazer alusão ao direito a um julgamento favorável*”¹²⁹. Não vê, assim, vantagem na utilização da expressão tutela jurisdicional dos direitos no lugar de ação de direito material.

Ovídio Baptista, na mesma linha de Pedro Henrique, tece críticas à teoria de Marinoni. Primeiramente, considera que a “ação” adequada à tutela dos direitos, proposta por Marinoni, seria como uma “ação procedente” - concreta - cujo conteúdo seria dado pelo processo. Ademais, aponta lacuna na teoria por não afirmar quem seria responsável por preencher tal conteúdo dessas ações processuais concretas, se o autor na inicial ou o juiz na

125 ABREU, Leonardo Santana de. **Op. cit.**, P. 136.

126 Nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira: “*Quando o Ministério Público propõe “ação” civil pública visando obter reflorestamento de área desmatada, e obtém, efetivamente, o provimento judicial solicitado (a obrigação de fazer é adimplida pelo infrator), tem-se a satisfação do direito difuso de toda a coletividade. A ação (direito material) para impor o reflorestamento foi exercida através da “ação” civil pública e os direitos difusos que haviam sido lesados foram satisfeitos*” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 137.). E: “*No âmbito da jurisdição constitucional exercida através dos chamados “processos objetivos”, têm-se “ações” processuais (v.g. ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade) sem haver relação imediata com algum direito subjetivo e muito menos com alguma ação de direito material*” (*Ibidem*. P. 135.).

127 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Op. cit.**, P. 179.

128 *Idem*.

129 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 137.

sentença, concluindo: “*teríamos uma ação abstrata e inúmeras ações concretas que, mesmo assim, não seriam expressões das respectivas pretensões de direito material*”¹³⁰.

José Maria Tesheiner e Rennan Thamay expõem contradição no aludido pensamento, vez que não é possível a ação ser direito a efetiva tutela jurisdicional de direito inexistente, e, “*sendo a ação abstrata, podendo, pois, provocar um juízo de improcedência, como se lhe poderia acrescentar o plus da adequação à tutela de um direito material inexistente?*”¹³¹.

Na verdade, não discordamos da teoria da tutela dos direitos. Ela, bem vistas as coisas, parte de uma outra perspectiva, que omite a alusão à ação material, mas não a nega. Realmente, é plenamente possível falar nas várias formas de tutela dos direitos – aliás, mais do que isso, é funcionalmente relevante o uso dessa ótica para dar solução a vários problemas – e, simultaneamente, em ação material. Uma coisa não nega a outra, na verdade, elas se complementam.

Trabalhar com as formas de tutelas do direito e ação de direito material conjuntamente contribui para a efetiva proteção ao direito subjetivo material através da técnica processual mais adequada, auxiliando na adequação entre as formas de tutelas do direito, a ação de direito material e a tutela jurisdicional realizada. Tratam-se, portanto, de conceitos distintos, mas que, se utilizados cientificamente e pragmaticamente da maneira correta, ajudam no cumprimento de um dos escopos do processo, enquanto instrumento que é, a efetivação do direito material.

3. A AÇÃO MATERIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. Arremate – a justificativa científica

Não merecem prosperar as teses dos que negam a ação de direito material baseados na sua abstração e pouca função pragmática. Institutos feito o direito subjetivo, a pretensão e a ação não são tão fáceis de visualizar na *práxis* jurídica, contudo isso não os torna inexistentes, são ficções necessárias para a compreensão da fenomenologia do direito.

A grande dificuldade apresentada acontece justamente por estar cada vez menos se fazendo ciência jurídica, predominando os estudos práticos, notavelmente no campo da ciência processual, a qual tem sua produção acadêmica paulatinamente voltada aos estudos dos casos concretos. A ciência é pretensamente descritiva e, se pretende-se fazer ciência jurídica, é necessário utilizar-se da descrição.

130 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 218.

131 TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Op. cit.**, P. 146.

Atualmente a maior parte dos estudos jurídicos são realizados por práticos, não por teóricos, ignorando conceitos jurídicos fundamentais, o que traz, conseqüentemente, prejuízos não somente para a ciência do Direito, também para a própria prática jurídica. É necessário ler mais teóricos como Pontes de Miranda.

Afora isso, há realmente função pragmática no uso da ação de direito material. A efetividade do processo como instrumento apto à realização do direito material depende da efetivação da ação material alegada. Além disso, o resultado prático do agir privado (ação) e do público (tutela jurisdicional) será o mesmo, devendo, inclusive, a sentença manter essa correlação, senão estará o juiz passando dos limites do pleiteado pelo autor. Mudar-se-á o agente, consoante demonstra Ovídio no seguinte exemplo:

Vamos a um exemplo, que poderá ser multiplicado aos milhares: vencida a locação, o inquilino recusa-se a restituir o imóvel locado. O locador não vacila, contrata três ou quatro auxiliares e promove o despejo, lançando na rua os móveis do locatário. Esta seria uma autêntica “ação de direito material”, certamente vedada pelo direito moderno. A alternativa será pedir que o juiz promova o despejo (“exerça a ação”) expedindo o respectivo mandado, a fim de que os oficiais de justiça, em seu nome, “ajam despejando”¹³².

Em síntese, sem adequar a tutela jurisdicional final à ação de direito material não se estará diante de processo efetivo.

Pode-se notar julgados, inclusive, que fazem uso do conceito para outras finalidades práticas, destacando-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PORTARIA Nº 239/2002 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. COMPENSAÇÃO NAS VERBAS DE FUNDEF DEVIDAS AOS AUTORES, MUNICÍPIOS DO ESTADO DE ALAGOAS. REALIZAÇÃO DO PRETENSO DIREITO DA UNIÃO (QUE TERIA FEITO PAGAMENTO EXCESSIVO ANTERIORMENTE) POR MEIO DE AUTOTUTELA, A QUAL ATENTA CONTRA A PREVISIBILIDADE INERENTE AO REGIME ORÇAMENTÁRIO DOS ENTES PÚBLICOS, MILITANDO, AINDA MAIS, EM DESFAVOR DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DOS AUTORES. 1. É incontroverso nos autos, a partir dos vários arrazoados colacionados pelos litigantes, que o Poder Executivo Federal, louvado na Portaria nº 239/2002 do Ministério da Fazenda, findou realizando compensação nas verbas do FUNDEF que são devidas aos autores da ação, municípios do Estado de Alagoas; 2. A providência teria se fundado na constatação de que houvera pagamento a maior em determinando exercício, circunstância supostamente verificada pelo Ministério da Fazenda, e daí que a União, no exercício seguinte, cuidara de realizar, por meio de autotutela, o que supunha ser crédito seu, gerando a subtração de R\$ 11.236,00 em relação às quantias devidas ao município de Messias, e de R\$ 35.966,83 concernentemente ao de Junqueiro; 3. Para a sentença, de nada adiantaria reconhecer indevida a forma de realização do direito da União para, em seguida, sujeitá-la à necessária propositura de executivo fiscal tendente ao mesmo fim; a medida, ao cabo, teria cunho limitadamente contábil (mera "movimentação de caixa"), de modo a restar esvaziada de "utilidade" (interesse de agir), donde, finalmente, a extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no CPC, Art. 267, VI; 4. Ao contrário, porém, do

132 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 65.

pontuado pelo juízo planicial, não parece correta a realização do suposto crédito da União na forma praticada, ou seja, por meio de **compensação a qual, significando a prática de autotutela de direitos, representa uma ação de direito material** colidente com valores constitucionais intransponíveis: de um lado, não permitiu, aos demandantes, o exercício do contraditório e da ampla defesa no bojo de um processo administrativo que se tivesse levado a efeito (e aí a dúvida sobre o acerto ou desacerto da premissa concernente a um primeiro pagamento feito a maior); de outro, que o regime orçamentário estabelecido no Texto Constitucional sugere, para o Poder Público, a adoção de critérios de previsibilidade mais acentuados que aqueles normalmente cogitados para os particulares, como exige o princípio da continuidade do serviço público; 5. À vista de ser, este, processo em que o único debate remanescente é jurídico (como se percebe), justifica-se, superada a preliminar acolhida em primeiro grau, a aplicação da norma contida no CPC, Art. 515, parágrafo 3º, donde o provimento do apelo com o imediato reconhecimento da procedência dos pedidos autorais, o que ora se faz; 6. Vencida a Fazenda Pública, são fixados honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do CPC, Art. 20, parágrafo 4º, em equitativos R\$ 2.000,00 (dois mil reais); 7. Apelação, nestes termos,

provida.
(AC 20078000059389, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::29/03/2011 - Página::201 - grifamos)

Percebe-se, nesse primeiro julgado, o reconhecimento pelo Tribunal da existência da ação material na compensação tributária, apesar de ser proibida no caso em específico. Ou seja, corretamente o TRF da 5ª Região compreende subsistir a ação de direito material não obstante a regra da vedação à autotutela pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Vejamos outra aplicação pela jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE PENSÃO ESPECIAL À FILHA DE EX-COMBATENTE. PRESCRIÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INVALIDEZ POSTERIOR. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. - A disposição constante no art. 53, II, do ADCT estabelece que a pensão especial de ex-combatente poderá ser requerida a qualquer tempo, permitindo-se concluir pela imprescritibilidade do fundo de direito. - **Com o indeferimento do pedido pela Administração Pública, surgiu a ação de direito material e sua respectiva pretensão uma vez configurada a lesão ao direito subjetivo da parte.** Assim, não merece reparos a sentença quanto a fixação do termo inicial do benefício eventualmente devido à data do requerimento administrativo (22/09/1999). - A jurisprudência vem afirmando que a norma aplicável para a concessão de pensão à filha de ex-combatente é aquela vigente à época do óbito de seu instituidor, ou seja, do falecimento do ex-combatente, tornando-se irrelevante a data do requerimento administrativo ou do falecimento de sua mãe. Precedentes - In casu, o ato administrativo de indeferimento da concessão do benefício de pensão especial fundou-se na circunstância de ser a autora maior de 21 anos e casada. Ora, em verdade, não é esta a realidade da apelada que, embora realmente tenha mais de 21 anos, eis que nascida em 16/08/1947 (fls.18), é viúva (fls. 17), situação que, na prática, se assemelha ao estado civil de solteira. - Assim, tendo em vista que o indeferimento do benefício está fundamentado em motivo inexistente, resulta a invalidez do ato administrativo ora impugnado. Observe-se que a invalidez da autora restou reconhecida pela própria Marinha no Termo de Inspeção de Saúde expedido pelo Ministério da Marinha, em 24/08/99 (fl.35). - Resta, pois, identificado o enquadramento da autora como dependente de ex-combatente, conforme exige o art. 5º, III, da Lei nº8.059/90. - Apelação e remessa oficial improvidas. (AC 200071000195563, VÂNIA HACK DE ALMEIDA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 03/05/2006 PÁGINA: 507 - grifamos)

In casu, o indeferimento do pedido de pensão para a Administração Pública foi negado, nascendo, por decorrência, a ação de direito material, haja vista a violação ao direito subjetivo da parte e a negativa de cumprimento voluntário da obrigação.

Expomos as referências de mais alguns julgados que trabalham com o instituto da ação de direito material: AI 00083737320154030000, Desembargador Federal Hélio Nogueira, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/02/2016¹³³; AC 200170000366890, Luiz Carlos De Castro Lugon, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 05/11/2003¹³⁴; AC 199904011247765, Luiz Carlos De Castro Lugon, TRF4 - SEXTA TURMA, DJ 11/04/2001¹³⁵; AC 9002201036, Desembargador Federal D'Andrea Ferreira,

133 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. CONCESSÃO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DOS TRABALHOS DE DEMARCAÇÃO SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. EXIGUIDADE. NECESSIDADE DE REFORMA. AGRAVO PROVIDO. 1. **Configurada juridicamente como posse peculiar, dada sua conformação jurídico-constitucional no direito brasileiro, a posse indígena merece proteção como estado de fato (ius possessionis) e como pretensão, ação de direito material e direito à posse (ius possidendi).** 2. Compete à União Federal demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como proteger e fazer respeitar todos os seus bens, conforme norma prevista no art. 231 da Constituição Federal. No entanto, a demarcação das terras indígenas, conforme disposto no Decreto n. 1.775/96, deverá ser precedida de trabalho de identificação da área, ou seja, trabalho que antecede o processo de demarcação das terras indígenas, sob iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio (FUNAI). 3. Na singularidade do caso, o prazo de 6 (seis) meses, concedido pela decisão hostilizada, para que a FUNAI promovesse a conclusão dos trabalhos de identificação da área reivindicada pelos índios Terena em Santa Rita do Pardo - MS, e apresentasse, no processo administrativo próprio, o relatório circunstanciado previsto no Decreto nº 1.775/96 (art. 2º §6º), afigura-se, numa primeira aproximação, excessivamente exíguo para seu cabal cumprimento, levando em conta a complexidade do processo demarcatório e o número efetivamente reduzido de técnicos habilitados para a realização do trabalho. 4. Não obstante a falta de recursos financeiros e materiais, vem procurando dar andamento aos trabalhos para a demarcação das terras indígenas, não apenas na região de Santa Rita do Pardo, mas em todo o Estado do Mato Grosso do Sul, tendo inclusive, já sido firmados Termos de Ajustamento de Conduta com o MPF para conclusão dos trabalhos, afluindo, portanto, desproporcional, nesse contexto, o prazo de 6 (seis) meses para que se conclua o relatório referente ao presente processo. 5. Agravo de instrumento provido. (AI 00083737320154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/02/2016 - grifamos)

134 ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. ART. 53 DO ADCT. LEI Nº 8.059/90. REVERSÃO. PAGAMENTO. DATA INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ÓBITO. PRESCRIÇÃO. 1. A pensão especial, revertida aos dependentes em face do óbito do ex-combatente, é devida desde o evento morte do instituidor, e não do requerimento administrativo. **2. Nascida a pretensão, o segurado tem a ação de direito material e de direito processual; as duas relações, todavia, não se confundem.** Assim, se houve prévio requerimento na via administrativa, a prescrição deve ser contada a partir da data em que a Administração indeferiu o pedido; se não houve, aí sim, conta-se a prescrição a partir do ajuizamento da ação. (AC 200170000366890, LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 866 - grifamos)

135 PREVIDENCIÁRIO. VALORES PAGOS COM ATRASO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DIES A QUO. 1. Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar. **2. É a partir do exposto indeferimento da Administração que surge a ação de direito material, demarcando o dies a quo para a contagem da prescrição.** Se não houve o prévio requerimento administrativo, aí sim; conta-se a prescrição a partir do ajuizamento da ação. (AC 199904011247765, LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, TRF4 - SEXTA TURMA, DJ 11/04/2001 - grifamos)

TRF2 - SEGUNDA TURMA¹³⁶; TJ/RS , AC 70004303020, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, DJ 15/09/2004¹³⁷.

3.2. A supressão das condições da ação como categoria

Antes de mais nada, devemos criticar a nomenclatura “condições da ação” por serem referentes ao processo. O termo correto, na realidade, seria condições para o julgamento do mérito do processo, por dois motivos: a) como visto, ação não se confunde com a “ação” processual ou o remédio jurídico processual; b) ainda que fossem condições da “ação” processual, a pretensão à tutela jurídica, de acordo com o exposto nos capítulos precedentes, exerce-se independentemente do resultado do julgamento.

O CPC-73 adotava expressamente as condições da ação, muito influenciado pelas ideias de Liebman, principal responsável pela propagação do termo “condições da ação” no ordenamento jurídico brasileiro. Tal poderia ser conferido na redação dos arts. 267, IV e 301, X, do CPC-73, que, respectivamente, utilizavam o termo “condições da ação” e “carência de ação”¹³⁸.

Entretanto, não estavam os citados dispositivos imunes às críticas da doutrina, que recebiam ataques devido a serem consideradas sitas em região intermediária entre questões de mérito e de admissibilidade. Ora, ou a questão é de mérito ou de admissibilidade, não sendo cabível a criação de uma terceira zona. Inclusive, a adoção do binômio não implicaria no

136 PROCESSUAL CIVIL. CARENIA DE AÇÃO DECRETADA EM SENTENÇA FINAL, EM PROCESSO QUE ENVOLVE INTRINCADA MATERIA DE DIREITO. IMPERTINENCIA. CASSAÇÃO DA DECISÃO, PARA QUE SEJA JULGADO O MERITO. VINCULAÇÃO ESTREITA ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL NO TOCANTE A DIFERENÇA ENTRE CARENIA DE AÇÃO E O MERITO, COM JULGAMENTO DA PROCEDENCIA OU IMPROCEDENCIA DO PEDIDO. NA APRECIACÃO DA PRIMEIRA, O JUIZ AFERE SE A SITUAÇÃO JURIDICA DE DIREITO MATERIAL INVOCADA ENSEJA A SEU TITULAR A PROPOSITURA DAQUELA ESPECIE DE AÇÃO. EXEMPLIFICAÇÃO DOS TOPICOS DE INTER-RELACIONAMENTO, NAS NOÇÕES DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL (ART. 6 DO CPC), IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO (ART. 267, VI); E, NO PROCESSO PENAL, DE ABSOLVIÇÃO DO REU, NO CASO DO ART. 386, VI, DO CPP. **A AÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL E O VEICULO DE EFETIVAÇÃO DA PRETENSÃO DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL.** (AC 9002201036, Desembargador Federal D'ANDREA FERREIRA, TRF2 - SEGUNDA TURMA - grifamos)

137 **APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTEMPESTIVIDADE.**

I – Nas execuções fiscais, extingue-se em 30 dias o prazo para oposição de embargos, contado da intimação da penhora (art. 16, III da Lei 6.830/80).

II – Mesmo que recebidos os Embargos, não fica o órgão judiciário impedido de rejeitá-los posteriormente.

III – Não opostos embargos ou opostos a destempo, extingue-se apenas a oposição à execução no sentido de remédio processual, subsistindo a ação de direito material, que desenganadamente autoriza, sem determinar empecilhos ao processo executivo, a ação porventura cabível.

Apelo desprovido.

138 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;

*Art. 301. **Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:***

IX - carência de ação;

desaparecimento das “condições da ação”, tornando-se as questões assim denominadas de mérito ou de admissibilidade – como sempre deveria ser¹³⁹.

A “condição da ação” mais suscetível de críticas sempre foi a “possibilidade jurídica do pedido”, devido à dificuldade de diferenciá-la da decisão de mérito que julga improcedente o pedido. Por conseguinte, o novo Código de Processo Civil suprimiu a alusão à “possibilidade jurídica do pedido” da classe “condições da ação”. Além disso, o NCPC acertadamente retira a alcunha “condições da ação” sem a substituir por outra, apenas referindo-se ao interesse processual e à legitimidade individualmente no seu art. 17¹⁴⁰, os quais, se ausentes, acarretarão a inadmissibilidade, conforme art. 485¹⁴¹.

Embora o NCPC tenha aparentemente atendido às críticas doutrinárias, insurgiu nova polêmica envolvendo Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara, contando com a intervenção de Leonardo Carneiro da Cunha.

De um lado, Didier, com o qual concordamos, aduz que, diante da omissão legislativa da “possibilidade jurídica do pedido”, os antes chamados casos de “impossibilidade jurídica do pedido” deslocam-se da sentença por carência de ação para a improcedência liminar do pedido, tratando-se de mérito propriamente dito. Referentemente ao interesse de agir e à legitimidade *ad causam*, devido à supressão da nomenclatura “condições da ação” no NCPC, em sua opinião, passariam a ser considerados pressupostos processuais de validade, sendo o primeiro objetivo extrínseco e o segundo subjetivo. Ressalva ainda estar se falando da legitimidade extraordinária, pois a ordinária é questão de mérito¹⁴².

Subsequentemente, Alexandre Freitas Câmara publica artigo discordando de Didier. Em sua exposição, expõe ser a impossibilidade jurídica do pedido ligada à falta de interesse de agir, dizendo que “*aquele que vai a juízo em busca de algo proibido aprioristicamente pelo ordenamento jurídico postula, a rigor, uma providência jurisdicional que não lhe pode trazer qualquer utilidade*”¹⁴³.

Freitas Câmara, no tocante à abolição da categoria “condições da ação”, apesar da supressão do nome no NCPC, aduz não ter acabado, tampouco sido acoplada aos pressupostos

139 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. P. 305.

140 Art. 17. *Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.*

141 Art. 485. *O juiz não resolverá o mérito quando:*

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

142 DIDIER JR., Fredie. **Op. cit.**, P. 306. E também: DIDIER Jr., Fredie. “Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 197, P. 255-260.

143 CÂMARA, Alexandre Freitas. “Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho 2011, v. 197, P. 263.

processuais, diferenciando destes por se referir à “ação”, enquanto aqueles dizem respeito ao processo¹⁴⁴.

Leonardo Carneiro da Cunha concorda com Didier, expressando não se confundir a possibilidade jurídica do pedido com o interesse de agir, já que pode o provimento jurisdicional ser juridicamente impossível e ter utilidade e necessidade, restando, assim, os casos de impossibilidade jurídica do pedido nas sentenças de improcedência. Compartilha do mesmo entendimento de Didier também na conclusão de o NCPC acabar com as “condições da ação” e tornar o interesse e a legitimidade extraordinária pressupostos processuais¹⁴⁵.

3.3. O uso do termo ação em seu sentido material no novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil traz em dispositivos a ação de direito material, ainda que os legisladores não tenham notado e grande parte dos juristas tampouco notará quando se utilizar deles.

Um dos que trazem esse conceito é o art. 20 do NCPC, que assim dispõe: “*É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito*”.

Utilizo-me de explicação de Ovídio para mostrar que o conceito trabalhado no dispositivo é o de ação de direito material. Segundo o doutrinador gaúcho, para a maioria dos pensadores, na “ação” declaratória, assim como na constitutiva e condenatória, não se visa a nenhuma atividade do Estado ou do obrigado, inexistindo ato que alcance o mundo empírico, localizando-se apenas no mundo das ideias ou normativo, porque a atividade do juiz se restringirá a dizer o direito¹⁴⁶. Ainda explica que, para os processualistas, o “direito positivo” que gera as ações é o processual, por exemplo, a sentença que anula contrato seria constitutiva porque o direito processual assim o quer¹⁴⁷. Em suma, alegam que será o direito processual que irá ditar a eficácia da sentença.

Ovídio contesta essas considerações afirmando que não vislumbram os processualistas “*que possa haver ligação entre as eficácias expressas nas sentenças de procedência e as respectivas pretensões de direito material que o processo recebe como um “dado”, como um pressuposto, sobre o qual terá de operar*”. A ação declaratória já vai existir

144 *Ibidem*. P. 261-269.

145 CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, P. 227-235.

146 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Material e Processo*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 57.

147 *Ibidem*. P. 68.

antes do processo e será alegada nele para ser ou não confirmada pela sentença, tal qual o direito subjetivo¹⁴⁸. Nesse contexto, questionamos: o fato de o direito subjetivo tornar-se alegação no processo a ser reconhecida ou não pela sentença o torna inexistente?

Reflete Ovídio: “*Como poderiam indagar os que negam a existência das “ações de direito material”, ver-se nas ações declaratórias e constitutivas, uma ação (um agir), seja do obrigado seja do juiz?*”¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

Transpondo o raciocínio para cá, nota-se que o art. 20 do NCPC diz respeito à ação declaratória, cuja natureza é de direito material.

Ainda se tem a ação de direito material no art. 53, I do NCPC, assim descrito:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

Nota-se a qualificação da ação como de divórcio, ou seja, está qualificada de acordo com o direito material, sendo o divórcio o direito subjetivo material da parte cuja ação é alegada no processo. Deve-se recordar que a “ação” processual é abstrata e autônoma, não podendo ser qualificada de acordo com o direito material, ao contrário da ação de direito material. Do mesmo modo, se pensa em relação, dentre outros, aos arts. 46, 47, *caput e § 2º*, 53, II, III, a, d, f, IV e V, 73, 85, §9º, 105, 122, 246, §3º, 292, I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII, 323, 491, 497, 498, 501, 539, §3º, 554, 557, 561, IV, 569, I e II, 581, parágrafo único, 599, *caput e § 2º*, 693, parágrafo único, 700, *caput e § 6º e 7º*, 702, §6º, 741, § 4º, 792, I, todos do NCPC¹⁵¹.

148 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 229.

149 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Material e Processo*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 57.

150 *Ad argumentandum tantum*, Ovídio observa que, embora seja admitido o pensamento de ser possível que as pretensões declaratórias e constitutivas somente possam ocorrer dentro do processo, não há impeditivo para sua existência no âmbito extraprocessual (*Ibidem*. P. 68).

151 Art. 46. *A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.*

Art. 47. *Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa.*

§ 2º *A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.*

Art. 53. *É competente o foro:*

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

(...)

II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

III - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica;

(...)

c) onde exerce suas atividades, para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica;

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

(...)

f) da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício;

IV - do lugar do ato ou fato para a ação:

a) de reparação de dano;

b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios;

V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

Art. 85, § 9º: Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

Art. 122. A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos.

Art. 539, § 3º: Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

Art. 323. Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las.

Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

539, § 3º: Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa.

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Art. 561, IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

Art. 569. Cabe:

I - ao proprietário a ação de demarcação, para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados;

Igualmente o § 5º do art. 968 do NCPC utiliza-se da ação de direito material, apresentando o seguinte teor:

§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

Nesse dispositivo fala-se em julgamento da ação, o que nos leva a concluir estar se referindo à ação de direito material. Isto porque a “ação” processual é abstrata, sem conteúdo, acarretando a impossibilidade de julgamento do seu mérito. Ovídio já abordava a questão dizendo ser absurdo supor que o juiz julgue o mérito de instituto abstrato, tal qual a “ação” processual, algo que alega que apenas seria possível se a sentença de procedência fosse “menos abstrata” do que a de improcedência¹⁵².

Essa argumentação também se aplica aos arts. 25, 572, §2º e 627, §3º, do NCPC¹⁵³.

Outra visualização da ação de direito material no NCPC encontra-se no § 1º do art. 242, de seguinte conteúdo: “*Na ausência do citando, a citação será feita na pessoa de seu*

II - ao condômino a ação de divisão, para obrigar os demais consortes a estrear os quinhões.

Art. 581. Parágrafo único. A sentença proferida na ação demarcatória determinará a restituição da área invadida, se houver, declarando o domínio ou a posse do prejudicado, ou ambos.

Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto:

(...)

§ 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

Art. 693. Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

(...)

§ 6º É admissível ação monitória em face da Fazenda Pública.

§ 7º Na ação monitória, admite-se citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum.

Art. 702, § 6º: Na ação monitória admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção.

Art. 741, § 4º: Os credores da herança poderão habilitar-se como nos inventários ou propor a ação de cobrança.

Art. 792, I: quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

152 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 229.

153 Art. 25. *Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.*

Art. 572, § 2º: Neste último caso, a sentença que julga procedente a ação, condenando a restituir os terrenos ou a pagar a indenização, valerá como título executivo em favor dos quinhoeiros para haverem dos outros condôminos que forem parte na divisão ou de seus sucessores a título universal, na proporção que lhes tocar, a composição pecuniária do desfalque sofrido.

Art. 627, § 3º: Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de provas que não a documental, o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

mandatário, administrador, preposto ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados”. A explicação está em ser a ação de direito material que se origina de fatos, no caso, dos atos praticados pelo mandatário, administrador, preposto ou gerente. Conforme já visto, a ação surge do não cumprimento voluntário da obrigação pelo obrigado, transformando a exigibilidade (pretensão) em impositividade (ação), a qual será alegada em juízo se vedada a utilização da justiça de mão própria.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o conceito de ação de direito material está maciçamente presente no Novo Código de Processo Civil, tal qual estava no Código de Processo Civil de 1973, ainda que ignorado pela maioria da doutrina e jurisprudência. Portanto, é fundamental tanto para os cientistas quanto para os práticos do direito laborar com o instituto cuja presença no ordenamento jurídico brasileiro perdurará até que se encontre teoria capaz de substituí-lo, pois removê-lo criaria uma lacuna na fenomenologia jurídica.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podem-se extrair as seguintes conclusões:

- a) A *actio* romana foi mal compreendida e ainda é devido à dificuldade em entender o ordenamento jurídico romano como um todo. Há discordâncias sobre seu conceito, mas é certo que “ação” processual não significa.
- b) O estudo da teoria da ação se estende por séculos, gerando grandes polêmicas tal qual a entre Muther e Windscheid, aparecendo como principal teórico do tema no Brasil Pontes de Miranda.
- c) Os conceitos de direito subjetivo e pretensão são fundamentais para a construção de qualquer teoria da ação.
- d) O nome “ação” é dado a muitos institutos distintos, a exemplo de: a) ação de direito material; b) direito de ir a juízo; e c) instrumento jurídico processual.
- e) A “ação” processual difere-se do remédio jurídico processual, sendo este a forma de exercício da “ação” processual.
- f) Os autores que negam a ação de direito material baseiam-se principalmente em três fundamentos: absorção pelo direito de “ação” processual, irrelevância pragmática ou condicionam a sua existência aos casos de sentença de procedência.
- g) Marinoni constrói teoria que alega a convivência de outras formas de tutela pelo Estado para a proteção de direitos fundamentais, da qual não discordamos e acreditamos ser passível de convivência com a ação de direito material.
- h) Embora seja vedada a autotutela e o Estado monopolize o exercício da jurisdição, a ação de direito material existe independentemente do seu ingresso em juízo. A vedação à autotutela não exclui a ação de direito material do ordenamento jurídico. O monopólio da jurisdição pelo Estado não substituiu o agir privado, e sim passou a conviver com ele, não sendo mais exercido pelo particular, mas por aquele. É preciso compreender a possibilidade de coexistência entre a tutela jurisdicional e a ação de direito material, sob pena de restarem os institutos de direito material com existência dependente do ingresso em juízo, tornando-se aspectos meramente sociológicos. Inclusive, ainda há hipóteses em que a justiça de mão-própria é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, exercendo o próprio particular a ação.

- i) Direito é um fenômeno complexo, não podendo o direito processual – instrumento - existir sem se relacionar diretamente com o material, a utilização conjunta dos planos não impede a autonomia de cada um deles.
- j) Para negar a ação de direito material tem-se de construir teoria substitutiva capaz de explicar as relações entre direito material e processual. Sem ela, a representação do fenômeno jurídico é incompleta.
- k) O fim da categoria “condições da ação” no NCPC, sendo deslocada a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir para o campo dos pressupostos processuais e a antes denominada “possibilidade jurídica do pedido” para a improcedência liminar do pedido, compartilhando do mesmo entendimento de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, em sentido contrário a Alexandre Freitas Câmara.
- l) O Novo Código de Processo Civil utiliza, conquanto seja a percepção da maioria dos legisladores e dos juristas, o conceito de ação de direito material, vide exemplos apresentados na presente monografia.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. “Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho 2011, v. 197, p. 261-269.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Campinas: Bookseller, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, p. 227-235.
- DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_observa%E7%F5es_sobre_o_conceito_de_pretens%E3o.pdf. Acesso em: 23/04/16.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- _____. “Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 255-260.
- DINAMARCO; Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GOMES, Fábio. *Carência de ação*. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro. v. 1*. Ed. São Paulo, 2007.
- GRINOVER, A. P.; DINARMARCO, C. R.; CINTRA, A. C. A. *Teoria Geral do Processo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral*. Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- MACÊDO, Lucas Buriel de.; MEDEIROS, Ravi Peixoto de. A obrigatoriedade da denúncia da lide e os novos aportes teóricos para sua compreensão: uma análise do atual e do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 83-100, nov., 2013.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia. *Revista de Processo*, v. 250, p. 149-163, dez., 2015.
- MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Ed. Bookseller: Campinas, 1998.

- MITIDIÉRO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da Ação de Direito Material*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, P. 27, jul./ago., 2006.
- _____. O Problema da Eficácia da Sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- PINTAÚDE, Gabriel. Tutela Jurisdicional (no confronto entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o Novo CPC*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TUCCI, J. R. C.; AZEVEDO, L. C. *Lições de história do processo civil romano*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Ed. Porto: Rés-Editora, 1991.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.