



## “AÇÃO” E AÇÕES: SOBRE A RENOVADA POLÊMICA EM TORNO DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

*Fábio Cardoso Machado*

Professor das Faculdades de Direito da PUCRS e da UNISINOS  
Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra  
Advogado.

### 1. Introdução.

Em trabalho recentemente publicado, chamamos a atenção para a causa da interminável polêmica em torno da ação, esperando que, eliminada aquela referida causa, esta sua conseqüência pudesse ser facilmente superada<sup>1</sup>. Contudo, desde a publicação de um recente ensaio da autoria de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, louvável pelo franco enfrentamento da doutrina rival de Pontes de Miranda, a que Ovídio A. Baptista da Silva e outros, como nós mesmos, demos expressa adesão, verificou-se a retomada daquela antiga polêmica, provavelmente pela persistência da causa a que aludimos<sup>2</sup>. Mas de que causa se trata? Por que juristas de inegável talento se enfrentam tão apaixonadamente quando o tema é *ação*, apesar de todos convergirem ao afirmar que a “ação” processual é abstrata?

A resposta, tudo indica, está no seguinte: os primeiros a visualizarem as características fundamentais da “ação” processual partiram do equivocado pressuposto de que tratavam da *actio romana*<sup>3</sup>, ou seja, da ação que até meados do século XIX não se admitia, também por consenso, pertencesse a quem não tivesse razão. Dizia-se que tinha ação quem

<sup>1</sup> Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp. 90 e ss.

<sup>2</sup> Referimo-nos ao ensaio de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira publicado sob o título “O problema da eficácia da sentença” (*Revista de Processo*, nº 112, São Paulo, out./dez. 2003, pp. 09-22), e aos subsequentes trabalhos publicados por Ovídio A. Baptista da Silva (“Direito Material e Processo”, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, nº 33, Curitiba, jul./set. 2004, pp. 615-635), novamente por aquele primeiro autor, em réplica ao ensaio deste último (“Efetividade e tutela jurisdicional”, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, nº 34, Curitiba, out./dez. 2004, pp. 665-689), e ainda por Guilherme Rizzo Amaral (“A polêmica em torno da ‘ação de Direito material’”, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, nº 33, Curitiba, jul./set. 2004, pp. 533-547) e Daniel Francisco Mitidiero (*Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, especialmente pp. 121 e ss.).



tinha direito, e as inúmeras polêmicas resultaram da inconsciência acerca da espoliação desta ação pela "ação" processual. Ao tratarem de fenômeno que se desvelava só então (uma situação de vantagem do cidadão face ao Estado, que lhe garantia a possibilidade de obter tutela jurídica), os juristas apropriaram-se de uma categoria milenar (a *actio*) que não correspondia em nada ao fenômeno desvelado. E assim foi necessário um esforço tremendo para conceituar o novo fenômeno, já que tal pressupunha aniquilar o conceito tradicional de ação, transfigurando-o em outro absolutamente distinto. Adotou-se o termo que designava um fenômeno de direito material (a *actio*), para com ele designar, a partir de então, outro fenômeno absolutamente distinto, pertencente ao plano do direito processual (a chamada "ação" processual); para tanto, foi necessário desvincular o termo *ação* da realidade que tradicionalmente designava, de modo que o seu sentido pudesse ser reformulado a ponto de passar a indicar aquele outro e bastante diverso fenômeno que hoje chamamos "ação" processual. A *ação* deixa de ser *actio* e passa a ser "ação" processual. Como não havia consciência disso — referimo-nos ao uso do termo para designar fenômeno diverso do que até então designava —, a tarefa foi intelectualmente árdua. Muitos dos polemistas imaginavam que divergiam acerca do conceito de um mesmo fenômeno, enquanto, na verdade, tratavam de fenômenos diversos, atribuindo-lhes o mesmo nome.

O que nos motiva a retomar o problema é a persistência do equívoco na renovada polêmica que a respeito da ação se instalou na doutrina. Nossa hipótese é a de que, ao fim e ao cabo, Pontes de Miranda continua incompreendido pela falta de uma clara percepção da distinção que orienta a formulação dos seus conceitos: a ação de direito material e a "ação" processual são fenômenos diversos que pertencem a planos diversos.

Antes de submeter aquela anunciada hipótese à necessária avaliação, devemos, contudo, advertir que o interesse pelo tema não é estritamente conceitual, pois senão a repugna pelo conceitualismo impedir-nos-ia de prosseguir a discussão. Parece-nos que a ação de direito material é precisamente a categoria capaz de restabelecer, dogmaticamente, o perdido vínculo entre o direito material e o processo. Neste caso, a negação da sua existência dificultaria a compreensão do preciso ponto de contato entre os dois planos, com inegável prejuízo para o propósito de recolocar o processo no devido lugar de instrumento de tutela dos

---

<sup>3</sup> Ovídio A. Baptista da Silva apontou este equívoco teórico como a tentativa de transportar para o processo civil o conceito de *ação de direito material*, através do conceito romano de *actio* e da célebre definição de Celso (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo, RT, 1997, p. 166).



direitos<sup>4</sup>.

## 2. A gênese do equívoco e a suposta substituição da *actio* pela “ação” processual.

Pugliese, introduzindo a célebre polêmica entre Windscheid e Muther sobre a *actio*, relatou que antes de Windscheid considerava-se óbvio identificar o sujeito passivo da ação com a pessoa do adversário, e que era pacífico que a *actio* e o direito substancial tinham um caráter muito estreito<sup>5</sup>. O próprio Pugliese, em belíssima obra, tratou das relações entre a *actio* e o direito subjetivo. Nela, o romanista, logo de início, revelou que a inadmissibilidade, no terreno romanístico, de uma *actio* abstrata, pertencente também a quem estivesse errado, era considerada *implícita* pela maior parte dos autores, de tal forma que não era nem mesmo demonstrada<sup>6</sup>. E de fato só poderia ser assim, porque os romanistas falavam de *actio* ao referir a um fenômeno totalmente diverso daquele de que se ocuparam os processualistas modernos.

Segundo Pugliese, originariamente a *actio* representava o ato privado de agressão do devedor, e, após a submissão de tal ato ao controle formal e substancial da *civitas*, *agere* teria passado, na leitura do autor, a significar os atos que tendiam à realização das sanções<sup>7</sup>. Estes atos, como o originário ato privado de agressão, eram praticados pelo sujeito que tinha razão (*direito*, diríamos hoje) contra o sujeito que não a tinha, e só neste sentido seria possível falar em *actio*. Algo como se *actio* fosse a prática, ou a possibilidade de praticar tais atos, *com razão*.

Apesar de a história ter testemunhado as mais variadas divergências sobre a *actio*, é inegável que esta jamais apareceu aos romanos como aparece para nós a “ação” processual, abstrata e desvinculada do direito do sujeito. Se a *actio* era expressão do direito, se ocupava o lugar do direito mesmo, ou se representava um *agere* concreto, é resposta que não temos, bastando-nos assentar que a experiência romana fazia decorrer da *actio*, ou corresponder a ela, a sujeição de quem hoje chamamos sujeito passivo do direito subjetivo.

<sup>4</sup> A este respeito, remete-se ao que escrevemos em “Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos”, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n° 32, Curitiba, abr./jun. 2004, pp. 256-265.

<sup>5</sup> Giovanni Pugliese, *Introducción*, traduzido por Tomás A. Banzhaf, *Polemica sobre la "actio"*, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. XI/XII.

<sup>6</sup> Giovanni Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 07.



Pugliese dedicou-se justamente a demonstrar que a *actio* tinha por sujeito passivo o privado, não a *civitas* ou o pretor, e que pressupunha a legitimidade da pretensão<sup>8</sup>.

Windscheid manteve-se ainda preso a essa tradição de pensamento, conforme denunciam diversas passagens do ensaio que inaugurou a polêmica com Muther. Num primeiro momento, Windscheid aludiu à *actio* como a faculdade, *inerente a todo direito*, de requerer a tutela da autoridade judicial, no caso de lesão ao direito; faculdade, é preciso dizer, *preexistente à lesão*, apesar de realizável somente após a produção desta<sup>9</sup>. Em seguida retificou, dizendo que a *actio* seria a faculdade de impor a própria vontade mediante a perseguição judicial<sup>10</sup>. Eliminou o direito subjetivo do conceito, por coerência à idéia de que na concepção romana a *actio* ocupava o *lugar do direito*, não sendo algo derivado, mas originário e autônomo<sup>11</sup>. Referiu-se também à *actio* como *expressão do direito*<sup>12</sup>, e deixou clara sua tese, na réplica a Muther, ao dizer que a *actio* fazia as *vezes do direito*<sup>13</sup>. E se a *actio* fazia as vezes do direito, é lógico que continuava no campo do direito material. Ao defender o envio das *actiones* romanas à tumba, Windscheid provavelmente não vislumbrava a existência de uma "ação" processual dirigida contra o Estado, mas simplesmente considerava necessário expressar a mesma coisa em linguagem moderna, *traduzindo as actiones*, como disse ele mesmo, ao idioma dos direitos<sup>14</sup>.

Foi Muther, portanto, quem realizou a apropriação processual do termo que antes designava uma categoria de direito material. No trabalho dedicado a refutar a tese central de Windscheid, Muther desenvolveu a idéia de que o cidadão a quem se prometia um *iudicium*, em dadas condições, tinha pretensão a que se nomeasse um *iudex* e se lhe conferisse uma fórmula. Ter *actio* significaria, assim, ter pretensão à concessão de uma fórmula. Mais precisamente, pretensão, de quem foi lesado em seu direito, à concessão de assistência

<sup>7</sup> Idem, ibidem, pp. 24 a 29.

<sup>8</sup> Idem, ibidem, pp. 61/62.

<sup>9</sup> Bernhard Windscheid, *La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*, traduzido por Tomás A. Banzhaf, *Polemica sobre la "actio"*, Buenos Aires, EJE, 1974, p. 07.

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 07.

<sup>11</sup> Idem, ibidem, p. 08.

<sup>12</sup> Idem, ibidem, p. 10.

<sup>13</sup> Bernhard Windscheid, *La "actio". Replica al Dr. Theodor Muther*, traduzido por Tomás A. Banzhaf, *Polemica sobre la "actio"*, Buenos Aires, EJE, 1974, p. 299.

<sup>14</sup> Windscheid, *La "actio" del derecho civil romano...*, op. cit., pp. 193/194.



estatal<sup>15</sup>. A partir desta premissa, a próxima conclusão seria inevitável: Muther conceituou a *actio* como um direito de natureza pública, que não pertenceria ao campo do direito privado apesar de existir junto ao direito subjetivo para o fim de tutelá-lo<sup>16</sup>.

O rompimento com a concepção tradicional é visível se o observador tiver presente que a *actio* fora sempre dirigida ao sujeito passivo da relação jurídica de direito material. Pugliese considerou até bastante duvidoso que o romano ostentasse frente à *civitas* um direito aos atos de tutela, pois no ordenamento romano a posição do privado não parecia ser jamais a do titular de um direito subjetivo público<sup>17</sup>. E é mesmo intuitivo que um direito de tal ordem só pudesse ser concebido a partir de pressupostos modernos, como os da separação entre Estado e sociedade, da sujeição estatal às leis do parlamento, etc.

Muther, ao conceituar a *actio* como direito do cidadão à tutela do Estado, em verdade foi o grande responsável pelo gravíssimo equívoco mencionado anteriormente. O feroz opositor da teoria de Windscheid não se limitou a atribuir novo conceito à antiga *actio*: ele simplesmente apropriou-se do nome conferido a um fenômeno do direito privado para designar outro pertencente ao direito público. Mas acreditou piamente tratar do mesmo fenômeno, que até então teria sido mal conceituado. O equívoco, contudo, não passou totalmente despercebido. O próprio Windscheid, na sua réplica, deixou claro que Muther se referia a um direito próprio do campo processual, enquanto ele havia somente se ocupado da concepção que via, no direito de acionar, um direito privado<sup>18</sup>.

A idéia de um direito à tutela jurídica teve, porém, amplas repercussões<sup>19</sup>, e a partir daí estava aberto o caminho para a elaboração dogmática da "ação" processual. O problema fundamental é que desde Muther aquele aspecto dinâmico do direito, outrora identificado pelo termo ação e que o vinculava intimamente ao processo, foi sendo banido do campo do direito material. E provavelmente Windscheid foi também responsável por isto, ao menos se estiver certa a análise de Pugliese: a correspondência traçada por Windscheid entre

---

<sup>15</sup> Theodor Muther, *Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesion singular en las obligaciones*, traduzido por Tomás A. Banzhaf, *Polemica sobre la "actio"*, Buenos Aires, EJEA, 1974, pp. 239/240.

<sup>16</sup> Idem, *ibidem*, p. 241.

<sup>17</sup> Pugliese, *Actio e diritto...*, op. cit., p. 46.

<sup>18</sup> Windscheid, *La "actio". Replica...*, op. cit., p. 323.

<sup>19</sup> Pugliese, *Introducción*, op. cit., p. XIX.



a *actio* e a moderna pretensão (*Anspruch*)<sup>20</sup> permitiria deduzir facilmente que na ação havia de se contemplar uma faculdade ou um poder absolutamente independente do direito subjetivo substancial, e correspondente também a quem não tivesse direito algum. Isto porque o conteúdo substancial da *actio* se *transfundia* na pretensão<sup>21</sup>. Ou seja, àquilo que se chamava *actio* os modernos passaram a chamar *pretensão*, e desta forma o termo *ação* se via livre para ganhar novo significado, mesmo absolutamente diverso do significado originário, já que o termo *pretensão* tomou o seu lugar. E se pretensão designa o que se pode *exigir* de outro<sup>22</sup>, o direito subjetivo perde definitivamente aquele aspecto dinâmico que implica a sua realização independentemente da vontade do sujeito passivo. Perde, quer dizer, a potencialidade de se fazer valer à força.

Este resultado foi agravado pela crença na *substituição* da *actio* pela "ação" processual. Ovídio A. Baptista da Silva encontrou uma excelente exposição desta idéia num conhecido ensaio de Alessandro Pekelis sobre a "ação" moderna<sup>23</sup>. Pekelis vinculou a ação física primitiva, através da qual se realizava a autotutela, à ação "in senso tecnico". Mas afirmou que a *actio* do direito romano arcaico tinha um significado diametralmente oposto ao da ação moderna, de modo que toda tentativa de construção unitária dos dois conceitos se resolveria em uma identificação verbal anti-histórica<sup>24</sup>. Até aqui Pekelis parecia imune ao equívoco de Muther, mas em seguida incidiu nele ao mencionar a substituição da *actio* pela "ação" do sujeito contra o Estado:

"L'*actio* non può non aver significato in un primitivo periodo, anche nel campo giuridico, che quel che significava e significa tuttora nel linguaggio comune. E prima di rappresentare, come rappresenta oggi, la mera possibilità di *fare agire* (lo Stato), ha rappresentato la possibilità di muoversi, di inseguire, di asportare, di catturare, di uccidere, di *agire*. La *manus iniectio*, l'*actione teneri*, sono le espressioni di quel carattere originario dell'*actio* arcaica che i romanisti hanno oggi messo tutto in chiaro.

"È solo successivamente che a questa attività diretta del singolo, alla sua *actio*, si è, da una parte, sostituita l'attività statale e, dall'altra, il potere del singolo di provarle. E,

<sup>20</sup> Windscheid, *La "actio" del derecho civil romano...*, op. cit., pp. 11/12.

<sup>21</sup> Pugliese, *Introducción*, op. cit., p. XV.

<sup>22</sup> A respeito do caráter pessoal do conceito moderno de pretensão, remete-se ao que escrevemos em *Jurisdição, condenação e tutela jurisdiccional*, op. cit., pp. 65 e ss.

<sup>23</sup> Vide Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e execução...*, op. cit., pp. 168 e ss.



*per un fenomeno linguistico, in fondo frequente, il termine actio, anzichè designare sempre la stessa attività che ha cambiato di soggetto attivo, ha cominciato a designare la nuova situazione del precedente soggetto, situazione che ha sostituito quella precedente. Col termine azione si designa oggi non già l'attività, l'actio del singolo, bensì la nuova situazione del singolo medesimo, la quale si è sostituita alla liceità della sua azione in senso reale" (grifo nosso)<sup>25</sup>.*

É fundamental para a compreensão destas considerações a afirmação de Pekelis, segundo a qual a ação deixou de designar a mesma atividade que designava antes. Com isto o autor quis dizer que a ação com a qual o titular do direito se satisfazia (*agindo*, no sentido comum) foi substituída pela "ação" que o mesmo titular ostenta contra o Estado, e que não corresponde ao agir material para a satisfação, já que este agir agora pertenceria ao Estado. Ou seja, a ação "in senso reale" teria sido substituída pela "ação" processual. E, desta forma, o "energico e potente agire del singolo" foi transformado num melancólico *ius "iudicio" persequendi*, "per modo di dire e non per modo di fare"<sup>26</sup>. Contudo, para preservar o estrito vínculo do processo com o direito material, seria necessário conservar o enérgico e potente agir do particular, que se realizaria *através* do processo, e pelo Estado *no lugar* do particular. Eis, precisamente, o que sustenta Pontes de Miranda, ao propor a coexistência de duas ações, uma de direito material, outra processual. Vejamos em que termos.

### **3. A ação de direito material e a sua inequívoca distinção da “ação” processual.**

Vimos que, ao identificar o fenômeno que hoje chamamos direito ou pretensão à tutela jurídica — fenômeno pertencente, é claro, ao plano do direito processual, e assim do direito público —, os precursores da “ciência” processual acreditaram tratar-se da *actio* romana. Mas a *actio* romana representava o agir ou o poder agir de quem detinha a titularidade do que modernamente designamos por direito subjetivo. Agir ou poder agir, aliás, contra o sujeito privado que ocupasse a titularidade passiva da relação de direito material, e não contra o Estado, para que este, na pessoa do pretor, prestasse jurisdição. É inadmissível a apropriação do termo *actio* para designar o que convencionamos mais tarde chamar de “ação”

<sup>24</sup> Alessandro Pekelis, "Azione (teoria moderna)", *Novissimo digesto italiano*, v. II, Torino, UTET, 1964, p. 33.

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*, p. 33.



processual. A *actio* dos romanos só pode ser traduzida para o direito moderno como categoria pertencente ao plano do direito material.

O equívoco dos processualistas modernos consiste justamente em acreditar que a “ação” processual, categoria pertencente ao direito público, substituiu a antiga *actio*. Mas os romanos, ao utilizar o termo *actio*, e os modernos, ao utilizar o termo “ação”, referem-se a fenômenos absolutamente distintos, em todos os seus aspectos. Não seria possível a tal substituição. É indispensável esclarecer, portanto, que ao utilizar a expressão *ação de direito material* referimo-nos a categoria pertencente ao plano do direito material que não guarda qualquer semelhança com a “ação” processual. Ação de direito material é a categoria que expressa o *agir para a realização do direito*, por quem tem direito, contra quem se encontra na titularidade passiva da relação jurídica de direito material. Este *agir* nada tem de autônomo e abstrato. A “ação” processual, esta sim, será autônoma e abstrata, pois assume a função de garantir que todos possam alegar a possibilidade de agir contra outrem, de modo a permitir que quem tenha direito e pretensão de direito material consiga *através do processo* agir materialmente *para a satisfação* desta pretensão<sup>27</sup>.

Esta idéia, fundada no pensamento de Pontes de Miranda e nos desdobramentos que lhe deu Ovídio A. Baptista da Silva, foi adequadamente apreendida, cumpre recordar, por Luiz Guilherme Marinoni, que a sintetizou da seguinte forma: “Há, no nosso modo de ver, direito e pretensão à adequada tutela jurisdicional. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que possa realizar a ação (= o agir) que seria realizada — não fosse ter sido proibida — pelo particular em um dado caso conflitivo concreto. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é *pretensão a uma sentença que aprecie a pretensão processual, e, em caso de procedência, realize o verbo (= a ação) nela indicado*. A pretensão processual, que nasce com o exercício da pretensão à adequada tutela jurisdicional, mostra a ação (de direito material) pretendida, pois consiste no pedido de realização do direito material afirmado em juízo”<sup>28</sup>.

Ação, em sentido material, é, pois, *atividade para satisfação*<sup>29</sup>. É mais que

<sup>26</sup> Idem, ibidem, p. 33. A referência ao “melancólico” *ius “iudicio” persecuendi* é de Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e execução...*, op. cit., pp. 169/170.

<sup>27</sup> Sobre esta problemática, vide, especialmente, Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e execução...*, op. cit., pp. 161 e ss.

<sup>28</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 215.

<sup>29</sup> Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, t. I, 2ª ed., São Paulo, RT, 1972, p. 47.



pretensão: "A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*ex-igere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido"<sup>30</sup>. Ao exercer pretensão o titular do direito espera o agir voluntário do sujeito de quem exigiu; já ao exercer a ação de direito material o titular age para a realização do seu direito independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado<sup>31</sup>. Esta ação do titular do direito, que no âmbito dogmático deve ser tratada como categoria de direito material, se realiza, em regra, *através do processo*, a fim de que o órgão encarregado da jurisdição realize o direito *no lugar do seu titular*, desenvolvendo a atividade que este fora impedido de realizar desde a proibição da autotutela<sup>32</sup>.

Afirmar que a ação de direito material se exerce através do processo não significa, porém, que a "ação" processual a tenha substituído, mas justamente, ao contrário, que a percepção da existência da "ação", como expressão do direito à prestação jurisdicional, não poderia ter contribuído para suprimir aquela categoria de direito material. Pelo simples fato de que a ação de direito material, sob a perspectiva da dogmática jurídica, é a razão de ser da "ação" processual<sup>33</sup>. Mas, lamentavelmente, a doutrina banuiu do seu horizonte a ação de direito material, e assim encobriu o "sol do sistema"<sup>34</sup>, rompendo o vínculo do processo com o direito material: o escopo jurídico do processo é a realização da ação de direito material, e sem ter em vista este escopo o processo perdeu o rumo, como o instrumento que não sabe a que fim serve.

É necessário ter em mente que a realização da ação através do processo pressupõe não apenas que todos, tendo ou não razão, possam provocar o exercício da jurisdição. Tal realização só acontece quando o processo predispõe meios de tutela *adequados*

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*, p. 48.

<sup>31</sup> Vide, a respeito, Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 1, 4ª ed., São Paulo, RT, 1998, pp. 75 e ss.

<sup>32</sup> Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 1, op. cit., p. 82. No mesmo sentido, Pontes de Miranda: "A ação exerce-se principalmente por meio de 'ação' (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou" (*Tratado das ações*, t. I, op. cit., p. 110; *Tratado de direito privado*, t. V, 4ª ed., São Paulo, RT, 1983, p. 478).

<sup>33</sup> Por que através do processo deve-se exercer a ação material, concede-se a todos, tenham ou não direito subjetivo e a ação correspondente, direito à prestação jurisdicional, exercido em concreto através da "ação" processual: "o Estado, para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência do direito cuja titularidade seja porventura afirmada por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder 'ação', no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem ação" (Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 1, op. cit., p. 86). Isto significa que a ação material e a "ação" processual devem, no âmbito da dogmática, coexistir.

<sup>34</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. V, op. cit., p. 479.



àquela ação *em especial*, cujas individualidades são ditadas pelo direito a que corresponde. Isto quer dizer, para utilizar o exemplo mais extremo, que o processo não realiza a ação de direito material ao conceder ao proprietário reivindicante uma sentença que apenas exige a entrega do bem, como se o demandado tivesse em algum momento sido, e continuasse a ser, meramente obrigado a uma prestação de dar. A sentença não pode apenas exigir sem forçar, pois, além de não estar o demandado obrigado a uma prestação, mesmo que estivesse o Estado deveria, através do processo, ir além de exigir. Deveria agir para a satisfação, no lugar do titular do direito<sup>35</sup>. Vê-se, portanto, que 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. Nestes termos, fica superado o equívoco de que partiu a doutrina ao identificar a “ação” processual como se estivesse a tratar da *actio*, a ação de direito material.

#### **4. Da persistência no equívoco, a sugerir a inexistência da ação de direito material.**

O último talentoso processualista a entrar na polêmica assumiu o encargo de fazer justiça a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Em obra recentemente publicada, Daniel Francisco Mitidiero congratulou oportunamente aquele seu Mestre pela coragem com que se dispôs a estabelecer um franco e aberto diálogo com Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, na tentativa de refutá-los explicitamente e sem ocultar a direta divergência que o separa de ambos<sup>36</sup>. Qualquer que seja o desfecho desta atual polêmica, assim como a sorte dos nossos próprios argumentos, é dever dos participantes fazer coro ao elogio, pois até a manifestação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a doutrina respondia aos defensores da ação material com o silêncio de quem despreza o diálogo e renuncia à verdade. Tomara aproveitemos a oportunidade para, como deseja Daniel Francisco Mitidiero, pegarmos gosto pela polêmica. Enfrentemo-la, portanto, sugerindo desde já que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reincidiu no equívoco a que nos vimos referindo.

Ao tratar do problema, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira começa por refutar a

---

<sup>35</sup> Eis a razão de termos sustentado, do ponto de vista dogmático, o completo banimento da técnica da condenação (*Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit., pp. 178 e ss.).

<sup>36</sup> Daniel Francisco Mitidiero, *Elementos...*, op. cit., p. 121.



doutrina rival afirmando o seguinte: “Ao inserir a ação no plano do direito material, tal modo de visualizar o problema deixa obviamente de levar em conta a necessária separação entre os planos do direito material e processual”<sup>37</sup>.

Desde essa primeira observação, percebe-se a recorrência do equívoco consistente em pensar desde o pressuposto de que há apenas *uma ação*, pertencente, conforme se a conceitue, a um ou ao outro dos planos do ordenamento. À objeção levantada contra Pontes de Miranda pode-se replicar esclarecendo que não se trata de inserir “a ação” — e é óbvio que o nobre processualista tem em mente a “ação” processual — no plano do direito material, mas de distinguir neste plano uma *outra ação*, rigorosamente distinta da “ação” processual. Ao deixar de perceber isto, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira reitera aquela “apropriação indébita”, a que se refere Ovídio A. Baptista da Silva, da ação de direito material pela doutrina processual. O raciocínio da doutrina costuma ser o seguinte: a *actio* foi substituída pela “ação” processual, que em verdade não se pode conceituar como antes se conceituava a *actio*; corretamente conceituada como ação dirigida contra o Estado, “a ação” deixa de pertencer ao plano do direito material, e passa a pertencer ao plano processual. Conceituando-a como quer Pontes de Miranda, “a ação” retornaria ao plano do direito material, e a doutrina já não contaria com aquele abstrato conceito-chave que permitiu afastar (exageradamente, diga-se) os dois planos. Mas Pontes de Miranda não trabalha sob esse pressuposto de que “a ação” pertence a um plano ou ao outro, pois sua doutrina caracteriza-se justamente por distinguir uma ação pertencente a um plano, e outra, diversa, pertencente ao outro<sup>38</sup>. Assim, não é a concepção pontiana a responsável pelo obscurecimento da distinção entre os dois planos, mas justamente a doutrina que a ela se opõe, pois ao negar a coexistência das duas ações fica impedida de identificar o ponto de contato que afasta conceitualmente os dois planos apesar de aproximá-los instrumentalmente. Quem adere a Pontes de Miranda compreende que há uma ação que se realiza por dependência da realização da outra, mas que apesar desta dependência se distingue claramente da outra.

Na verdade, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira continua inconscientemente comprometido com o propósito de afastar o processo da influência do direito material, a ponto de negar entre ambos até mesmo o vínculo de instrumentalidade com o qual ele mesmo

<sup>37</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O problema da eficácia da sentença”, op. cit., p. 14.

<sup>38</sup> Neste sentido, em crítica a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, manifestou-se já Daniel Franciso Mitidiero, *Elementos...*, op. cit., p. 123.



pretende se comprometer. Conforme observamos noutra oportunidade, o aniquilamento do conceito de ação de direito material, com a respectiva afirmação da exclusividade da “ação” processual, teve justamente o propósito de permitir à doutrina recusar que o processo exista para tutelar direitos: não haveria ações, correspondentes a direitos, e que ao processo incumbiria realizar; há apenas “a ação”, abstrata, que independe do direito material e que não se dispõe à tutela dos direitos ou à realização das ações<sup>39</sup>. Nestes termos, o processo poderia ser pensado de forma absolutamente independente das realidades do direito material. E jamais poder-se-ia dizer que a “ação” processual existe para realizar *ações* capazes de satisfazerem direitos. Mas não se trata hoje, justamente, de recuperar este perdido vínculo de instrumentalidade? As observações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não contribuem, definitivamente, para esse desiderato.

Na tentativa de reforçar a primeira objeção dirigida ao pensamento de Pontes de Miranda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira confirmou esta nossa crítica, acabando mesmo por fulminar qualquer intenção de reaproximar instrumentalmente os dois planos. Diz o eminente jurista: “Ora, se não é possível afirmar a existência do direito antes do contraditório, muito menos se poderá admitir a ‘ação material’ já no início da demanda. Sua existência só poderá ser averiguada no final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a eficácia da própria sentença”<sup>40</sup>. Pontes de Miranda, provavelmente, responderia: do ponto de vista do direito processual, não se pode, antes do contraditório, *afirmar* imparcialmente a existência do direito alegado pelo autor, nem que este autor tenha razão em pretender realizar qualquer ação para satisfação contra o réu; isto não significa que desde já não possa existir direito a ser satisfeito ou ação a ser realizada com razão. Apenas não se pode afirmá-lo com autoridade. Mas já há ou não direito, assim como já há ou não ação que se deva realizar através do processo. A negação desta hipótese implicaria a conclusão de que o direito material não é um dado com o qual o processo trabalha, pois que este acabaria por constituir os direitos, quando a sentença atendesse aos autores, ou por fazê-los in-existentes, quando recusasse o pretendido. Até se pode tentar a defesa desta unitária teoria do ordenamento, mas, neste caso, falar em instrumentalidade constituiria uma contradição em termos. 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? Das duas uma: ou antes do contraditório já há direitos que se devam satisfazer, e

<sup>39</sup> Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit., especialmente pp. 90 e ss.



ações que se devam realizar para tanto, ou o direito material é mesmo uma ilusão de ótica que sugere uma realidade projetada pela atividade processual, mas que na verdade não existe<sup>41</sup>. Neste último caso, o processo pode tudo... como por muito tempo se pretendeu que pudesse, criando-se ações e sentenças conforme o gosto pseudocientífico dos processualistas.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acusa Pontes de Miranda de contradição, sem perceber que é ele mesmo quem fere a lógica. Não bastasse, alega que Pontes de Miranda tenta salvar-se da tal contradição com o seguinte esclarecimento: “Se, em vez de se alcançar, com trânsito em julgado, sentença favorável, por ser julgada improcedente a ação (= propôs-se ação que o demandante não tinha), *declara-se* a inexistência da ação. Uma vez que o autor não tinha a ação, exerceu pretensão à tutela jurídica, exerceu pretensão ao remédio jurídico processual, e não podia esperar sentença favorável quanto à ação de que se supunha ser titular”<sup>42</sup>.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a corretíssima explicação de Pontes de Miranda “não satisfaz, porque ao mesmo tempo em que se reconhece que o demandante não tinha ação (de direito material) *afirma-se que a ação foi exercida pela ‘ação’*” (grifo nosso). E arremata: “Não se pode exercer o que não se tem, é o óbvio”<sup>43</sup>. No sentido afirmado, isto é mesmo óbvio. Mas faltou o veemente crítico explicar de onde tirou a afirmação imputada a Pontes de Miranda. Onde diz o saudoso jurista que “a ação — de direito material, por óbvio — foi exercida pela ‘ação’”?

Na passagem em que o crítico teria encontrado a contradição, Pontes de Miranda é rigorosamente coerente. Há duas ações: uma dependente do direito, que em juízo pode-se verificar ou não; outra abstrata e dirigida contra o Estado, que se pode exercer sempre e que tem em vista a tutela jurídica. Coerentemente, Pontes de Miranda observou o seguinte: em alguns casos, exerce-se pretensão à tutela jurídica através da “ação” processual, mas

---

<sup>40</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O problema da eficácia da sentença”, op. cit., p. 14.

<sup>41</sup> Em realidade, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira parece deixar bem assente o seu compromisso com essa idéia, ao afirmar mais adiante, no texto em comento, o seguinte: “Uma vez posto em discussão o direito, não se pode ainda falar em sujeito que dele seja seu titular, mas apenas de pretendente a esse reconhecimento, que poderá ou não ocorrer, dependendo da sorte da sentença” (“O problema da eficácia da sentença”, op. cit., p. 16). Mas será mesmo que o ilustre processualista pensa assim, ou trata-se de um artifício retórico para refutar uma tese que contradiz os seus pressupostos teóricos? Será que realmente a sua concepção acerca da instrumentalidade permite afirmar que o reconhecimento de um direito não depende da sua concreta existência, de acordo com a realidade de direito material, mas apenas da “sorte da sentença”?

<sup>42</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. XXIX/XXX.

<sup>43</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O problema da eficácia da sentença”, op. cit., p. 15.



apesar disso verifica-se a inexistência da ação de direito material, cuja realização será, pela sua inexistência mesmo, negada pela sentença. Neste caso, não se exerce ação de direito material, apesar da “ação” processual que deu ensejo à verificação mesma da inexistência daquela primeira. Onde Pontes de Miranda teria dito que a ação fora exercida?

Para dar crédito ao crítico, suponhamos que a contradição estivesse no seguinte trecho: “propôs-se ação que o demandante não tinha”. Na verdade, haveria o defeito apontado apenas se, ao dizer “propôs-se ação”, Pontes de Miranda quisesse ter dito “exerceu-se ação”. Mas quem disse isso foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, e não Pontes de Miranda. A integralidade da passagem citada, para não referir ao todo da obra do autor, não permite supor que Pontes de Miranda quis dizer o que seu crítico sugere. Ao afirmar que o autor “propôs ação” pretendeu-se significar que o autor propôs ter uma ação que na verdade não tinha<sup>44</sup>. Afinal, pode alguém propor no início de um processo que tem ou que se deva realizar uma ação (de direito material) que em verdade não tem e que, por consequência, não se deve realizar. Isto é realmente óbvio, e Pontes de Miranda não disse nada além disso. No máximo se o pode acusar de não ter sido claro como poderia ter sido. Mas incoerência não há.

Pouco mais adiante na sua crítica ao conceito de ação de direito material, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira deixa definitivamente claro o pressuposto do seu raciocínio, dizendo-nos o seguinte: “aliar o conceito de ação de direito material à titularidade do direito (‘um agir do titular do direito’) já denuncia um certo comprometimento com as teorias imanentistas da ação (Savigny), embora sempre negado”<sup>45</sup>. Com isto, revela-nos novamente que trata das ações que considera como se, na verdade, fossem uma só. Segundo ele, postular a existência de uma ação de direito material seria o mesmo que comprometer-se com as teorias imanentistas da ação... processual! Mas não é desta última que trata Pontes de Miranda ao referir-se a “um agir do titular do direito”. Por que a compreensão deste agir implicaria reconhecer a dependência da “ação” processual da existência de um direito subjetivo material? A objeção seria válida apenas se a teoria criticada confundisse o “agir do titular do direito” e a “ação” de quem quer que seja para ver satisfeito o seu abstrato direito à jurisdição. Mas a esta crítica Pontes de Miranda está imune, justamente por ser o único a

---

<sup>44</sup> Confira-se, em termos análogos, a réplica oferecida ao texto de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira por Ovídio A. Baptista da Silva, em “Direito material e processo”, op. cit., p. 627.

<sup>45</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O problema da eficácia da sentença”, op. cit., p. 16.



estabelecer a rigorosa distinção que impede aquela confusão<sup>46</sup>.

Por fim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira confirmou por si mesmo o acerto da teoria a que dedicou análise. Vejamos como pretendeu refutá-la: “não se vê como possa o juiz agir materialmente... de modo paralelo à ação processual: o que ele faz é desempenhar os atos de seu ofício, mediante o exercício dos poderes que lhe são conferidos por regras de direito público, totalmente distintas das regras de direito privado. Só depois de tomada a decisão... é que o juiz pode interferir no mundo sensível, *agindo*, mas aí já se trata do resultado da tutela jurisdicional, da própria eficácia da sentença. Antes disso, como é óbvio, não teria havido ação de direito material. Mesmo assim, esse agir do juiz não pode ser equiparado, pura e simplesmente, ao agir do particular, dada a natureza diferenciada da tutela jurisdicional e a forma *substitutiva* de que se reveste...” (grifos nossos)<sup>47</sup>.

Diz-nos, portanto, o próprio crítico da ação de direito material, que o juiz, uma vez reconhecida a procedência da demanda, interfere no mundo sensível, *agindo* de forma *substitutiva*. Pergunta-se: esta ação do juiz é a ação processual, a ação para a satisfação do direito ou um terceiro gênero de ação? Segundo o processualista, parece tratar-se de um terceiro gênero de ação, consistente no desempenho dos atos de ofício do juiz, conforme

---

<sup>46</sup> Também Guilherme Rizzo Amaral, em sua incursão na polêmica, teve o argumento prejudicado pela dificuldade em que se encontrou ao confundir a ação de direito material e a “ação” processual. Logo após ter demonstrado uma adequada compreensão da teoria de Pontes de Miranda, aquele notável processualista se deixou conduzir pelo comum equívoco em que persiste a doutrina. A título de exemplo, afirmou que o exercício da ação de direito material só poderia ser privado, pois “a ação” que se exerceria na via judicial seria apenas a “ação” processual (“A polêmica em torno da ‘ação de Direito material’”, op. cit., p. 536). Mas não se trata de uma “opção”, como refere o autor anteriormente, entre a ação material e a “ação” processual. No processo é possível distinguir claramente a “ação” do autor provocando o Estado a prestar jurisdição, e a eventual ação do Estado que se desenvolve para satisfazer coativamente o direito do autor que demonstre ter razão. E não há dúvidas de que este agir para a satisfação do direito não se confunde com a designada “ação” processual. Mesmo assim, Guilherme Rizzo Amaral se deixa levar pela premissa de que no processo se realiza apenas uma e única ação. E dada a evidência da existência da “ação” processual, fica de antemão excluída da sua reflexão a hipótese de existir aquela outra ação, a ação de direito material. Mas a existência desta parece-nos igualmente evidente. A não ser que a ação para satisfação seja uma extensão da “ação” processual, ou um terceiro gênero de ação. Este problema no argumento do autor repete o raciocínio de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que neste aspecto será em seguida objeto de crítica. E o conduz também a pensar, falseando a construção teórica da ação de direito material, que segundo Pontes de Miranda “a ação processual necessita deste *prius* chamado de *actio*, ou ação de direito material...” (“A polêmica em torno da ‘ação de Direito material’”, op. cit., p. 537). Contudo, desafiamos o ilustre polemista a indicar onde Pontes de Miranda ou Ovídio A. Baptista da Silva digam o que se lhes imputa, pois nenhum deles hesitou em defender a abstração da “ação” processual. Pontes de Miranda limitou-se a afirmar que, do ponto de vista do direito material, a “ação” processual será um *plus* que juntar-se-á à ação de direito material. Isto, lógico, quando o autor tiver razão. Mas Guilherme Rizzo Amaral desenvolve sua crítica mencionando a obviedade de que isto “nem sempre o será” (“A polêmica em torno da ‘ação de Direito material’”, op. cit., p. 538). E nisto está absolutamente correto, pois nem sempre o autor tem razão. Faltou-lhe, contudo, demonstrar por que isto *nunca* o será, mesmo quando o autor tenha razão. Só neste caso teria infirmado Pontes de Miranda. Como não logrou fazê-lo, e nem o ilustre Professor a quem pretendeu acudir, ambos mereceram a justa crítica de Daniel Franciso Mitidiero (*Elementos...*, op. cit., p. 123 e ss.), à qual fazemos coro compreendendo um novo esforço argumentativo em defesa da ação de direito material.



regras de direito público. Da “ação” processual não se trata, pois aquela ação depende da decisão que reconhece, mesmo precariamente, a existência do direito que visa a tutelar. Caracterizemos, portanto, aquele agir de ofício.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o juiz age em razão de ter reconhecido o direito do autor merecedor de tutela. Esta ação depende, pois, da existência, mesmo que apenas provável, do direito alegado. E tem em vista, não se pode negar, a satisfação daquele direito. Como seria possível, então, diferenciar esta ação da ação de direito material, uma vez conceituada como o agir do titular do direito para a sua coativa satisfação? Parece-nos que apenas pelo fato de que aquele agir do juiz é já *do juiz*, e não *do titular do direito*. Mas aquele agir não se dá em substituição ao agir do titular do direito? Em caso positivo, trata-se do mesmo agir, realizado pelo Estado em substituição ao titular do direito. E não é precisamente a este agir que Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva designam *ação de direito material*, o agir do titular do direito que, uma vez proibida a tutela privada, passou a ser exercido pelo Estado em seu lugar?

Podemos concluir que, uma vez verificada a existência de um direito merecedor de tutela, o juiz deve, segundo o seu ofício, em razão de regras de ordem pública que lhe atribuem precisamente este ofício, agir em substituição ao titular do direito para satisfazer coativamente este seu direito. Realiza-se a ação de direito material, com a única particularidade de que no mundo civilizado o Estado o faz em substituição ao titular do direito. A teoria criticada jamais recusou o reconhecimento desta particularidade, e por isso a simples menção a ela não refuta a existência da ação de direito material. Para refutá-la, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira precisaria ter ido além de afirmar que, antes da sentença, “não teria havido ação de direito material”. Deveria ter demonstrado que não haveria precisamente depois dela, e isto não lhe foi possível demonstrar. Depois da sentença de procedência o juiz substitui o titular do direito satisfazendo-o por força própria: realiza a ação de direito material. Se isto não fosse assim, então Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se veria na obrigação de oferecer objeções mais convincentes, e além disso capazes de replicar com êxito as outras considerações que Ovídio A. Baptista da Silva opôs ao seu pensamento<sup>48</sup>. Eis, precisamente,

<sup>47</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O problema da eficácia da sentença”, op. cit., pp. 17/18.

<sup>48</sup> Aliás, não sendo o propósito específico deste presente trabalho a avaliação completa do pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, remete-se, em caráter complementar, às outras críticas que o ilustre processualista mereceu da parte de Ovídio A. Baptista da Silva (“Direito material e processo”, op. cit., pp. 624 e ss.).



o que tentou na réplica que recentemente trouxe a público, todavia sem o sucesso esperado<sup>49</sup>.

Após uma criteriosa análise da sorte histórica do termo ação — que a propósito levou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a saudar como uma evolução precisamente o equívoco a que vimos nos referindo, consistente em supor que há apenas uma ação a que se atribui conceitos rivais —, o ilustre processualista retomou a doutrina de Pontes de Miranda para tentar contra ela o derradeiro golpe de morte. Todavia, sequer logrou demonstrar ter compreendido o pensamento de Pontes de Miranda e as categorias com as quais trabalha, razão pela qual não poderia mesmo ter-lhe dado razão.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sugere outra contradição em Pontes de Miranda, ao dizer deste jurista que “retoma o conceito de pretensão de Windscheid, de certa forma semelhante ao de Savigny, e lhe empresta a denominação de ação de direito material. Adiciona ao esquema a ação abstrata, tal como esboçada por Muther, e como já o fizera o próprio Windscheid. Nesse quadro, totalmente concretista, proclamou, contudo, na linha de Plósz e Degenkolb, que o autor não teria direito a uma sentença favorável, mas apenas a uma sentença de qualquer conteúdo, que se presume justa...”<sup>50</sup>. Parece-nos — pois não estamos também nós imunes à incompreensão — que a suposta contradição decorreria de Pontes de Miranda transitar de uma concepção concretista a uma concepção abstracionista. Mas isto não ocorre no pensamento do nosso maior jurista, pois, segundo sua doutrina, ao aproximar-se de Savigny ou Windscheid, e guardadas as diferenças, referia-se Pontes de Miranda à ação de direito material, enquanto, ao aproximar-se de Plósz e Degenkolb, referia-se a outro fenômeno, qual seja, à “ação” processual.

Assim como não há contradição entre Savigny e Windscheid, de um lado, ao falarem da ação em sentido material, e Plósz e Degenkolb, de outro, ao falarem da “ação” em sentido processual, não há contradição no pensamento de Pontes de Miranda, que admite tanto a existência da *actio*, de que trataram Savigny e Windscheid, como da “ação” processual, cuja abstração fora demonstrada por Plósz e Degenkolb. Só haveria a apontada contradição se Pontes de Miranda conceituasse “a ação”, referindo-se a um único fenômeno, tanto nos termos como aqueles designaram a *actio* quanto nos termos como estes últimos configuraram a “ação” processual. Mas assim como os mencionados autores referiam-se a fenômenos

---

<sup>49</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Efetividade e tutela jurisdicional”, op. cit., especialmente pp. 670 e ss.



diversos, Pontes de Miranda considerou fenômenos diversos, o que impede acusá-lo de contradição por usar conceitos diversos. Até onde consta, a lógica manda justamente que coisas diversas recebam conceitos diversos. E tanto o nosso jurista se referia a coisas diversas que diante da homonímia usava aspas sempre que mencionava uma delas. Certamente, para diferenciá-la da outra. Há nisso alguma contradição?

Ao desenvolver o argumento contra a ação de direito material, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira voltou, na réplica que agora consideramos, a reforçar a sua existência. Veja-se o que diz, citando Liebman: “não há dúvida de que o processo é instrumento de *realização do direito material*, mas tal finalidade é alcançada *por meio do agir do Estado*” (grifos nossos)<sup>51</sup>. Se entendemos bem, a satisfação (a “realização”) do direito material se dá por meio da ação (do “agir”!) do Estado. E então devemos voltar a perguntar ao eminente Professor em que esta sua afirmação difere da de Pontes de Miranda quando este jurista postula a existência de uma ação, para a realização do direito, que se exerce pelo Estado em substituição ao agir do titular do direito? Cremos que não haja aí diferença alguma. Talvez a divergência esteja apenas em atribuir-se a esta ação o nome de ação de direito material, por parte de Pontes de Miranda, e em negar-se esta designação, por parte de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Se for assim, Pontes de Miranda tem razão ao identificar a existência desta ação. Poderíamos então, no máximo, discutir o seu *nomen iuris*. Mas Pontes de Miranda, mesmo sem a possibilidade de entrar no debate, saiu-se vitorioso<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Idem, ibidem, p. 672.

<sup>51</sup> Idem, ibidem, p. 673.

<sup>52</sup> Guilherme Rizzo Amaral também não logrou demonstrar convincentemente onde se situaria a essencial diferença entre aquele agir do Estado, para a realização do direito, e a chamada ação de direito material. Apesar disso, exclamou convicto: “Realmente, não há como equiparar o **agir** do juiz e a *actio* romana, exercida pelo particular, ou a ação de direito material pregada por Pontes de Miranda. O juiz não age tal qual o particular o faria não fosse a proibição da auto-tutela. São atuações em níveis completamente distintos!” (“A polêmica em torno da ‘ação de Direito material’”, op. cit., p. 539). Parece-nos que, segundo o notável processualista, a impossibilidade de equiparação se deve à circunstância de o agir do juiz ser realizado no “nível” processual, ao passo que o agir do titular do direito seria realizado noutra “nível”. Mas, se alguém tomasse indevidamente a posse de uma coisa minha, e não houvesse a proibição da auto-tutela, eu iria até onde a coisa estivesse e a tomaria de quem a detivesse. Dada aquela proibição, o juiz iria até onde a coisa estivesse e a tomaria de quem a detivesse. As duas ações se realizariam no mesmo “nível”, qual seja, no plano da realidade dos fatos, e até mesmo no mesmo lugar, recaindo sobre a mesma coisa e atingindo da mesma forma a realidade. Qual a diferença de “nível” entre aquelas ações? Pensamos não haver nenhuma, pois trata-se do mesmo agir, todavia variando o agente. Nada além disso, ao menos se ficarmos na caracterização da ação em si. E como Pontes de Miranda sustenta a obviedade de que no mundo civilizado a ação material é realizada pelo juiz em substituição ao titular do direito, caracterizar a distinção nestes termos não pode servir de objeção à sua teoria. Ter-se-ia de apontar alguma distinção capaz de obscurecer a identidade essencial entre o agir do titular do direito e o do juiz em seu lugar. A substituição do agente não descaracteriza essencialmente a ação, a ponto de impor a ela nova qualificação. Isto é demasiado elementar.



Todas as posteriores tentativas de infirmar a teoria da ação de direito material pecam por confundir as ações pertencentes a cada um dos planos do ordenamento, como se uma só houvesse. Isto ocorre, por exemplo, quando Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma: “Embora verdadeiro que a ação tende a produzir um determinado efeito jurídico a cargo da contraparte, esse efeito derivará da decisão do juiz e, assim, a ação, enquanto direito, tem por objeto imediato aquela decisão, dirigindo-se contra quem pode e deve emaná-la, isto é, o juiz, na sua qualidade de órgão do Estado”<sup>53</sup>. O mesmo se verifica na seguinte passagem: “A ação serve para a tutela do direito material, mas não se confunde com o direito que se pretende seja atendido em juízo”<sup>54</sup>. E ainda nesta outra: “com o monopólio estatal da administração da justiça, a ação só pode ser pensada como um poder dirigido contra o Estado, pois só esse pode garantir a tutela jurisdicional dos direitos e determinar os pressupostos pelos quais deve ela ser outorgada. Não se cuida, portanto, de um direito privado, mas de um direito revestido de natureza pública, que por seu caráter, sua direção, seu conteúdo e seus requisitos se distingue essencialmente da pretensão privada”<sup>55</sup>.

Isto tudo parece realmente correto, mas quanto à “ação” processual. Em todas estas citadas passagens, Pontes de Miranda teria posto a ação entre aspas. Todavia, o objeto da atual polêmica é outro, pois a respeito da “ação” processual estamos todos de acordo. Dizer que esta última é abstrata e dirigida contra o Estado não infirma a existência concomitante da categoria sobre a qual estamos a divergir. Só não percebe isto quem insiste em partir da premissa de que o objeto do debate é o conceito de uma e única ação, que sendo única teria inexoravelmente de pertencer ao direito material ou ao direito processual. Mas é justamente esta premissa que está em questão. Quem a dá por suposta sequer alcança o argumento rival. É o caso de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que em razão disso sequer compreende as particularidades do pensamento de Pontes de Miranda. Isto o torna imune ao argumento. Por isso, dedicamo-nos repetidamente a atacar aquela equivocada premissa. Apenas quem superá-la compreenderá o acerto da opção pontiana.

Mas em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a equivocada premissa resiste com a força de um paradigma. Na tentativa de demonstrar que a sua diferença em relação a Pontes de Miranda não é meramente terminológica, sustenta o seguinte: “Se é da essência do direito,

---

<sup>53</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Efetividade e tutela jurisdicional”, op. cit., p. 673.

<sup>54</sup> Idem, ibidem, p. 674.

<sup>55</sup> Idem, ibidem, p. 674.



o agir para a sua integral realização, representando a ação de direito material a inflamação do direito depois da lesão (a ‘metamorfose’ de Savigny), a sentença haveria de ser sempre favorável, porquanto a demanda pressuporia por hipótese a existência do direito”<sup>56</sup>. Mas isto é de um equívoco flagrante: a ação de direito material pressupõe a existência do direito, mas a demanda não. A sentença de procedência pressupõe o direito afirmado pelo autor, mas a demanda e o exercício da “ação” processual, com a subsequente satisfação do direito à jurisdição, não o pressupõem de forma alguma. E Pontes de Miranda, Ovídio A. Baptista da Silva ou nós mesmos jamais dissemos o contrário. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lê Pontes de Miranda nestes termos porque pensa na mencionada ação de direito material como se em verdade se estivesse tratando da “ação” processual. Mas não é o caso... É lógico que a demanda, a “ação” processual, não pressupõe a existência do direito material. Pressupõe apenas a existência do direito que por si realiza: o direito à prestação jurisdicional. Não pressupõe o direito subjetivo material afirmado pelo autor, que implicará sentença procedente e ação para satisfação apenas nos casos em que isto for imposto pelas circunstâncias de direito material.

A longa réplica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira desdobra-se ainda a ponto de afirmar, contra a concepção de Pontes de Miranda, que não se pode conceber uma ação de direito material dirigida contra o adversário porque o autor “nada pede ao demandado, mas ao órgão judicial, e o que ele pede não lhe pode ser concedido pelo demandado...”<sup>57</sup>. Donde se renova nossa convicção de que a doutrina em análise não foi compreendida. Pontes de Miranda é claríssimo ao distinguir pretensão, que é poder exigir, exercício de pretensão, que é exigir de fato, e ação material, consistente naquele agir para satisfação, independentemente do comportamento voluntário do sujeito passivo. O processo é necessário justamente porque a exigibilidade e o exercício da exigência não convencem o sujeito passivo, uma vez ou outra, a satisfazer o direito do titular. No momento do processo já não se trata, portanto, de pedir algo ao demandado, esperando que este conceda algo. Trata-se de agir contra ele. Agir para satisfação. Isto se fará, é claro, apenas quando o autor tiver razão. É a este agir que Pontes de Miranda designa ação de direito material.

No mais, o embate contra a ação de direito material se desenrola pelo ataque aos seus pontos fracos, consistentes em sustentar que as sentenças condenatórias e

---

<sup>56</sup> Idem, ibidem, p. 675.



mandamentais correspondem a ações condenatórias e mandamentais. E neste ponto os polemistas têm razão ao criticar a concepção pontiana. Ações de direito material que se possam qualificar de condenatórias ou mandamentais não há, e nisto Pontes de Miranda foi incoerente apenas por não levar suas premissas às últimas conseqüências. Mas esta conclusão não é nova, pois nós mesmos já a desenvolvemos. E se nos voltamos nesta oportunidade contra a negação da ação de direito material, isto se deve também ao propósito de reconhecer o acerto de algumas objeções apresentadas à teoria de Pontes de Miranda, todavia demonstrando a sua insuficiência para invalidar a categoria sobre a qual nos debruçamos.

#### **5. Ainda sobre a classificação das ações: a teoria da ação de direito material aplicada à análise das sentenças de procedência, especialmente às chamadas condenatórias e mandamentais.**

A respeito da sentença mandamental, a atenção de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira foi despertada pelo fato de Pontes de Miranda não se ter dado conta “da evidente inexistência da ação de direito material *em relação a ela*” (grifo nosso)<sup>58</sup>. Isto implicaria, nos termos da crítica, a invalidade da tese segundo a qual o conteúdo da sentença deve expressar o verbo capaz de realizar a ação de direito material, pois o reconhecimento da existência de uma espécie de sentença identificada pela mandamentalidade suporia como antecedente a existência de ações (de direito material) mandamentais.

Guilherme Rizzo Amaral estende essa objeção sustentando a inexistência de ações declaratórias, constitutivas ou condenatórias, todavia identificando no mandamento, assim como na execução, “possíveis ações privadas”. Segundo este eminente processualista, “não encontramos, no plano do direito material, pretensão à declaração, constituição ou condenação”, e por isso não seria dado sustentar a existência de ações (de direito material) declaratórias, constitutivas ou condenatórias<sup>59</sup>.

Nestas mencionadas objeções há uma obviedade que se levanta insuperavelmente contra as particulares conclusões de Pontes de Miranda. De fato, ação

<sup>57</sup> Idem, ibidem, pp. 676/677.

<sup>58</sup> Idem, ibidem, op.cit., p. 677.

<sup>59</sup> Guilherme Rizzo Amaral, “A polêmica em torno da ‘ação de Direito material’”, op. cit., p. 540.



condenatória não pode haver, pois o verbo “condenar”, como o temos sempre compreendido ao definir a sentença condenatória, não expressa ação capaz de satisfazer direito algum. Nós mesmos, inspirados pelas idéias expostas num conhecido ensaio de Ovídio A. Baptista da Silva<sup>60</sup>, mas sem deixarmos de as desenvolver a nosso modo, tivemos já a oportunidade de demonstrar o acerto desta conclusão, ao abordar a teoria da condenação do ponto de vista da ação de direito material:

"Quem tenha claro que o processo deve, em regra, realizar a ação de direito material cuja existência foi comprovada, não escapa da conclusão de que entre aquela ação e a sentença deve, também em regra, haver congruência (Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 1, 4ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 160). E, portanto, a sentença condenatória só realizará uma ação de direito material se ao direito tutelado corresponder uma ação condenatória. Como a ação de direito material satisfaz o direito independentemente da vontade e do comportamento do sujeito passivo, é incompreensível como a sentença condenatória, ao exigir, justamente, um comportamento voluntário, consiga realizar a ação material correspondente ao direito tutelado. Em verdade, não é possível falar em ação condenatória porque a sentença que corresponderia a esta ação não tem, segundo a tradição, aptidão para realizar, desde já, ação alguma."<sup>61</sup>

Parece-nos, contudo, que esta evidente conclusão, apesar de ter escapado a Pontes de Miranda, é incapaz de invalidar a sua teoria da ação de direito material. Ao contrário, demonstra a importância de dispormos mecanismos de tutela capazes de realizar as diversas ações de direito material, e, conseqüentemente, a urgência com que devemos banir do horizonte a técnica da condenação, justamente em razão da sua incapacidade para satisfazer o direito do autor vitorioso, senão por recurso a outro processo.

Esta análise, ao invés de invalidar a teoria da ação de direito material, oferece o melhor argumento que se pode apresentar em favor da perspectiva sugerida por ela. Se a sentença deve conter a aptidão para realizar, sem delongas, a ação capaz de satisfazer o direito do autor vitorioso, já é hora de abandonarmos o sistema da condenação, com a sua inexorável conseqüência, a execução obrigacional autônoma. Isto implicaria, conforme as reformas do

---

<sup>60</sup> Ovídio A. Baptista da Silva, “A ação condenatória como categoria processual”, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 233-251.

<sup>61</sup> Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit., p. 100.



CPC vêm comprovando, um inegável ganho de efetividade. A teoria da ação de direito material reforça em termos dogmáticos aquela conclusão, cujo acerto o bom senso confirma: por que exortar o réu ao cumprimento de uma prestação se agora já é possível passar à execução? Por que “condenar” — “ação” que não satisfaz — se já é legítimo executar, satisfazendo o direito digno de tutela?

A despeito da sugestão do bom senso, a análise da condenação, do ponto de vista da ação de direito material, permitiu-nos concluir que, na verdade, não há eficácia condenatória. A propósito, dissemos o seguinte:

"A sentença dita condenatória deve em realidade ser considerada executiva porque, dentre as eficácias que contém, a executiva é a que realiza praticamente a ação de direito material. Só é possível esquivarmo-nos desta conclusão se encontrarmos outra *causa* processual imediata para os atos executivos subsequentes. Mas outra causa não há, senão a eficácia executiva da sentença. Após a sentença dita condenatória não há nova decisão sobre se deve-se executar: o Processo de Execução pode sim conter decisões, mas não sobre se o direito reconhecido pela sentença pode dar lugar à execução. O Processo de Execução *realiza*, em regra simplesmente, *atos executivos*, tendo em vista a aptidão da sentença para produzi-los. Esta aptidão para produzir atos executivos, mesmo em processo autônomo, constitui, justamente, a eficácia preponderante da sentença a que chamamos condenatória."<sup>62</sup>.

Eis porque sugerimos que em todos os casos nos quais a sentença é tradicionalmente “condenatória” deve-se impor a execução imediata, de modo a garantir que a sentença ostente forte conteúdo executivo, merecendo de fato o nome “sentença executiva”. Se não existem ações (de direito material) condenatórias, mas sim ações (de direito material) executivas, nestes casos as sentenças devem ser não disfarçadamente executivas, como as chamadas “condenatórias”, mas executivas na maior dose possível, a ponto de dispensar novo processo<sup>63</sup>.

Justamente porque não pensa nestes termos, desprezando a perspectiva oferecida pela teoria da ação de direito material, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira admite que o legislador possa eleger a seu modo as técnicas de tutela, inclusive mantendo a técnica

---

<sup>62</sup> Idem, *ibidem*, pp. 187/188.



da condenação, que lhe parece até adequada para os casos em que se trate de agredir o patrimônio do réu<sup>64</sup>. Mas quem pense a partir da premissa segundo a qual a sentença deve conter o verbo que expressa a ação capaz de satisfazer o direito reconhecido, poderá banir a condenação em favor de uma sentença que desde já implique o início dos atos tendentes à expropriação. Neste caso, o juiz diria: tem razão o autor; execute-se o réu, desde já ou ao término de um determinado prazo, para o fim de expropriar os bens necessários à satisfação do direito do autor. Isto não implica, obviamente, a supressão da possibilidade de defesa do executado em face de atos executivos. Apenas dispensa novo inadimplemento como requisito para a execução, bem como novo processo para levá-la a cabo. Que isto traria um considerável ganho de efetividade, e que seria mais adequado do ponto de vista do direito material, é algo que dispensa argumentos. Seria à toa? Cremos que não.

Assim como a sentença chamada “condenatória” é incapaz de realizar, por si e prescindindo de um novo processo, qualquer ação de direito material, a sentença mandamental não nos parece corresponder a nenhuma forma de ação mandamental. O mandamento não expressa um agir capaz de satisfazer por si, independentemente de algum comportamento voluntário, o direito do autor. Mas isto, para nós, também não é novidade, nem invalida a teoria de que nos ocupamos.

Ao avaliarmos o pensamento de Pontes de Miranda, para quem a sentença mandamental corresponde a uma ação (de direito material) mandamental<sup>65</sup>, a preocupação com a coerência obrigou-nos a abandonar o pensamento do notável jurista quanto a esta sua particular conclusão. Deparados com a circunstância de que a ordem não expressa uma ação capaz de satisfazer o direito independentemente do comportamento do destinatário — justamente por forçar este desejado comportamento —, manifestamo-nos contrariamente ao alvitre segundo o qual poderia haver ações mandamentais. Todavia — e talvez paradoxalmente, ao menos para quem adote uma postura conceitualista comprometida apenas com o rigor formal das construções teóricas—, defendemos o recurso generalizado à tutela

<sup>63</sup> Idem, *ibidem*, p. 189.

<sup>64</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Efetividade e tutela jurisdicional”, *op. cit.*, p. 678.

<sup>65</sup> “Aqui, a ação, de direito material, é mandamental, e a sentença na ‘ação’, na lide, atende à característica da ação que foi proposta. Há o direito, a pretensão e a ação, para, no plano processual, se obter o mandado” (Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, t. VI, São Paulo, RT, 1976, p. 09).



mandamental, mesmo quando possível a execução direta<sup>66</sup>. Parece-nos que, enquanto a sentença condenatória deve ser abandonada, por absoluta inaptidão para oferecer adequada e tempestiva tutela, a sentença mandamental deve ser generalizada, apesar da incapacidade para realizar qualquer ação de direito material. Conceitualmente isto pode parecer uma heresia, mas se justifica uma vez considerados os específicos fins do processo.

Apesar da incapacidade para satisfazer por si, realizando a ação de direito material, a sentença mandamental ostenta uma qualidade que recomenda em favor desta técnica sorte diversa da sugerida para a sentença “condenatória”. Pois a ordem, dotada de suficiente força dissuasiva, tem a virtude de dispensar a ação material, quando possível, e de provocar efeito equivalente à sua realização, quando esta se verifique impossível ou indesejável. E ao contrário do que pode parecer, é justamente a perspectiva da ação de direito material que recomenda o generalizado recurso à ordem. Verificando se é o caso de realizar-se qualquer ação sobre os fatos para a satisfação coativa do direito, ou se uma qualquer ação deste tipo é impossível, difícil ou indesejável, pode-se optar pela sentença executiva, capaz de realizar a ação executiva, no primeiro caso, ou dispensar a execução direta, recorrendo-se à técnica mandamental, que torna desnecessária a ação material sobre a realidade, quando logra dissuadir o destinatário da ordem. Neste caso se trata, realmente, de técnica incapaz de realizar qualquer ação de direito material. Mas que se justifica para evitá-la, por exemplo com o propósito de abreviar a espera do autor pela satisfação do seu direito, ou para tentar a

---

<sup>66</sup> Dada a inconveniência de repetir aqui todo o desenrolar da reflexão que nos conduziu a essa conclusão, pede-se vênua para remeter o leitor ao nosso *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit., pp. 261 e ss. Quanto à classificação das sentenças do ponto de vista das ações de direito material, recomenda-se notar as conclusões de Daniel Francisco Mitidiero. Partindo do pensamento de Pontes de Miranda, e levando-o, como fizemos, às últimas conseqüências, este ilustre processualista defendeu a existência de apenas três espécies de ações de direito material: declaratórias, constitutivas e executivas. Condenatórias e mandamentais poderiam ser apenas algumas pretensões, não ações (Daniel Francisco Mitidiero, *Elementos...*, op. cit., p. 131). Quanto à inexistência de ações condenatórias e mandamentais parece-nos rigorosamente correta a conclusão do autor. Mas devemos observar que, no nosso modesto entendimento, não parece possível qualificar as pretensões conforme a mencionada sugestão. Como não é o caso de inaugurar neste momento a análise do problema, limitemo-nos a formulá-lo: a pretensão é sempre pretensão a algum comportamento; é exigibilidade dirigida a outrem, ou mesmo a uma universalidade de pessoas, e tem em vista sempre algum comportamento; como poderíamos, então, qualificar uma pretensão designando-a “condenatória” ou “mandamental”? Parece-nos que isto seria possível apenas se houvesse pretensões à condenação ou ao mandamento. Pretensões, aliás, dirigidas então ao juiz, que deveria em determinadas circunstâncias condenar ou mandar. Mas a pretensão de direito material não consiste na exigibilidade de uma condenação ou de um mandamento, e não é dirigida ao juiz, salvo quanto à pretensão à jurisdição. A condenação é apenas exortação àquele comportamento exigido, enquanto o mandamento é ordem que tem em vista aquele mesmo comportamento. Como poderiam a pretensão à entrega de uma coisa, ou a pretensão a que ninguém ofenda minha honra, serem qualificadas como condenatórias ou mandamentais? Tanto se pode condenar àquela entrega ou a esta abstenção, como se pode ordenar aquela entrega ou esta abstenção. A condenação exorta o condenado a se comportar de modo a cumprir a exigência, enquanto o mandamento ordena este mesmo comportamento. Neste caso, condenatórias ou mandamentais seriam as



satisfação quando a ação material verifique-se jurídica ou empiricamente impossível<sup>67</sup>.

Destas reflexões podemos, portanto, extrair a parcial conclusão de que ação condenatória não há, razão pela qual sentença condenatória não deve haver — por aquele motivo, mas também por sua inefetividade para satisfazer o direito do autor —, ao passo que ação mandamental também não há, apesar de que sentença mandamental pode e deve haver, por tornar desnecessária a ação executiva ou por gerar resultado equivalente mesmo quando nenhuma ação direta seja possível.

Resta inexplorado, assim, apenas o problema da existência de ações declaratórias e constitutivas — já que, do ponto de vista assumido, a existência de ações executivas fica imune a objeções. Quanto ao ponto, e para não abusar da paciência do leitor, retomaremos sucintamente os argumentos de Ovídio A. Baptista da Silva e Daniel Francisco Mitidiero. Pois, dada a evidência da veracidade que expressam, são suficientes.

Ao responder às ponderações de Guilherme Rizzo Amaral, para quem não há como verificar a existência de ações declaratórias e constitutivas porque ao particular não seria possível um agir equivalente ao do juiz quando declara ou constitui<sup>68</sup>, Daniel Francisco Mitidiero asseverou tratem-se de “ações normativas”<sup>69</sup>. Como tais, não teriam qualquer relevância se praticadas por alguém despido de autoridade. O que não as torna impossíveis. Quaisquer de nós poderíamos afirmar em face de outrem a existência dos nossos direitos, assim como poderíamos de fato nos desvincular de uma obrigação em face de outrem, se, por exemplo, este não cumprisse a prestação a que estivesse também obrigado. Mas o direito

---

pretensões, ou alguns dos mecanismos de tutela utilizados com o propósito de satisfazer pretensões que não comportam aqueles adjetivos?

<sup>67</sup> Como se pode perceber, deste ponto de vista fica prejudicada a objeção de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira quando suscita contra a ação de direito material a possibilidade de o juiz alternar entre a execução direta e a tutela mandamental (“O problema da eficácia da sentença”, op.cit., p. 19). Trata-se, precisamente, da seguinte alternativa: age-se para a satisfação imediata — realizando a ação de direito material — ou tenta-se convencer o demandado a satisfazer, por ato próprio, a pretensão do autor, justamente para evitar a ação material — normalmente mais onerosa e demorada, em seu propósito de satisfazer forçadamente a pretensão, quando comparada ao ato voluntário do sujeito passivo. Todavia, se a ação que satisfaz é a extinção de uma relação jurídica, não pode o juiz ordenar nada; deve romper o vínculo. Se a ação que satisfaz é uma declaração, não é possível “optar” pelo recurso à tutela mandamental; deve o juiz declarar. A “opção” pela tutela mandamental é certamente possível e até recomendável, todavia nos casos em que dispense convenientemente a ação material ou naqueles em que esta seja materialmente impossível. Trata-se de uma técnica que, em algumas circunstâncias, evita a última *ratio* do processo, por implicar a satisfação da pretensão reconhecida sem a necessidade de se agir forçadamente sobre a realidade dos fatos. Isto não autoriza ninguém a afirmar, todavia, que se possa alternar entre diversas formas de agir independentemente da especificidade da realidade de direito material. Aliás, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não o nega, mas se recusa a trabalhar com a categoria que permite explicar a razão disto.

<sup>68</sup> Guilherme Rizzo Amaral, “A polêmica em torno da ‘ação de Direito material’”, op. cit., p. 540.



reserva à autoridade judicial, por razões óbvias, a competência para emitir declarações que não se possa mais controverter, assim como para criar, extinguir e modificar relações jurídicas — neste caso, todavia, sem exclusividade, pois todos podemos fazê-lo, em inúmeras circunstâncias, sem a necessidade de qualquer intervenção autoritativa. De qualquer forma, isto não é em absoluto relevante para a solução do problema da existência das ações declaratórias ou constitutivas, pois, conforme lição de Ovídio A. Baptista da Silva, lembrada pelo mesmo Daniel Francisco Mitidiero, a impossibilidade de satisfazer um direito independentemente do processo não implica a sua inexistência nem que através do processo não se o satisfaça agindo para este fim<sup>70</sup>.

Se qualquer pessoa pode propor uma “ação” declaratória é porque todos têm direito a que um juiz se pronuncie acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Ao pronunciar-se, no sentido em que for, o juiz estará agindo — ou declarar não é uma ação? E estará declarando para satisfazer um direito, o direito à declaração. Ao declarar, parece-nos que estará satisfazendo o direito: agindo para a sua definitiva satisfação. Se a este agir não se queira chamar ação de direito material, chame-se como quiser. Nenhuma nomenclatura nem teoria alguma obscurecerá o fato de tratar-se de uma ação para a satisfação de um direito. Ação que, cumpre esclarecer, supõe sim um direito exigível, que se satisfaz através de uma pura e simples declaração.

Da mesma forma, ao constituir ou desconstituir uma relação jurídica o juiz o faz para satisfazer o direito do autor que postula a constituição ou a desconstituição. Tratam-se de ações, não há dúvida. Estas ações supõem pretensões correspondentes a direitos que se vêem satisfeitos pela constituição ou desconstituição. Ações que, portanto, supõem direitos; que dependem deles e que têm neles a sua causa. Sendo assim, continua aberto para os opositores de Pontes de Miranda o desafio de demonstrar que estas ações, inconfundíveis com a “ação” processual, não pertencem ao plano do direito material.

---

<sup>69</sup> Daniel Francisco Mitidiero, *Elementos...*, op. cit., p. 126.

<sup>70</sup> Referimo-nos a uma passagem da mais recente obra do notável jurista, apropriadamente citada por Daniel Francisco Mitidiero (*Elementos...*, op. cit., 127): “Mesmo aceitando que as pretensões declaratória e constitutiva não se possam realizar fora do processo, isto não terá a menor relevância para demonstrar que elas não *existam* antes ou fora do processo. Ignora-se, quando se argumenta desse modo, a distinção básica entre ‘carecerem do processo’ para realizarem-se e ‘não existirem’ fora, ou antes dele. Mesmo porque, quando dizemos que a *declaração* necessita do processo para realizar-se, estaremos, por força de uma contingência lógica proclamando que essa declaração, enquanto ‘direito exigível’ (pretensão), existia antes do processo! Tanto existia antes, que o processo fora concebido para realizá-lo” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Processo e ideologia – O paradigma racionalista*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 172).



## 6. Conclusão.

No desenrolar de seu ataque à teoria da ação de direito material, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira percebeu que “o princípio da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito material (daí — concluiu —, o surgimento das tutelas executiva e mandamental)”<sup>71</sup>.

Ao referir-se a “modelos ultrapassados de tutela jurisdicional”, só pode o insigne jurista ter pretendido aludir ao modelo da condenação. Até porque, só a condenação pode ser substituída, com ganho de efetividade, pelas técnicas executiva e mandamental. E ninguém cogitou, até o momento — e por absoluta impossibilidade —, de substituir as sentenças declaratórias e constitutivas. Sendo assim, a consciência impõe questionar por que devemos considerar a sentença “condenatória” ultrapassada e por que, como consequência, devemos substituí-la pelas sentenças executivas e mandamentais.

Do ponto de vista dogmático, respondemos já a essas duas questões, ao demonstrar, de um lado, a incapacidade da sentença “condenatória” para gerar a pronta ação capaz de satisfazer o direito, e, por outro, a aptidão da sentença executiva, que nestes termos se qualifica justamente por implicar esta imediata ação, bem como a conveniência da sentença mandamental, que apesar de não prescindir do comportamento voluntário do réu se mostra muitas vezes capaz de dissuadi-lo, evitando o desenrolar da ação direta do Estado em favor e no lugar do titular do direito. Resta em aberto, portanto, outra pergunta, cuja resposta devemos nos arriscar a tentar: por que a doutrina brasileira já dá sinais de superar o modelo paradigmático da condenação, e por que sugere esta superação através do recurso generalizado às técnicas executiva e mandamental?

Certamente, não devemos este inegável avanço à doutrina italiana, que começa apenas a ensaiar alguns passos nesse sentido. Parece-nos claro que o direito processual brasileiro só chegou ao estágio atual, prometendo novos avanços no sentido da superação da

---

<sup>71</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Efetividade e tutela jurisdicional”, op. cit., p. 678.



condenação e em favor da adoção de meios imperativos, como as sentenças executivas e mandamentais, graças às formulações de Pontes de Miranda e à posterior sofisticação da sua teoria, devida principalmente a Ovídio A. Baptista da Silva. Sem as fortes objeções que a teoria da ação de direito material oferece à técnica da condenação e à doutrina italiana, certamente nossas reformas processuais não poderiam hoje servir de exemplo para os demais países que adotaram o modelo francês. A doutrina italiana, orientada por este modelo, continua subjugada pelo paradigma da condenação, e por isso demonstra dificuldades para evoluir a passos largos como temos logrado conseguir. É um dever da doutrina brasileira, portanto, reconhecer que nossas recentes evoluções doutrinárias e legislativas devem-se sim à teoria das ações de Pontes de Miranda e à conseqüente rejeição da teoria italiana, que ainda não evoluiu por não a ter conhecido.