

O DIREITO DE AÇÃO COMO COMPLEXO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS¹.

Fredie Didier Jr.[†]

Sumário: 1 - Nota introdutória; 2 – Situações jurídicas; 3 – Situações jurídicas ativas: direitos a uma prestação e direitos potestativos; 4 – Processo como ato jurídico e como conjunto de relações jurídicas; 5 – Distinções: direito de ação, ação, procedimento e direito afirmado; 6 – O direito de ação como um complexo de situações jurídicas.

Resumo. Este ensaio tem por objetivo estudar o direito de ação pela perspectiva da teoria do fato jurídico. Defende-se que o direito de ação é um direito com conteúdo complexo: abrange direitos pré-processuais e processuais, direitos a uma prestação e direitos potestativos.

Palavras-chave. Direito de ação. Situações jurídicas. Direito subjetivo. Direito potestativo.

Abstract. This article discusses the right of action from the perspective of the doctrine of the legal fact ("teoria do fato jurídico"). It argues that the right of action has a complex context, encompassing different kinds of legal prerogatives.

Keywords. Right of action; doctrine of the legal fact. Rights.

¹ Publicado na *Revista de Processo*. São Paulo: RT< 2012, n. 210.

[†] Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor-coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br



1. NOTA INTRODUTÓRIA.

O direito de ação é um dos mais examinados objetos de estudo da Ciência Processual. Este ensaio debruça-se novamente sobre este velho tema, para encará-lo sob uma perspectiva um tanto diversa.

O seu objetivo é demonstrar que o direito de ação é, em verdade, um conjunto de situações jurídicas ativas (um complexo de direitos), e que, sendo assim, não pode ser definido, exclusivamente, como um direito potestativo ou como um direito a uma prestação.

Este texto nasceu de uma crítica que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero² fizeram à minha concepção de que o direito ao recurso é um direito potestativo³.

Acolho em parte a crítica. Ao afirmar que o direito ao recurso é potestativo, simplifiquei o que é complexo, sem esmiuçar o tema como deveria – a leitura do que escrevi poderia levar à compreensão de que considero o direito de ação e, por consequência, o direito ao recurso como direitos com conteúdo eficaz único, o que não é o caso.

Mantenho, porém, a opinião de que o direito ao recurso é potestativo. Considerá-lo apenas como um direito a uma prestação é, também, uma simplificação incorreta.

É preciso esclarecer que do exercício do direito ao recurso surge o direito à tutela jurisdicional recursal, que é um

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 164, nota 2.

³ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, v. 3, p. 20.

direito a uma prestação.

Esse esclarecimento, aqui verbalizado publicamente, é o resultado do debate científico travado com esses dois eminentes processualistas gaúchos, a quem dedico este ensaio.

2. SITUAÇÕES JURÍDICAS⁴.

Situação jurídica é um conceito lógico-jurídico: trata-se de conceito com pretensão de universalidade, que perpassa todos os subdomínios da Ciência Jurídica⁵. Por isso, há situações jurídicas no Direito Civil (capacidade de agir, personalidade etc.), no Direito Constitucional (competência, nacionalidade etc.), no Direito Processual (competência, legitimidade etc.) e em todos os demais subdomínios das Ciências dogmáticas do Direito.

A eficácia jurídica, resultante de um fato jurídico, não se dá de maneira uniforme. Há, por isso, diversas categorias eficaciais, segundo a denominação utilizada por MARCOS BERNARDES DE MELLO⁶, que são as espécies de efeitos jurídicos encontradas no mundo jurídico.

Situação jurídica é um tipo de eficácia jurídica.

Convém ter em mente que as situações jurídicas, sendo categorias eficaciais, pressupõem um fato jurídico. Porém, antes de o fato jurídico ocorrer elas já estavam previstas, em abstrato, no consequente, ou no preceito da norma jurídica. Daí FAZZALARI, com propriedade, afirmar: “as posições (jurídicas) subjetivas [...] devem ser consideradas *abstratas*,

⁴ Este item é um extrato do livro escrito em coautoria com Pedro Henrique Pedrosa Nogueira sobre os fatos jurídicos processuais (DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011).

⁵ Como assinala ANDRÉ FONTES, “as situações jurídicas constituem uma *categoria fundamental* do direito” (FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 75).

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

quando são determinadas pelas normas sem referência a um sujeito real (o dever de o pai educar o filho); e *concretas* quando se destinam a um sujeito determinado fazendo o papel de ponte entre ele e o ato jurídico concreto”⁷.

Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO⁸, “situação jurídica” é expressão que pode ser utilizada em duas acepções: *i*) em sentido amplo, para designar toda e qualquer consequência que surge no mundo jurídico em decorrência do surgimento de um fato jurídico; *ii*) em sentido mais restrito, para designar os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica.

Pode-se dizer que as situações jurídicas *lato sensu* abarcam todo o tipo de eficácia jurídica, inclusive a relação jurídica, que é a mais importante das categorias eficaciais; aqui, a relação jurídica aparece como espécie de situação jurídica. Já as situações jurídicas *stricto sensu* designam os demais tipos de eficácia jurídica, menos a relação jurídica⁹.

Normalmente, os fatos jurídicos produzem relações jurídicas e essas, para existirem, pressupõem: a) a vinculação de, pelo menos, dois sujeitos (princípio da intersubjetividade); b) um objeto (princípio da essencialidade do objeto); c) correspectividade de direitos, deveres e demais categorias coextensivas - pretensão, obrigação etc. (princípio da correspectividade de direitos e deveres)¹⁰.

Para este ensaio, convém esmiuçar duas espécies de situações jurídicas relacionais: o direito a uma prestação e o

⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 83.

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78-79.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79.

¹⁰ O estudo das situações jurídicas não relacionais (capacidade jurídica, legitimidade hereditária, capacidade de ser parte etc.) escapa ao objeto deste ensaio. Sobre o assunto, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80.

direito potestativo.

3. SITUAÇÕES JURÍDICAS ATIVAS: DIREITOS A UMA PRESTAÇÃO E DIREITOS POTESTATIVOS.

Direitos a uma prestação, também conhecidos como direitos subjetivos em sentido estrito, e os direitos potestativos compõem o quadro dos poderes jurídicos, situações jurídicas ativas ou direitos subjetivos em sentido amplo¹¹.

Direito a uma prestação é a situação jurídica, conferida a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar – prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro. Os direitos a uma prestação relacionam-se aos prazos prescricionais que, como prevê o art. 189 do Código Civil, começam a correr da lesão/inadimplemento – não cumprimento pelo sujeito passivo do seu dever.

O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico; a sua efetivação/satisfação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá com a

¹¹ Assim, também, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 173-174: “É o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão). Contrapõe-se-lhe o *dever jurídico* da contraparte – um dever de *‘facere’* ou de *‘non facere’*. O dever jurídico é, pois, a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a que tem direito o titular activo da relação jurídica. São direitos subjectivos propriamente ditos os direitos de crédito (aos quais se contrapõe um dever jurídico de pessoa ou pessoas determinadas, por isso se falando aqui de direitos relativos), os direitos reais e os direitos de personalidade (aos que se contrapõe uma obrigação passiva universal ou dever geral de abstenção, que impende sobre todas as outras pessoas, por isso se falando neste caso de *direitos absolutos*), os direitos de família, quando não forem *poderes-deveres*, etc.”

concretização da prestação devida. Busca, portanto, a *tutela jurisdicional executiva*.

Já o direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de *estado de sujeição*¹²). Ele não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser “executado”, no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico. O direito potestativo efetiva-se normativamente: basta a decisão judicial para que ele se realize no mundo ideal das situações jurídicas¹³. É suficiente que o juiz diga “anulo”, “rescindido”, “dissolvo”, “resolvo”, para que

¹² A situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo não impõe ao sujeito passivo nenhuma prestação, nenhuma conduta. O sujeito passivo do direito potestativo *submete-se* à alteração jurídica desejada pelo titular desse direito. Porquanto não há “conduta devida”, não se pode conceber a existência de uma *violação* a um direito potestativo. Não há controvérsia sobre o tema. A propósito: TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 16; CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione nel sistema dei diritti”. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 21; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 231-234; LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea (trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 282; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 174; HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 91-92; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, v. 1, p. 13 e 17; GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118; FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 109; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57; LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. *Direito potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 35-41.

¹³ “...per attuarla non occorre operare nel mondo materiale, ma solo nel mondo degli effetti giuridici, ossia in un mondo in cui l’organo giurisdizionale è senz’altro onnipotente”. (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 5ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006, v. 1, p. 54.)

as situações jurídicas desapareçam, se transformem ou surjam. Situações jurídicas nascem, transformam-se e desaparecem no mundo do direito, que é um mundo lógico e ideal¹⁴.

GIUSEPPE CHIOVENDA considerava o direito potestativo como *direito-meio*: o direito potestativo é um meio de remover um direito existente (extintivo) ou é um instrumento (“tentáculo”) de um *direito-possível* que aspira surgir; é esse direito existente ou possível que impõe ao direito potestativo seu caráter, patrimonial ou não, e o seu valor. Por isso, o direito potestativo esgota-se com o seu exercício: a extinção de um direito ou a criação de outro (acrescentamos: também a alteração de um já existente)¹⁵.

Direitos a uma prestação podem ser esses *direitos possíveis* de que fala GIUSEPPE CHIOVENDA; o direito potestativo é, na linguagem chiovendiana, “tentáculo” desse “direito possível”.

A efetivação de um direito potestativo pode *gerar* um direito a uma prestação. A situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser exatamente um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar). Perceba: a efetivação de um direito potestativo pode fazer nascer um direito a uma prestação, para cuja efetivação (deste último), aí sim é indispensável a prática de atos materiais de realização da prestação devida¹⁶.

¹⁴ Assim, também, corretamente, HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda*, cit., p. 89-90.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione nel sistema dei diritti”. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 23.

¹⁶ Merece transcrição a bela lição de Fernando Alberto Corrêa Henning, quando cuida do direito potestativo de “denunciar” o contrato de comodato: “A denúncia produz tal ruptura, fato que possibilita o nascimento do direito à devolução [da coisa], na precisa medida em que torna injusta a posse do comodatário. Direito de denunciar e direito à devolução são elos numa mesma corrente e isso não impede que sejam direitos distintos. A hipótese do direito de denunciar é interessante, já que exemplifica uma possibilidade muito freqüente nos direitos potestativos: a possibilidade de que seu exercício redunde em nascimento de um novo direito. No nosso caso, o exercício do direito (potestativo) de denunciar leva ao nascimento do

4. PROCESSO COMO ATO JURÍDICO E COMO CONJUNTO DE RELAÇÕES JURÍDICAS.

O processo sob a perspectiva da *Teoria do Fato Jurídico* é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do plano da existência dos fatos jurídicos. Trata-se de um *ato jurídico complexo*. Processo, nesse sentido, é sinônimo de *procedimento*.

Trata-se de ato jurídico “cujo suporte fático é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim”¹⁷. Enquadra-se o procedimento na categoria “ato-complexo de formação sucessiva”: os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo¹⁸. O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva¹⁹, porque é um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a tutela jurisdicional²⁰. O conceito de processo, também aqui, é um

direito à devolução”. (*Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda*, cit., p. 88-89, o texto entre colchetes é nosso.)

¹⁷. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.

¹⁸. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 31-33.

¹⁹ CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 124. Em sentido muito próximo, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 35.

²⁰ Há quem entenda que o processo não é um ato complexo, mas um “ato-procedimento”, que é uma “combinação de atos de efeitos jurídicos causalmente

conceito da Teoria Geral do Direito, especialmente da Teoria Geral do Processo, que é sub-ramo daquela.

Pode-se falar do *procedimento* como um gênero, de que o *processo* seria uma espécie. Nesse sentido, *processo* é o *procedimento* estruturado em contraditório²¹. A exigência do contraditório, porém, seria um requisito de validade do processo, não um elemento indispensável para a sua -configuração: processo sem contraditório não é processo inexistente, mas, sim, processo inválido. O processo como procedimento em contraditório é um conceito útil para a elaboração de *teorias particulares do processo*, aptas à explicação do direito processual em países democráticos, como é o caso do Brasil.

Sucedo que, atualmente, ao menos em países democráticos, é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja “processual”; ou seja, que não se realize por meio de um procedimento em contraditório. Já se fala, inclusive, de um *direito fundamental à processualização*

ligados entre si”, que produz um efeito final, obtido através de uma cadeia causal dos efeitos de cada ato (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 504). No mesmo sentido, SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100. Os autores trabalham com outra acepção de ato complexo, distinta daquela aqui utilizada; para eles, ato complexo é um feixe de atos que concorrem para que se produza determinado efeito jurídico; os atos diluem-se em um ato final, que os transcende; há um ato único, integrado pelos atos que se sucederam no tempo (p. ex.: decisão colegiada de um tribunal). A divergência é eminentemente terminológica: o que os autores chamam de ato-procedimento esta tese considera ato-complexo; em todo caso, combinação de atos jurídicos organizados em formação sucessiva.

²¹ FAZZALARI, Elio. “Processo. Teoria generale”, cit., p. 1.072; _____. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Milão: CEDAM, 1996, p. 9-10. No Brasil, desenvolvendo o pensamento de Fazzalari, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-132; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

dos procedimentos (todo procedimento deve ser estruturado em contraditório): “que sustenta a processualização de âmbitos ou atividades estatais ou privadas que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens”²².

O processo pode, porém, ser encarado como um *efeito jurídico*; ou seja, pode-se examiná-lo pela perspectiva do *plano da eficácia dos fatos jurídicos*. Nesse sentido, *processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais* (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.

Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica²³, que também se chamaria *processo*. Essa relação jurídica é composta por um

²² DANTAS, Miguel Calmon. “Direito fundamental à processualização”. *Constituição e processo*. Luiz Manoel Gomes Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Freddie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 418.

²³ Desde Bülow (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Miguel Angel Rosas Lichtschein (trad.). Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1-4) sistematizou-se a concepção de relação jurídica processual, tal como ainda hoje utilizada, com algumas variações, apesar das críticas. As objeções doutrinárias tentam realçar, sobretudo, a *insuficiência* do conceito, que seria abstrato, estático e, por isso, incapaz de refletir o fenômeno processual em sua inteireza. As críticas não conseguem elidir a constatação de que o procedimento é fato jurídico apto a produzir as relações jurídicas que formam o processo. Para a crítica: GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires: EJE, 1961, t. 1, p. 15, 25, 57-63; MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, Torino: Giappichelli, 2002, v. 1, p. 40; RIVAS, Adolfo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 314. No Brasil, formularam críticas à noção de processo como relação jurídica: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 97-101; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 396-398; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140-141.

conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica *complexa*. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse prisma, um conjunto (feixe²⁴) de relações jurídicas²⁵. Como ressalta Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, “há a relação jurídica processual (que não deve ser usada com a pretensão de exaurir o fenômeno processual), assim como pode haver outras tantas relações jurídicas processuais decorrentes de fatos jurídicos processuais”²⁶.

Pode causar estranheza a utilização de um mesmo termo (processo) para designar o fato jurídico e os seus respectivos efeitos jurídicos. Carnelutti apontara o problema, ao afirmar que, estando o processo regulado pelo Direito, não pode deixar de dar ensejo a relações jurídicas, que não poderiam ser ao mesmo tempo o próprio processo²⁷. A prática, porém, é corriqueira na ciência jurídica. *Prescrição*, por exemplo, tanto serve para designar o ato-fato jurídico (omissão no exercício de

²⁴. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35; MONACCANI, Luigi. *Azione e Legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 46; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 28; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 251.

²⁵. JAIME GUASP entende que o processo é uma *instituição*. O autor defende que o conceito de relação jurídica, embora correto, é insuficiente. Para o jurista espanhol, como há mais de uma relação jurídica no processo, não se pode falar simplesmente em “relação jurídica processual”. A multiplicidade das relações jurídicas deve reduzir-se a uma “unidade superior”, que, para o autor, é a *instituição*: “conjunto de atividades relacionadas entre si por uma ideia comum e objetiva, às quais se aderem, seja essa ou não a sua finalidade individual, as diversas vontades particulares dos sujeitos de quem procede aquela atividade”. (GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil – introducción y parte general*. 7ª ed. Navarra: Thomson/Civitas, 2004, t. 1, p. 41, tradução livre).

²⁶. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial – 2ª série*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 767.

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35.

uma situação jurídica por determinado tempo) como o efeito jurídico (encobrimento da eficácia de uma situação jurídica).

É possível, em nível teórico, estabelecer um conceito de processo como relação jurídica, nesses termos. Não se pode, no entanto, definir teoricamente o conteúdo dessa relação jurídica, que deverá observar o modelo de processo estabelecido na Constituição. Não há como saber, sem examinar o direito positivo, o perfil e o conteúdo das situações jurídicas que compõem o processo. No caso do Direito brasileiro, por exemplo, para definir o conteúdo eficaz da relação jurídica processual, será preciso compreender o *devido processo legal* e os seus corolários.

Assim, não basta afirmar que o processo é uma relação jurídica, conceito *lógico-jurídico*, que, por isso, não engloba o respectivo conteúdo dessa relação jurídica. É preciso lembrar que se trata de uma relação jurídica cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais normas processuais, que devem observância àquela.

Note-se que, para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva), ou, ainda como um procedimento em contraditório, como se costuma fazer no Brasil, não se faz necessário abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica.

5. DISTINÇÕES: DIREITO DE AÇÃO, AÇÃO, PROCEDIMENTO E DIREITO AFIRMADO.

É preciso esclarecer, ainda, a acepção utilizada para alguns termos doutrinários, que costumam ser utilizados com variada significação.

*Direito de ação*²⁸ é o direito fundamental (situação

²⁸ Pedro Henrique Pedrosa Nogueira propõe a designação “direito fundamental à jurisdição”, para reforçar a fundamentalidade desse direito, além de evitar confusão

jurídica, portanto) composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. É direito fundamental que resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.

Ação²⁹ é um *ato jurídico*. Trata-se do exercício do direito de ação. Também é conhecida como demanda. Trata-se de ato jurídico importantíssimo, pois, além de ser o fato gerador do processo, define o objeto litigioso, fixando os limites da atividade jurisdicional. Pode-se afirmar que o processo irá adequar-se às peculiaridades daquilo que foi demandado. O estudo do direito de ação não se confunde com o estudo da ação, embora com ele, obviamente, se relacione. O simples fato de um ser um *direito* (situação jurídica) e o outro ser um *ato jurídico* já impede qualquer confusão³⁰.

Não se pode confundir o direito de ação com o direito que se afirma ter quando se exercita o direito de ação. O direito

terminológica em razão das diversas acepções do vocábulo “ação” (v.g., ação de direito material, ação processual, ação como direito de demandar etc.). Sobre o assunto: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 45 e segs.

²⁹ Para uma abordagem dos problemas gerados pelo uso do termo “ação” para designar diferentes realidades, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 105.

³⁰ Assim, ao classificar as ações (em condenatórias, constitutivas ou declaratórias, p. ex.), a doutrina está classificando as demandas – a ação como ato jurídico. Não se trata de uma classificação do direito de ação, que realmente não poderia ser classificado em direito de ação condenatória, direito de ação constitutiva e direito de ação declaratória, porque, como visto, se trata de um direito que abstrai o direito afirmado em juízo. E é importante distinguir os tipos de demanda. Esta é, então, mais uma utilidade da distinção entre “ação” e “direito de ação”. Em sentido diverso, porém, considerando “ação” e “direito de ação” como sinônimos, Cassio Scarpinella Bueno entende que a chamada “classificação das ações” é uma designação equivocada, pois o “direito de ação” não poderia ser qualificado ou adjetivado. Prefere, então, referir a classificação da tutela jurisdicional (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 300.)

afirmado compõem a *res in iudicium deducta* e pode ser designado como o direito material deduzido em juízo ou a ação material processualizada. Direito de ação e direito afirmado são *autônomos*: o direito de ação não pressupõe a titularidade do direito afirmado. Além disso, o direito de ação não se vincula a qualquer direito material afirmado: o direito de ação permite a afirmação de *qualquer* direito material em juízo. Por isso, diz-se que o direito de ação é *abstrato*, pois independe do conteúdo do que se afirma quando se provoca a jurisdição.

Finalmente, procedimento é o um conjunto de atos organizados tendentes a produção de um ato final. Além de uma organização de atos, o procedimento define também as diversas posições jurídicas de que os diversos sujeitos do procedimento serão titulares. O procedimento é a espinha dorsal do formalismo processual, de acordo com a conhecida metáfora de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³¹.

A ação é o primeiro ato do procedimento; a ação instaura o procedimento. O direito de ação confere ao seu titular o direito a um procedimento adequado, para bem tutelar o direito afirmado na demanda. As noções se relacionam, mas não se confundem³².

6. O DIREITO DE AÇÃO COMO UM COMPLEXO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS.

³¹ Considera-se formalismo processual a totalidade formal do processo, “compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06-07).

³² É por isso que não se adota a expressão “ação adequada”, utilizada por Marinoni, para designar aquilo que pode ser mais bem identificado como “procedimento adequado”, evitando-se incompreensões terminológicas. “Ação adequada” é, assim, metonímia que se deve evitar (pelo uso da expressão “ação adequada”, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 283 e segs.).

Firmadas as premissas conceituais, podemos chegar o núcleo deste ensaio.

O direito de ação é, como qualquer direito, uma situação jurídica. Sucede que o conteúdo deste direito é complexo³³: trata-se de direito composto por uma infinidade de situações jurídicas³⁴.

Neste complexo de situações jurídicas, há algumas que são pré-processuais (situações jurídicas titularizadas e exercidas antes mesmo de o autor propor a demanda). É o caso do direito de provocar a atividade jurisdicional e do direito à escolha do procedimento. Esses dois direitos, que compõem o conteúdo do direito de ação, são exemplos de direito potestativo.

No primeiro exemplo, há um direito potestativo à criação de um complexo de relações jurídicas, envolvendo os diversos sujeitos do processo que então se inicia. Perceba que, após o exercício do direito de provocar a jurisdição, surgem o direito à tutela jurisdicional (direito à resposta do Estado-Juiz, que deve ser qualificado pelos atributos do devido processo legal antes referido) e o dever de o órgão julgador examinar a demanda. Além disso, o exercício do direito de provocar a atividade jurisdicional torna alguém réu – sujeito a quem se imputam diversas situações jurídicas. Aquele que é colocado como réu

³³ É como afirma Paula Costa e Silva: “o direito de acção tem conteúdo múltiplo, sendo, por isso, uma situação jurídica complexa, decomponível em várias situações jurídicas mais simples (direito de resposta, direito de audição prévia, direito à prova).” (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 150).

³⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero chegam a idêntica conclusão: “O direito de ação é direito compósito”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 164, nota 2; assim, também, mais longamente, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 140.). Também reconhecendo o direito de ação como complexo de “poderes e faculdades”, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 261.

se sujeita, então, ao exercício desse direito potestativo, vindo transformada a sua esfera jurídica.

O direito à escolha do procedimento é, também, um direito potestativo. Esse direito é facilmente identificável nos casos em que cabe ao autor a escolha entre um procedimento ou outro. Aquele que se afirma possuidor pode, por exemplo, optar por um procedimento especial (art. 924 do CPC brasileiro³⁵) ou por um procedimento comum (sumário ou ordinário) para buscar a proteção possessória jurisdicional. Aquele que se afirma titular de direito, em face do Poder Público, cujo suporte fático pode ser comprovado documentalmente (o conhecido “direito líquido e certo”), pode valer-se, à sua escolha, do procedimento especial do mandado de segurança ou de um procedimento comum.

Essa observação é imprescindível para a correta compreensão do prazo para o exercício do direito a escolha do procedimento especial do mandado de segurança – direito potestativo que deve ser exercido no prazo decadencial de cento e vinte dias (art. 23 da Lei Federal n. 12.016/2009). Perceba o seguinte: o prazo decadencial a que se refere a lei é para o exercício do direito potestativo de escolha do procedimento, e não do direito afirmado no mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 23 da Lei Federal n. 12.016/09), aliás, é muito clara neste sentido: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á...”. O órgão jurisdicional, ao reconhecer esta decadência, apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado. Tanto que o autor poderá voltar a juízo, afirmando o mesmo direito, valendo-se de procedimento comum.

³⁵ Art. 924 do CPC brasileiro: “Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório”.

Assim, a noção de CHIOVENDA de que o direito de ação é um direito potestativo³⁶ não está totalmente errada, como se imagina. Há três grandes problemas na teoria de Chiovenda sobre o direito de ação: a) ele não percebeu a “complexidade” deste direito, examinando-o apenas estaticamente; b) afirma-se que o sujeito passivo do direito de ação é apenas o réu, não incluindo o Estado-juiz³⁷; c) considera-se o direito de ação como um direito a um julgamento favorável, o que é inadmissível, tendo em vista a autonomia entre o direito de ação e o direito afirmado em juízo, já examinada.

Instaurado o processo, surgem novas situações jurídicas (situações jurídicas processuais³⁸). *Algumas* dessas situações jurídicas compõem o conteúdo do direito de ação.

O direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer³⁹ são corolários do exercício do direito de

³⁶ Sobre o assunto, CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione nel sistema dei diritti”. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 23 e segs.

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione nel sistema dei diritti”. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 15.

³⁸ Sobre as situações jurídicas processuais, de um modo geral, DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

³⁹ Nada impede que se considere o direito ao recurso como conteúdo de outros direitos fundamentais, como os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao processo devido (assim, por exemplo, NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-168; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-70; _____. “O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição”. *Revereor – estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia (1891-1981)*. Saraiva: 1981, p. 83-96; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3 ed. São Paulo: RT, 1996, p. 163; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 131-141; PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3 ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85-87; MENDONÇA Jr., Delosmar. “A decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos”. Tese de doutoramento.

ação. Todas são situações jurídicas que compõem o conteúdo eficaz do direito de ação. Neste rol, há direitos a uma prestação e direitos potestativos.

Pode-se afirmar, por exemplo, que o direito de ação é um direito que encarta todas as situações jurídicas decorrentes da incidência do princípio do devido processo legal. Assim, é correto dizer que o direito de ação garante, *dentre outras prestações*, um processo adequado, paritário, tempestivo, leal e efetivo. No conteúdo eficaz do direito de ação, há, como se vê, direitos a uma prestação.

O direito a um procedimento adequado é um direito a uma prestação – devida pelo Estado, juiz e legislador. O direito à tutela jurisdicional é, também, um direito a uma prestação, que, aliás, deve ser cumprida com os atributos inerentes ao devido processo legal – deve ser uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Já o direito de recorrer é potestativo, porque produz a instauração do procedimento recursal; mas dele decorre o direito à tutela jurisdicional recursal, que é direito a uma prestação⁴⁰.

Como se percebe, há um erro que não se pode cometer no estudo do direito de ação: considerá-lo como um direito de conteúdo eficaz unitário. A visualização do conteúdo complexo do direito de ação é uma dos grandes avanços da

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 54.). Os direitos fundamentais podem decorrer de diversas normas constitucionais, que “não têm pretensão de exclusividade” na produção de direitos fundamentais – vale aqui a lição de Canaris em relação aos princípios, que também não possuem esta pretensão (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Antônio Menezes Cordeiro (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 90).

⁴⁰ Há, pois, dois direitos (duas situações jurídicas processuais): o direito ao recurso e o direito à tutela jurisdicional recursal, que decorre do exercício do primeiro. Com outra visão, considerando o direito ao recurso como um direito a uma prestação, pois o “Estado tem de prestar para satisfazer o direito ao recurso – prestar tutela jurisdicional”, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 164, nota 2.

ciência jurídica processual contemporânea, que abre importante vereda da Teoria Geral do Processo: a necessária reformulação do conceito jurídico fundamental “direito de ação”.

A importância desta constatação é evidente: identificar o conteúdo do direito de ação é fundamental para que se conheçam os limites da atuação do legislador infraconstitucional. Limitações ao direito de ação podem existir, como sempre em tema de direito fundamental. Mas é preciso que tais limitações tenham justificação razoável, sob pena de inconstitucionalidade⁴¹.

Estabelecida essa noção teórica do direito de ação, cabe à ciência dogmática do direito processual reconstruir, a partir da concretização do princípio do devido processo legal (garantido constitucionalmente) e da interpretação de outras normas processuais fundamentais, o conteúdo eficaz deste direito.

Fundem-se, então, as contribuições da Teoria Geral do Processo e da Ciência do Direito Processual. Desta fusão, surge o repertório teórico indispensável para a correta compreensão do direito de ação.



⁴¹ Sobre o exame das limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.