



AÇÃO E DIREITO SUBJETIVO

José Maria Rosa Tesheiner

Livre-docente pela UFRGS

Professor do Curso de Mestrado da PUC-RS

Desembargador aposentado do TJRS

Sumário: 1. Introdução. - 2. Direito subjetivo segundo Goffredo Telles Júnior. - 3- A doutrina individualista. - 4. Teoria da vontade. - 5. Teoria do interesse. - 6. Teorias mistas. 7. Direito subjetivo segundo Vicente Ráo. - 8. Direito subjetivo segundo Kelsen . - 9. Direito subjetivo segundo Moreira Alves. - 10. Direito e pretensão segundo Homero Freiro. - 11. Direito e ação segundo Satta. - 12. Direito subjetivo segundo Miguel Reale. - 13. Algumas conclusões. - 14. Ação e direito subjetivo, categorias dogmáticas exauridas? - 15. Um retorno à teoria civilista da ação?

ABSTRACT

A ação é um direito subjetivo? Para responder a essa pergunta, o Autor apresenta algumas das múltiplas concepções dos conceitos de ação e de direito subjetivo, do século XVIII aos nossos dias.

INTRODUÇÃO

Afirma-se, não sem certa solenidade, que a ação é um direito subjetivo. Trata-se de afirmação raramente contraditada, mas que está longe de ser unívoca, pois não esclarece de que ação se trata e, menos ainda, a que direito subjetivo se refere. É afirmação que, às vezes, não significa nada. No extremo oposto, é afirmação que implica uma tomada de posição ideológica. Entre os dois extremos, numerosas variantes. Assim, a concordância de quase todos os juristas, em que a ação é um direito subjetivo, é apenas aparente, porque não pensam todos na mesma ação nem têm igual conceito de direito subjetivo.



A palavra "ação" refere-se a fenômenos diversos, conforme referida ao Estado, que presta a jurisdição, ou ao adversário, possivelmente obrigado a uma prestação. Há maior precisão quando se afirma que a ação processual é um direito contra o Estado, caso em que a idéia de direito subjetivo apresenta-se como correlata à de dever. O Estado deve entregar a prestação jurisdicional, o que geralmente significa dever o juiz, como órgão do Estado, proferir uma sentença. Referida ao adversário, a ação tem outro significado, motivo por que também se lhe dá outro nome, o de ação material. Ela não se endereça contra o Estado, nem visa a uma sentença. Nem supõe necessariamente um processo. Pode existir fora dele, no campo do direito material. No processo, o juiz talvez deva proferir uma sentença, afirmando ou negando a existência da ação material. Ela apresenta-se, assim, como objeto do processo e da ação processual.

A teoria do direito abstrato de agir trata da ação processual. Esta apresenta-se, assim, como direito a uma sentença, qualquer que seja. O Estado entrega a prestação jurisdicional, mesmo quando profere sentença de improcedência e até mesmo quando profere sentença meramente processual, extinguindo o processo por falta de pressuposto processual.

A teoria do direito concreto de agir trata da ação material. Supõe-se correspondência entre o pedido do autor e o direito objetivo. Supõe-se, em outras palavras, que o autor tenha razão. Por isso, somente afirma a existência de ação, se acolhido o pedido do autor.

Não se trata de teorias contrastantes. Elas se referem a fenômenos diversos, embora igualmente chamados de ação.

O problema torna-se mais complexo, porque existe ainda um terceiro conceito de ação, devido a Liebman: a ação como direito, não a uma sentença qualquer, mas a uma sentença de mérito, de acolhimento ou de rejeição do pedido do autor. Importante, aí, é determinar o que seja mérito. Para não nos afastarmos do objetivo do presente trabalho, diremos, apenas, que não é de mérito a sentença meramente processual, mas o é qualquer sentença que acolha ou rejeite o pedido do autor.

Precisamos, pois, desdobrar a pergunta: a ação processual, a ação material e a ação de Liebman constituem direitos subjetivos?



Busca-se, aqui, uma resposta a essas indagações, confrontando -se algumas das concepções de direito subjetivo com o fenômeno da ação.

1. DIREITO SUBJETIVO SEGUNDO GOFFREDO TELLES JÚNIOR

Direito subjetivo é uma expressão que se degradou, sofrendo como que um processo de entropia. Chama-se, hoje, direito subjetivo, qualquer ato que não seja proibido, seja porque permitido, seja porque imposto como dever. Na lição de Goffredo Telles Júnior, constitui direito subjetivo todo ato permitido, por norma legal ou negocial, excetuadas as meras liberalidades. Também constituem direitos subjetivos os atos devidos, que integram a categoria dos direitos-função. Trata-se de um conceito amplo de direito subjetivo, tal como se vê na legislação, em expressões como o "direito de ir e vir". A tal direito corresponde a obrigação de todos, de não impedir a prática do ato permitido ou ordenado pelo sistema jurídico [1].

Nessa linha de pensamento, quando se diz que a ação processual constitui um direito subjetivo, consigna-se apenas que o Direito objetivo permite e, em certos casos, ordena, a propositura de ação. Em outras palavras, a ação processual é um direito subjetivo, porque pode (ou deve) ser proposta. Nessas condições, a assertiva de que a ação processual é um direito subjetivo constitui um truismo: uma verdade trivial, tão óbvia que mal merece enunciação.

Em oposição a esse conceito amplo, quase vazio, da doutrina atual, encontra -se o denso conteúdo que lhe imprimiu a doutrina do século XVIII. Assim, como que num flashback, retornamos ao passado.

2. A DOUTRINA INDIVIDUALISTA

A doutrina individualista, cujas origens remontam ao século XVI, teve sua fase de máximo esplendor no século XVIII, com Locke, Rousseau e, sobretudo, com as



declarações de direitos da época revolucionária, particularmente na da França, de 1789 e, subsequentemente, nos códigos da época napoleônica.

"Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. O exercício dos direitos naturais de cada um não tem limites senão os necessários para que os demais membros da sociedade gozem desses mesmos direitos (Declaração de direitos de 1789, arts. 1o, 2o e 4o).

Eis aí resumida a doutrina. O homem tem direitos por ser homem. Seus direitos são anteriores à sociedade. O Direito objetivo não existe senão para assegurar -los. Funda-se essa doutrina na natureza do ser humano, individual, livre e autônomo. Esse homem natural celebrou o pacto social, mas conservando sua autonomia e os poderes que ele implica, portanto, seus direitos. As regras sociais limitam a autonomia de cada um, para assegurar a autonomia de todos. Assim, o Direito objetivo não existe senão a título derivado. Seu substrato é a autonomia da pessoa humana, o poder da vontade individual, o direito subjetivo. O Direito objetivo só tem valor na medida em que assegura os direitos subjetivos e, por isso mesmo, suas restrições somente se justificam na medida da necessidade para proteção da autonomia de todos. Parte-se do direito subjetivo para se chegar ao Direito objetivo. É no direito subjetivo que se encontra o fundamento do Direito.

As restrições jurídicas devem ser idênticas para todos, dada a igualdade essencial de todos os homens, que nascem com os mesmos direitos. A regra que afronta o princípio da igualdade deixa por isso mesmo de ser Direito.

O Direito deve ser o mesmo em todos os tempos, em todos países e em todos os povos, porque se funda sobre os direitos naturais do homem, que foram, são e serão sempre e por toda a parte os mesmos homens, com os mesmos direitos. Esse Direito ideal, absoluto e natural existe e dele as sociedades humanas aproximam -se cada vez mais. A ascensão rumo a esse Direito ideal pode ter momentos de parada ou mesmo de recuo, mas é constante. Todos os povos da terra marcham em sua direção. Cabe ao jurista revelar esse ideal jurídico; ao legislador, realizá-lo.



Mil vezes já se mostrou que a doutrina individualista é teoricamente indefensável. O homem jamais existiu só e, considerado na sua solidão, não poderia ter direitos subjetivos, porque estes supõem relação com o outro. Contudo, ela foi um fato social de primeira ordem. Inspirou os códigos da era napoleônica. Propiciou imenso progresso, permitindo afirmar-se, pela primeira vez, a limitação dos poderes do Estado pelo Direito. Muitos espíritos ainda estão dela impregnados [2].

Parece claro que a ação, como direito à tutela jurisdicional do Estado, não pode ser havida como um direito natural, anterior à existência do Estado, pois no hipotético estado de natureza somente poderia existir ação como defesa privada, a significar mais exercício da força que exercício de um direito.

Expulsou-se a vontade individual do paraíso do Direito natural. Manteve-se, porém, a idéia de direito subjetivo como um poder de vontade.

3. TEORIA DA VONTADE

De acordo com a doutrina sustentada por Savigny e Windscheid, direito subjetivo é um poder de vontade, concedido pela ordem jurídica.

O direito, dizia Savigny, considerado na vida real, abraçando e penetrando nosso ser por todos os lados, apresenta-se-nos como um poder do indivíduo. Nos limites desse poder, sua vontade reina, e com o consentimento de todos. A tal poder ou faculdade chamamos direito ou direito em sentido subjetivo [3]. Cada relação de direito apresenta-se como relação de pessoa a pessoa, regulada por uma regra jurídica, que atribui a cada indivíduo um domínio onde sua vontade impera independentemente de qualquer vontade alheia [4].

Windscheid ensinava:

De direito como faculdade (direito em sentido subjetivo) fala-se em dois sentidos: 1) direito a um determinado comportamento, ato ou omissão de outrem. Tendo



ocorrido certo fato, o ordenamento jurídico determina certo comportamento, colocando o preceito na livre disposição daquele em cujo favor foi editado. O preceito, que era do ordenamento, faz-se preceito do favorecido. Torna-se direito dele. 2) A palavra "direito" não tem este sentido, quando, por exemplo, diz-se que o proprietário tem o direito de alienar a coisa ou que o credor tem o direito de ceder o seu crédito. Nesses casos e, em outros similares, com a palavra direito indica-se que a vontade do titular é decisiva para o nascimento de direitos da primeira espécie, ou para a extinção ou modificação dos já nascidos. Atribui-se ao titular uma vontade, que é decisiva, não já para a atuação, mas para a existência dos preceitos da ordem jurídica. Ambas as espécies de direitos subjetivos estão compreendidas na definição: direito é um poder ou uma senhoria de vontade concedida pela ordem jurídica. Que o ordenamento jurídico assegure ao titular meios coativos para a atuação da vontade que lhe concedeu, não pertence ao conceito de direito. Um direito desprovido de meios coativos é um direito imperfeito, mas nem por isso deixa de ser direito [5].

Clóvis Beviláqua observou:

"Não era difícil combater o conceito de Windscheid, pois, ele mesmo, apesar de mantel-o nas últimas edições, reconhece que as críticas que Yhering, Thon e outros são impressionantes e o deixavam abalado. Com razão irretorquível se observou, contra esse eminente juriconsulto, que o infante, o louco e o ausente, desprovidos de vontade, são sujeitos de direito e, mais ainda, que se adquirem direitos sem acto algum do titular.

Teve ele de aceitar a explicação de Thon, que lhe destrói a doutrina: - a vontade imperante no direito subjectivo é, somente, a vontade da ordem jurídica, não do titular.

"Se há uma vontade da ordem jurídica, nessa è que se acha a essência do direito subjectivo, em verdade este não existe; tudo se reduz ao direito objectivo, à norma, ou, o que importa no mesmo, á absorção do individuo na coletividade, que è quem cria a norma" [6].



4. TEORIA DO INTERESSE

Como a teoria da vontade não explicava a titularidade de direitos por pessoas incapazes de querer, nem a existência de direitos subjetivos ignorados pelo titular, buscou-se outra explicação e definiu-se o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido.

Disse Jhering:

"Dois elementos constituem o princípio do direito: um substancial, que reside no fim prático do direito, produzindo a utilidade, as vantagens e os lucros que asseguram; outro formal, referente a esse fim, unicamente como meio, a saber: proteção do direito, ação da justiça. (...) A segurança jurídica do gozo é a base jurídica do direito. Os direitos são interesses juridicamente protegidos" [7].

"A ação é, pois, a verdadeira pedra de toque dos direitos privados. Onde não há lugar para a ação, o direito civil deixa de proteger os interesses, e a administração ocupa o seu posto" [8].

Não são direitos os interesses que não sejam assegurados por ação, exemplificando Jhering com os de indústria nacional protegidos por tarifas aduaneiras [9].

Nessa linha de pensamento, pode-se enquadrar a ação processual na ampla categoria dos direitos subjetivos, na medida em que o interesse na prolação de uma sentença é garantido pelos recursos processuais. Todavia, a ação material não é um direito subjetivo, porque é exatamente a ação, isto é, a possibilidade de proteção jurisdicional, que o caracteriza. Em outras palavras: um interesse assume a condição de direito subjetivo, se possível fazê-lo valer em juízo. A ação material integra o conceito de direito subjetivo e por isso mesmo, ela própria não é um direito subjetivo. Os direitos subjetivos apresenta m-se, assim, como um sub-produto da existência da jurisdição.

5. TEORIAS MISTAS



São muitas as teorias mistas, que conjugam os elementos vontade e interesse, de variadas formas. Em alguns casos, o interesse é substituído pela expressão "bem", sem que haja alteração substancial, porquanto bem é tudo aquilo que serve à satisfação de uma necessidade ou de um interesse.

6. DIREITO SUBJETIVO SEGUNDO VICENTE RÁO

Mista é a concepção de Vicente Ráo, que define: “direito subjetivo é o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social” [10].

O autor conjuga a vontade e o interesse das teorias tradicionais, com o acréscimo de um terceiro elemento, que é a finalidade voltada à humanização dos direitos, ligando-os às tendências individuais e sociais da natureza humana [11].

O caráter ideológico da opção do autor ressalta de sua assertiva de que “Direitos existem ditados pela natureza humana, os quais, por isso, são superiores às normas objetivas que podem e devem, sem dúvida, discipliná-los em razão da harmonia social, mas desconhece-los não podem, sob pena de incidirem em ilegitimidade: a negação dos poderes inerentes à natureza do homem, ali onde ocorre, não significa a inexistência, mas a violação dos correspondentes direitos” (p. 529).

Afirma-se, assim, a primazia do indivíduo sobre o Estado. Nessa linha de pensamento, o Estado, em face da ação, apresenta-se menos como titular da soberania, com poderes sobre seus súditos, e mais como um devedor: devedor da prestação jurisdicional .

7. DIREITO SUBJETIVO SEGUNDO Kelsen



Kelsen concebe o direito subjetivo como simples reflexo do direito objetivo. Positivista, renega a tese jusnaturalista da precedência e independência do direito subjetivo, que, pelo contrário, é criado pelo Direito objetivo. Trata-se de simples técnica, de existência contingente, caracterizada pela circunstância de depender do interessado a aplicação da sanção. Concorde com Jhering: a possibilidade de proteção de um interesse, através de ação, é que caracteriza o direito subjetivo (teoria processual do direito subjetivo). Diz:

"A essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo não qualificado como "órgão" da comunidade, designado na teoria tradicional como 'pessoa privada' - normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta - o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever" [12].

"A estatuição de tais direitos subjetivos não é - como a estatuição de deveres jurídicos - uma função essencial do Direito objetivo. Ela apenas representa uma conformação possível, mas não necessária, do conteúdo do Direito objetivo, uma técnica particular de que o Direito se pode servir, mas de que não tem necessariamente de servir-se. É a técnica específica da ordem jurídica capitalista, na medida em que esta garante a instituição da propriedade privada e, por isso, toma particularmente em consideração o interesse individual. É, de resto, uma técnica que não domina sequer todas as partes da ordem jurídica capitalista e que, plenamente desenvolvida, só aparece no domínio do chamado Direito privado e em certas partes do Direito administrativo. Já o moderno Direito penal não se serve dela ou apenas excepcionalmente se serve de la. Não só no caso de homicídio, em que o indivíduo em face do qual a conduta jurídica-penalmente proibida teve lugar deixou de existir e em que, portanto, este não pode instaurar qualquer ação, mas também na generalidade das outras hipóteses de conduta jurídico-penalmente proibida, surge no lugar deste indivíduo um órgão estadual que, como parte autora ou acusadora por dever de ofício, põe em movimento o processo que leva a execução da sanção" [13].



Segundo Kelsen, é supérflua a noção de direito subjetivo, fora dos casos em que a aplicação da sanção depende da vontade do interessado. A simples situação de favorecido pelo cumprimento de um dever não constitui direito subjetivo. Diz Kelsen.

"Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde uma só existe. A situação em questão é esgotantemente descrita como o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo".

"Este conceito de um direito subjetivo que apenas é o simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo pode como conceito auxiliar, facilitar a representação da situação jurídica. É, no entanto, supérfluo do ponto de vista uma descrição cientificamente exata da situação jurídica" [14].

"Visto que o direito reflexo se identifica com o dever jurídico, o indivíduo e em face do qual existe este dever não é tomado juridicamente em consideração como “sujeito”, pois ele não é sujeito deste dever. O homem em face do qual deve ter lugar a conduta conforme ao dever é apenas objeto desta conduta, tal como o animal, a planta ou o objeto inanimado em face do qual os indivíduos estão obrigados a conduzirem -se por determinada maneira" [15].

Há direito subjetivo, em sentido técnico, se a sanção depende da ação material do interessado e, portanto, de sua vontade.

"Uma “pretensão” a ser sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não-cumprimento do dever se possa valer através de uma situação judicial" [16].

"Quando o indivíduo em face do qual um outro está obrigado a uma determinada conduta não tem o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento desse dever, o ato no qual ele exige o cumprimento do mesmo dever não tem qualquer efeito jurídico específico, é - à parte o não ser juridicamente proibido - juridicamente irrelevante. Por isso apenas existe uma “pretensão” como ato juridicamente eficaz quando



exista um direito subjetivo em sentido técnico, quer dizer, o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico em face dele existente" [17].

"...a essência do direito subjetivo, que é mais do que o simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico" [18].

"O credor é pela ordem jurídica autorizado a intervir, isto é, ele tem o poder jurídico de intervir na produção da norma jurídica individual da decisão judicial através da instauração de um processo, para assim fazer valer o não -cumprimento do dever jurídico que o devedor tem de lhe fazer uma determinada prestação" [19].

Nessa linha de pensamento, a ação material integra o conceito de direito subjetivo, não sendo ela própria, isoladamente, um direito subjetivo. Quanto à ação processual, não passa de um reflexo do dever, imposto aos juízes, de prestar a jurisdição.

8. DIREITO SUBJETIVO SEGUNDO MOREIRA ALVES

O conceito atual de direito subjetivo, segundo José Carlos Moreira Alves, resulta de uma combinação das teorias da vontade, de Windscheid, e do interesse, de Jhering: "é um poder de vontade para a satisfação dos interesses em conformidade com a norma jurídica" [20].

A ação processual enquadra-se nessa definição como direito à prestação jurisdicional do Estado. Esse direito, porém, tem uma característica que o desnatura. É direito de que pode resultar sentença inteiramente contrária ao interesse do autor, que vai buscar lã e sai tosquiado. Por isso, Moreira Alves prefere considerá-lo mera faculdade:

"... minha inclinação é no sentido de considerar que a ação, na realidade, não é sequer direito subjetivo, a ação é uma mera faculdade que tem alguém de provocar o Estado para que este venha prestar jurisdição e de submeter a pessoa do réu, para receber também, essa jurisdição. E se dirá: isso não é direito subjetivo contra o Estado, de exigir dele uma



prestação jurisdicional? Não, por uma razão. Eu pergunto: existe algum credor que tenha um direito contra o devedor, que, no momento em que o credor exige do devedor uma atuação, essa atuação não seja em benefício do próprio credor? Porque o direito subjetivo é um poder que se dirige contra alguém para satisfação daquele poder, portanto em benefício do titular daquele poder. E eu pergunto aos senhores: quando alguém se utiliza dessa chamado “direito subjetivo” contra o Estado, o que exige do Estado? Ele exige que o Estado venha prestar-lhe necessariamente um benefício? Não. Ele provoca o Estado, a prestar jurisdição”.

Com relação ao réu, a ação processual apresenta-se, segundo Moreira Alves, como um direito potestativo, isto é, como um direito a que não corresponde um dever da parte contrária. Do exercício do direito potestativo de ação resulta a sujeição do adversário, que se torna réu, querendo ou não querendo e, quiçá, até mesmo sem saber, se citado por edital ou com hora certa:

A ação “é portanto, uma faculdade, perante o Estado, de provocar e um direito potestativo, que se exerce através do Estado, com relação à pessoa do réu, que fica submissa àquela provocação feita pelo autor. Uma vez provocado o Estado, ambos não podem senão submeterem-se àquela apreciação que o Estado vai fazer, que pode beneficiar tanto o autor quanto o próprio réu. O direito de defesa nada mais é do que a faculdade de defesa, que se dá ao réu” [21].

Com isso, Moreira Alves não se filia a Chiovenda, para quem a ação é um direito potestativo do autor contra o réu, apenas no caso de acolhimento do pedido. A ação, a que se refere Chiovenda, é o que chamamos de ação material. Moreira Alves refere-se à ação processual: é o direito de submeter o réu ao processo, proceda ou não o pedido formulado.

Embora herético, o pensamento de Moreira Alves ajusta-se à realidade: a ação processual é menos do que um direito, porque o autor pode ser tosquiado; é um direito potestativo contra o réu, porque este é submetido ao processo, por vontade do autor.

9. DIREITO SUBJETIVO E PRETENSÃO SEGUNDO HOMERO FREIRE



Segundo Homero Freire, o reconhecimento constitui elemento essencial do direito subjetivo. Se o "direito" não é reconhecido pelo sujeito passivo, nem pelo Judiciário, o que se tem é mera pretensão, no sentido de ato ou efeito de pretender um direito, de aspirar a um direito, de julgar-se titular de um direito, de sustentar que um direito existe in foro conscientiae. Diz:

"Quem primeiro falou em pretensão foi WINDSCHEID, ainda no século passado. No estudo que empreendeu da actio romana em confronto com a Klagerecht, do direito germânico, o pandectista alemão concluiu que o que nasce da lesão de um direito, por exemplo, do direito de propriedade, não é um direito de acionar, senão um direito à restituição da coisa, dirigido contra o possuidor. Em face da violação, o que surge é um direito contra o violador, direito esse que ainda não é o direito de ação. Pois bem, diante desse quadro, e para expressar essa direção pessoal, essa tendência que todo direito possui de sujeitar ao seu império a vontade alheia, mesmo quando não violado, porém mais enfaticamente manifestada diante da violação, WINDSCHEID usou o termo Anspruch, traduzido na Itália por pretesa, e, daí, para pretensión nos países hispânicos, e para pretensão em Portugal e no Brasil.

"Se a novidade de WINDSCHEID não favoreceu, como observa CHIOVENDA, a claridade das idéias sobre o tema, em troca iniciou uma série interminável de divergências tendo por objeto a determinação precisa do conceito de Anspruch. (...) ora se sustenta ser a pretensão um elemento do direito subjetivo, ora o próprio direito subjetivo; uns classificam-na como uma categoria distinta, outros a representam como simples faculdade derivada do direito, efeito ou manifestação do direito subjetivo; há quem a coloque no campo do direito subjetivo material, em contrário a outros que a transportam para o direito de ação, ao lado dos que a identificam como figura intermediária entre as duas precedentemente referidas.

"Pois bem, lançando a vista para a realidade da vida jurídica, descobrimos, a cada passo, alguém que se julga titular de um direito sobre um bem, e, em consequência, se considera com o poder de exigir de outrem ou dos outros que se abstenham de pretendê-lo para si; ou se julga com o direito de praticar um ato concreto, e espera, em contrapartida, que não se lhe ofereçam empecilho; ou pretende poder exigir de outrem uma prestação pessoal; ou deseja invocar a atuação do juiz para decidir uma questão concreta e confia que essa atuação não se lhe seja negada.



"A vida, afortunadamente, exhibe inúmeros exemplos em que esses variegados objetivos práticos são realizados e satisfeitos espontaneamente pelos interessados, sem necessidade de constrangimento, seja através do desforço pessoal legítimo do sujeito, seja através da invocação à autoridade arbitral ou judicial. Para muitos juristas essa realização pacífica e espontânea do comércio jurídico não chega a interessar ao direito, não toca à sua epiderme, não crespa ao de leve as águas adormecidas do lago jurídico.(...)

"Todavia, nem sempre a solução pacífica dos interesses é conseguida pela livre decisão das partes, sendo também numerosas as hipóteses de controvérsias, de desacordo, de choque de interesses, em que, de um lado se alega a existência de um direito, e de outro se contradiz essa existência, ou se rebate a alegação com um direito contrário" [22].

Pergunta o Autor: "Com quem a razão?! Com quem a verdade?!". Passa, então, a examinar algumas das teorias engendradas com o objetivo de explicar ou justificar a operância das decisões judiciais acomadas de erro. Conclui, porém, que todas as elucubrações jurídicas imaginadas para justificar e explicar a validade das sentenças padecidas de erro repousam em bases falsas, por repontar sempre a pergunta decisiva: "com quem está a verdade? Ou, correlativamente, com quem está o erro? Como saber que o juiz é o errado? Quem sabe se o errado não é o acusador do juiz" [23]? Não, certamente, a parte vencida; nem sequer a sociedade, pois, a qual que o juiz decide em definitivo, depois do uso de todas as vias impugnativas, tem presunção lógica e legal de certeza, de verdade, segundo o aforisma latino: "sententia, quae in rem iudicatum transit, pro veritate habetur". Conclui, afirmando que "o direito subjetivo é aquele que o juiz declara na sentença passada em julgado, pareça certa ou errada, aos olhos dos litigantes e até da sociedade, essa declaração" [24]. Prossegue:

"Esse entendimento vem precisamente confirmar a bilateralidade de toda relação jurídica. A única afirmação do sujeito ativo (suposto) não basta para fazer o direito. É preciso que o apontado sujeito passivo o reconheça, cumprindo a obrigação ou acomodando-se à sujeição (reconhecimento espontâneo), ou, em seu lugar, o juiz (reconhecimento coativo), impondo a obrigação ou a sujeição. Somente então se poderá dizer que o direito existe" [25].

Daí decorre, como corolário, que a sentença é constitutiva, assim do crime (Carnelutti), como do direito subjetivo. "Outro consectário dessa ordem de idéias é reconhecer



à sentença, sob esse aspecto, o efeito evidentemente constitutivo, superada, de resto, a doutrina tradicional de atribuir à sentença o caráter meramente declarativo" [26].

"E o que existe antes desse reconhecimento do apontado sujeito passivo ou do juiz? De que categoria jurídica é titular o sujeito que alega poder exigir de outrem uma prestação?

"É aqui que entra ou que deve entrar a pretensão, é nesse sentido que essa figura jurídica pode oferecer, salvo engano, os maiores préstimos à teoria geral do direito; é colocando-a como um prius em relação ao direito subjetivo, e não um posterius, que a pretensão se libertará do enleio em que tem sido envolvida até hoje". (...) "Dizer, porém, que a pretensão é o ato ou efeito de pretender um direito, de aspirar a um direito de julgar -se titular de um direito, de sustentar que um direito existe in foro conscientiae, harmoniza -se com o significado íntimo da palavra, segundo os dicionaristas, com o sentir comum, e com a realidade jurídica vivida a todo o momento" [27].

Em síntese: "A pretensão é uma hipótese, é a opinião de alguém sobre um direito imaginado, é uma aspiração"[28].

Observa-se que, para Homero Freire, há pretensões reconhecidas e pretensões não reconhecidas. As primeiras constituem a categoria dos direitos subjetivos. Há, pois, pretensões não reconhecidas, mas não há direitos não reconhecidos. A sentença deforma o universo do Direito objetivo. Integra-o como *lex specialis*. Exclui-se, assim, a idéia de sentença errada, isto é, de sentença desconforme com o Direito objetivo, pois ela é Direito objetivo.

Trata-se de uma teoria relativista, pois nega possam existir direitos negados pelos tribunais. Efetivamente, não há meio objetivo de se estabelecer o que é e o que não é direito, sem invocação da autoridade dos tribunais. Parece, porém, conforme ao pensamento de Homero Freire a idéia de direitos subjetivos reconhecidos, porém, insatisfeitos. Ao contrário dos direitos subjetivos, a resistência à pretensão, como a própria pretensão, podem ser contrárias ao Direito. O sujeito ativo pode formular pretensão injusta, assim como o sujeito passivo pode resistir a pretensão justa.



Na visão realista de Homero Freire, a ação processual é um direito subjetivo, na medida em que o Estado atende ao pedido de prestação jurisdicional. "Se o juiz não reconhece o direito de demandar, ou seja, a capacidade processual de A., por ser ele de menor idade, ou por falta de assistência conjugal nos casos exigidos por lei, ou por falta de assistência tutelar ou curatelar, não houve o direito de demandar, mas houve a pretensão" [29]. Parece-nos, porém, que, ainda nesse caso, a teoria do direito abstrato de agir permite a assertiva de que a ação é um direito subjetivo, porque o juiz reconhece o direito à sentença, no ato mesmo de sentenciar, ainda que extinguindo o processo por falta de capacidade processual do autor.

10. DIREITO SUBJETIVO E AÇÃO, SEGUNDO SATTÁ

A concepção de Satta é semelhante à de Homero Freire. Partindo da premissa de que o ordenamento só é jurídico na medida em que se realiza, nega que se possa opor ao plano do Direito objetivo o dos fatos. Direito objetivo e direito subjetivo são essencialmente a mesma coisa, pois só existem no comportamento dos indivíduos que, mais do que prestar obediência ao ordenamento jurídico, criam-no, através de suas ações. Não se pode estabelecer cisão entre o ordenamento jurídico e as ações humanas, mas unidade do ordenamento, pois, sem a concretude dos comportamentos, as normas não passam de palavras inseqüentes e, sem ele, as ações humanas constituem meros fatos, sem relevância jurídica.

Nessa unidade inserem-se a jurisdição e a ação processual. Se o ordenamento não se realiza espontaneamente, é preciso que alguém o realize coercitivamente. Esse alguém é o próprio ordenamento, através do juiz. A ação é postulação da jurisdição, por um sujeito que afirma, em face de outro, e obviamente ao juiz, que o ordenamento não se concretizou e deve concretizar-se de certo modo, aquele por ele indicado. Essa postulação é a ação, nada importando que seja fundada ou infundada. Não se trata de um direito subjetivo contra o Estado, porque é modo de ser do próprio Direito. A ação é constitutiva do processo, através do qual se exerce a jurisdição e se constitui o próprio ordenamento jurídico. Nessas condições, Direito objetivo, direito subjetivo, ação, jurisdição e processo são essencialmente a mesma coisa, numa concepção dinâmica do ordenamento jurídico, que o visualiza na sua concretude, no seu perpétuo devenir, através da atividade humana [30].



Como se observa, Homero Freire e Satta concordam em que pretensões não reconhecidas, espontaneamente nem judicialmente, não são direitos subjetivos. Não passam de opiniões inconseqüentes.

11. DIREITO SUBJETIVO SEGUNDO MIGUEL REALE

Há autores que dividem os direitos subjetivos em duas grandes categorias: os direitos de crédito (direitos a uma prestação) e os direitos formativos (direitos a que não corresponde um dever, mas a sujeição do sujeito passivo). Essa divisão é negada por Miguel Reale[31], que aponta, como gênero, as situações subjetivas e, como espécies, o direito subjetivo, entendido como situação subjetiva que implica a possibilidade de pretender ou exigir como próprio uma prestação ou ato de outrem, e o poder -sujeição, situação subjetiva em que o sujeito ativo pode fazer algo, como expressão de uma competência ou atribuição, a que corresponde a sujeição do sujeito passivo, do qual nada se exige, mas que sofre as conseqüências do exercício do poder.

A diferença de nomenclatura não esconde a identidade essencial: há direitos a que correspondem deveres e há direitos ou situações subjetivas (o nome não importa) a que não correspondem deveres do sujeito passivo, mas sua sujeição. Enquadra -se nessa última categoria o poder de executar: o executado sofre a execução, querendo ou não querendo e, às vezes, até mesmo sem saber, como pode ocorrer, tendo sido citado por edital.

Miguel Reale considera a pretensão como vínculo entre o direito subjetivo e a ação processual, por abranger não só a possibilidade de pretender algo, inerente a todo direito subjetivo, como a de pretender a tutela jurisdicional do Estado, a fim de que a pretensão material se torne efetiva. É, a um só tempo, a pretensão material, voltada contra o devedor, como a pretensão processual, endereçada ao Estado. Define direito subjetivo nos seguintes termos: "no sentido específico e próprio deste termo, só existe (...) quando a situação subjetiva implica a possibilidade de pretender ou exigir como próprio uma prestação ou um ato de outrem. O núcleo do conceito do direito subjetivo é a pretensão, a qual pressupõe que sejam corespectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido por outro ou que pelo menos, entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o com portamento exigido de



outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie. Além disso, há no direito subjetivo a pertinência da exigibilidade, sendo a prestação exigida pelo titular como algo que lhe é próprio" [32].

Os conceitos oferecidos por Miguel Reale levam a considerar a ação processual como direito subjetivo, na medida em que lhe corresponde o dever do Estado de prestar a jurisdição. A ação material seria definível, não como direito subjetivo, mas como situação subjetiva consistente no poder de agir contra o devedor, através da ação processual.

12. ALGUMAS CONCLUSÕES

Se direito subjetivo é apenas permissão, não vale a pena gastar tinta para afirmar que a ação processual é um direito subjetivo. Nada se acrescenta com a afirmação de que ações podem ser propostas.

Se direito subjetivo é um poder de vontade, a ação processual é um direito subjetivo, por vincular o exercício da jurisdição à vontade do autor, ainda que se trate do cumprimento de um dever, como ocorre nos chamados direitos-função.

Se direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido, a ação material não é um direito subjetivo, porque ela constitui exatamente aquele elemento (a proteção jurídica) que qualifica o interesse, transformando-o em direito subjetivo. A ação processual é, então, um direito subjetivo, garantido pelos recursos processuais, cabíveis no caso de negativa da prestação jurisdicional.

Se direito subjetivo é uma pretensão reconhecida, a ação processual é um direito subjetivo, na medida em que o Estado se curva à pretensão à tutela jurisdicional, ainda que proferindo sentença meramente processual.

Em qualquer dessas hipóteses, a ação processual apresenta-se como um direito subjetivo. O vínculo que se estabelece entre a ação e a jurisdição decorre da proibição de o juiz agir de ofício. A ação processual apresenta-se, assim, como condição para o exercício da



jurisdição. É inegável que essa condição se perfaz mediante declaração de vontade. Portanto, a ação processual não pode ser outra coisa senão um poder de vontade. Voltam à baila, então, as velhas objeções: e os absolutamente incapazes? E os que não sabem que têm o direito de ação?

Para responder, consideremos sucessivamente estas hipóteses: primeiro, a de ação proposta por um menor, que tem vontade, tem capacidade de ser parte, mas não tem capacidade processual; segunda, a de um escravo, que tem vontade, mas não tem capacidade de ser parte. Em ambos os casos, o juiz deverá extinguir o processo por sentença meramente processual; podemos, pois, dizer, que o menor e o escravo têm o direito de ação, no sentido de direito a uma sentença meramente processual. Prossigamos, considerando uma terceira hipótese, a de ação proposta por neonato que, ao contrário do escravo, tem capacidade de ser parte, mas não tem vontade e, por fim, a hipótese de uma ação proposta pelo planeta Vênus, que não tem nem vontade nem capacidade de ser parte. Como nos casos anteriores, o juiz deverá proferir sentença meramente processual, extinguindo o processo. Mas, sobretudo no caso do planeta, é evidente que o juiz responderá a quem se afirma representante, e não ao representado. Em outras palavras, a ação como direito a uma sentença meramente processual, é de quem requer, e não do representado, sem inteligência nem vontade, ou mesmo inexistente.

A assertiva de que o direito de ação é de quem requer, e não do representado, contraria a doutrina dominante. Contudo, não se pode negar que a ação é um ato, que representa o exercício de um poder de vontade. É uma vontade declarada na forma prevista em lei. Portanto, só tem ação quem tem vontade. Para negar-se essa assertiva seria preciso reconhecer o direito de ação ao planeta Vênus, o que seria absurdo. Concluímos, pois, que o direito de ação, como direito a uma sentença meramente processual, cabe exclusivamente a quem possa exprimir a sua vontade, na forma prescrita em lei, confirmando-se que o direito de ação, nesse sentido, é um poder de vontade.

Já a ação, como direito a uma sentença de mérito, de procedência ou de improcedência (Liebman), cabe a quem tenha, não só capacidade processual, mas também legitimação para a causa. Ora, menor incapaz de exprimir a sua vontade, devidamente representado e com legitimação para a causa, tem direito a uma sentença de mérito. Mas não pode ser um poder de vontade um direito de quem não tem vontade. Qual, então, a natureza



do direito a uma sentença de mérito? Sem dúvida, a de um interesse, protegido pelos recursos cabíveis contra a sentença que deixe de apreciar o mérito.

Em conclusão: a ação processual é direito do representante; a ação como direito à sentença de mérito constitui interesse juridicamente protegido do representado. Por isso o juiz não profere sentença de mérito, tanto no caso de falta de legitimação para a causa, como no de ausência de interesse juridicamente tutelável (entenda-se: interesse referido à prolação de sentença de mérito). É por isso que a legitimação para a causa e o interesse constituem condições da ação, isto é, requisitos para a existência do direito do representado a uma sentença de mérito. Mas o direito a uma sentença de mérito supõe a ação processual (ato do representante). É direito do representado que supõe ato do representante. Assim, apresenta-se a ação, enquanto direito a uma sentença de mérito, como um poder de vontade do representante e um interesse juridicamente protegido do representado. Não se trata, pois, de um direito único, mas de dois direitos, com sujeitos diversos.

Isso pode ser generalizado para os direitos em geral. O direito subjetivo do credor tem a natureza de um interesse juridicamente protegido, mas esse direito não atua senão por um ato de vontade de seu representante legal. Assim, o direito subjetivo tem dupla face: é um interesse juridicamente protegido do representado e é um poder de vontade do representante. São dois direitos, com titulares eventualmente diversos, que se fundem para constituir aquilo que chamamos simplesmente de direito subjetivo. Sem a vontade do representante, o interesse do representado resta inerte. Sem o interesse do representado, o direito do representante atua no vazio. O direito subjetivo tanto é um poder de vontade quanto um interesse juridicamente protegido. Eventualmente, apresenta-se como a soma desses dois elementos. Opera-se a síntese pelo instituto da representação legal [33].

13. AÇÃO E DIREITO SUBJETIVO, CATEGORIAS DOGMÁTICAS EXAURIDAS?

Segundo Comoglio, a ação, como categoria dogmática, já exauriu sua função histórica, ainda que essencial [34]. O mesmo poder-se-ia dizer do direito subjetivo. Ao termo de uma longa evolução histórica, a utilidade e relevância dogmática desses conceitos têm-se reduzido cada vez mais. Ação concreta ou material e ação abstrata ou processual já não se



opõem, mas convivem, cada qual em seu espaço próprio. A categoria dos direitos subjetivos perdeu relevância, na medida em que se esvaziou de conteúdo ideológico, com o abandono da idéia de direitos naturais, pré-existentes e independentes do Estado.

Assim, fecha-se o círculo, apontando-se a inutilidade, ainda que superveniente, da ação e do direito subjetivo como categorias dogmáticas. A atenção da doutrina processual volta-se, agora, para as garantias constitucionais do processo. No Direito Civil, fala-se de sua "constitucionalização". A Constituição ocupa o lugar que outrora foi do Direito natural. Nela é que se buscam os fundamentos para um processo justo, que assegure a efetiva tutela das situações substanciais. O abandono das concepções justnaturalistas, historicamente caracterizadas pela afirmação de valores, princípios e normas, de caráter necessário, universal e imutável, não significa se haja abandonado a busca de um direito justo, fundado na ciência ou arte política [35].

14. UM RETORNO À TEORIA CIVILISTA DA AÇÃO?

Nota-se, na doutrina atual, um refluxo da idéia de ação como direito abstrato de agir. Contra essa doutrina sempre se objetou, dizendo-se absurdo reconhecer direito a quem não tem razão. Que a objeção tinha sua razão de ser mostram-nos recentes estudos sobre o abuso do direito de demandar [36].

Como o abuso de um direito não é senão uma espécie de ilicitude, segue-se que a ação infundada pode constituir, não o exercício de um direito, mas um ato objetivamente ilícito, punível, se o agente sabia ou devia saber que não tinha razão. Ora, essa ilicitude não se revela pela prolação de uma sentença qualquer, mas apenas pelo confronto com uma sentença com determinado conteúdo. Tende-se, assim, a ressucitar a ação concreta ou, até mesmo, a teoria civilista da ação. Bedaque prega a relativização do binômio direito-processo, definindo tutela jurisdicional, não como entrega de uma sentença, qualquer que seja, mas como proteção efetiva de direitos ou situações jurídicas substanciais [37]. Comoglio assevera que, em perfeita sintonia com os princípios constitucionais, não se podem reconhecer, no ordenamento jurídico italiano, direitos subjetivos propriamente ditos, desprovidos de ação ou de tutela judiciária, tampouco sendo possíveis meras ações, completamente desligadas de alguma



relação substancial, merecedora de tutela jurídica [38]. São afirmações compatíveis com a velha teoria civilista. Fechou-se o círculo. A caminhada não pode prosseguir, senão num movimento de retorno. Ressurgem, sob novas vestes, concepções que pareciam definitivamente extintas.

[1] Diz Goffredo Telles Júnior (Iniciação na ciência do Direito. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2001):

"Quem tiver permissão jurídica - permissão dada por meio de norma jurídica - para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa, possui o direito (o Direito Subjetivo) de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la, isto é, está juridicamente autorizado a fazê-la ou não fazê-la, a tê-la ou não tê-la. Quem não tiver tal permissão, tal autorização, não possui esse direito" (p. 255 -6).

"Os Direitos Subjetivos se definem: PERMISSÕES DADAS POR MEIO DE NORMAS JURÍDICAS. São autorizações, fundadas no Direito Objetivo, para o uso das faculdades humanas. O que os caracteriza e distingue é, precisamente, o meio pelo qual as permissões são dadas. Por serem dadas por meio de normas jurídicas, essas permissões são permissões jurídicas. Logo, os Direitos Subjetivos podem também ser definidos com estas precisas palavras: PERMISSÕES JURÍDICAS" (p. 255).

"...não são Direitos Subjetivos, as permissões que consistem em meras liberalidades, em generosidades fortuitas e ocasionais. Assim, não são Direitos Subjetivos, as permissões, dadas a alguém, de atravessar eventualmente propriedade alheia; de caçar e pescar, em terras e águas pertencentes a outrem; de assistir a programas na televisão do vizinho; de usar, gratuitamente, o telefone do amigo. Também não são Direitos Subjetivos, as permissões dadas para a prática de ato ilícito" (p. 256).

"São Direitos Subjetivos, as permissões dadas por meio de qualquer espécie de norma jurídica, e não, apenas, os conferidos por meio das leis, no sentido técnico desta palavra. Em conseqüência, são também exemplos de Direitos Subjetivos as permissões concedidas por meio de contrato" (p. 265).



"Em certos casos, os Direitos Subjetivos são permissões e deveres concomitantemente. Assim, o direito do funcionário de ocupar o cargo para que foi contratado é, ao mesmo tempo, o dever do funcionário - a sua obrigação - de executar as funções que o cargo lhe atribuiu. A prova do que se acaba de afirmar está em que a pessoa legalmente obrigada a exercer determinada função não pode, sem violação de norma jurídica, ser impedida de exercê-la. Se a pessoa não pode ser impedida de exercer determinada função é porque ela tem o direito de exercê-la. Tal direito, cujo exercício é legalmente obrigatório, se chama Direito-Função" (p. 273). Assim, "os Direitos de Fazer e Não Fazer compreendem duas espécies de Direitos Subjetivos: o Direito-Liberdade e o Direito-Função. O Direito-Liberdade é o Direito Subjetivo de fazer ou não fazer o que a norma jurídica não proíbe. O Direito-Função é o Direito Subjetivo de exercer a função que lhe é designada por norma jurídica e, concomitantemente, a obrigação de exercê-la" (p. 294).

"O que distingue o Direito-Subjetivo simples do Direito-Função está em que o Direito-Função não é mera permissão dada por meio de norma jurídica, mas é, também, a imposição de um dever, feita por meio da mesma norma. Em resumo: o titular de um Direito - Função tem o direito e a obrigação de exercer uma função" (p. 295).

[2] Cf. Léon Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris, Fontemoing, 1927. t. I. p. 202-4.

[3] M. F. C. De Savingny, *Sistema del Derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2. ed., Madrid, Góngora, s/d. t. I, p. 64.

[4] "Bajo el punto de vista en que nos hemos colocado, cada relación de derecho nos aparece como relación de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independentem ente de toda voluntad extraña. (M. F. C. De Savingny, *Sistema del Derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2. ed., Madrid, Góngora, s/d. t. I, p. 258.

[5] Bernardo Windscheid. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino, Editrice Torinese, 1902. v. I. t. I, p. 169 -71.

[6] Clovis Bevilacqua. *Direito Subjetivo*. *Arquivo Judiciário* (10): 155 -64, abr-jun-1929.



[7] Rudolf von Jhering. O espírito do Direito romano. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro, Alba, 1943. p. 219-20.

[8] Ibidem, p. 228.

[9] Ibidem, p. 227.

[10] Vicente Ráo. O direito e a vida dos direitos. 5. ed. São Paulo, RT, 1999. p. 615.

[11] Ibidem, p. 545.

[12] Hans Kelsen. Teoria pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2000. p. 153.

[13] Ibidem, p. 152-3.

[14] Ibidem, p. 143.

[15] Ibidem, p. 144.

[16] Ibidem, p. 144.

[17] Ibidem, p. 150-1.

[18] Ibidem, p. 152.

[19] Ibidem, p. 156.

[20] Direito subjetivo, pretensão e ação. Revista de Processo, São Paulo, (47): 109-23, jul-set. 1987.

[21] Ibidem.

[22] Homero Freire, Da pretensão ao direito subjetivo, Revista Forense, Rio de Janeiro (209): 42-51, mar/1965

[23] Ibidem

[24] Ibidem

[25] Ibidem.

[26] Ibidem

[27] Ibidem

[28] Ibidem

[29] Idem, ibidem.



[30] SATTA, Salvatore & PUNZI, Carmine. Diritto Processuale Civile. 13. ed. Padova, Cedam, 2000. p. 10-3; 126-33.

[31] Miguel Reale. Situações subjetivas e direito subjetivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, (71): 9 -24, 1976.

[32] Ibidem.

[33] Restringimos a afirmação à representação legal, porque, na convencional, o representante não passa de instrumento da vontade do representado.

[34] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Lezione sul processo civile. 2a. ed., Bologna, Il Molino, 1998. p. 227-9.

[35] Cf. Plauto Faraco de Azevedo. Justiça distributiva e aplicação do Direito. Porto Alegre, Fabris, 1983. p. 140

[36] Rosane Gay Cunha, A tutela jurisdicional contra o abuso do direito de demandar, Dissertação de Mestrado, PUCRS, fev/2002; José Carlos Barbosa Moreira (org). Abuso dos direitos processuais, Rio de Janeiro, Forense, 2000; Francesco Cordopatri, L'abuso del processo, Padova, Cedam, 2000.

[37] José Roberto dos Santos Bedaque. Direito e processo. São Paulo, Malheiros, 1995. p. 130.

[38] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Leg]zioni sul processo civile. Bologna, Il Molino, 1998. p. 232