

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE AÇÃO COMO FOMENTADOR DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO**

Lucas Destro Nunes FONSECA<sup>1</sup>

Gilberto Notário LIGERO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo demonstrar alguns princípios que se encontram na Constituição Federal brasileira e que ajudam a definir e regulamentar o direito à ação como um dos direitos fundamentais elencados como cláusulas pétreas; a formação do direito de ação e suas divergentes teorias, movidas, principalmente pelo ideal científico. Para entender tal fenômeno, assegurado pelos processualistas contemporâneos como sendo um direito autônomo, abstrato, sem ligação com aquilo que se pede na demanda, sendo um direito tanto de quem pede como de quem se defende, respeitando-se primeiramente os requisitos para a sua individualização. Assim, teremos o direito de ação, como um dos principais temas de direito processual.

**Palavras-chave:** Direito de ação. Princípios Constitucionais. Acesso à Justiça.

### **1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Sabemos que é inerente ao homem discordar do seu semelhante, especialmente quando seus interesses se entrecrocaram. Isto sempre ocorreu ao longo dos tempos, antes mesmo do surgimento das leis propriamente ditas e dos estados soberanos, como o Romano.

Neste sentido, durante muito tempo vigorou entre os povos, as formas mais rudimentares de solução de litígios, de maneira que o direito tecnicamente lesado era então resolvido por meios diretos ou divinos, surgindo então, a famosa lei de Talião ou até mesmo o absolutismo, baseado em uma escolha divina.

---

<sup>1</sup> Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UEL/PR, Professor de Direito Civil e Processo Civil das “Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogado. E-mail: gilberto\_ligero@unitoledo.br.

De qualquer forma, os fatos sempre vieram antes da solução das controvérsias e com o passar do tempo, os homens se viram obrigados a repensar as formas de solução de tais litígios, especialmente com o surgimento de novos e importantes direitos, tais como a igualdade, liberdade e a fraternidade.

Por conta disso, nas diversas revoluções ocasionadas por massas, procurou-se retirar das mãos do monarca o poder de resolver as controvérsias, para que o Estado soberano, por meio do legislativo, viesse a criar o Direito e, através do Judiciário, aplicá-lo, solucionando os litígios.

Com isso, as discordâncias sobre os interesses jurídicos passaram a ser levadas ao Estado, conforme leciona Humberto Theodoro Junior (2013, p. 73):

Ao vetar a seus súditos fazer justiça pelas próprias mãos e ao assumir a jurisdição, o Estado não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos privados, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, de tal arte, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção sempre que se julgue lesado em seus direitos.

É justamente neste momento que o direito de ação deixa de ser um mero adendo do direito material e ganha novos ares, revelando o que hoje é um meio constitucional, garantidor de acesso à Justiça.

É importante destacar nestas linhas introdutórias que o tema da presente pesquisa entra na pauta das funções políticas do processo, porque é uma instituição atinente à própria vida do Estado e daqueles que fazem parte da sociedade. Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 198-199) com muita propriedade leciona que:

O intenso comprometimento do sistema processual com a Política (a Justiça faz parte desta), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidades de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente. São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo

observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. *Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; *participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimação do processo político.

Entendemos que o processo civil promove o Estado Democrático de Direito, porque a atuação do Judiciário se torna legítima por conta justamente os cidadãos que podem fazer valer seus direitos lesados ou ameaçados provocando atividade jurisdicional e isto se faz mediante o exercício do direito de ação.

## **2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E CONCEITO**

Como se pode ver o direito de ação hoje é assegurado pelos Estados Democráticos de Direito, sendo inclusive taxado como direito fundamental e que se encontra, por exemplo, de modo expreso no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, especificamente no inciso XXXV.

Fredie Didier Júnior conceitua o direito de ação da seguinte forma (2013, p. 225):

É o direito fundamental (situação 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.

Das lições do processualista baiano, tira-se a ideia de que o Estado não poderá se eximir de decidir sobre interesses jurídicos lesados ou ameaçados, sendo garantido ao cidadão uma tutela jurídica adequada.

Pouco importa qual seja o resultado do processo, se foi acolhida ou não a pretensão do autor, uma coisa não está vinculada a outra para garantir o direito de ação, dada sua importância fundamental.

Confirmando esse raciocínio Humberto Theodoro Júnior (2013, p.75):

O provimento da justiça nem sempre corresponderá à tutela jurisdicional a algum direito. Sempre, no entanto, haverá uma prestação jurisdicional, porque, uma vez exercido regularmente o direito de ação, não poderá o juiz recusar-se a exarar a sentença de mérito, seja favorável ou não aquele que o exercitou.

Com isso, juntamente com o devido processo legal, há, hoje, um novo modo de ver o direito de ação, na qual a mera forma, às vezes será mitigada, para se alcançar aquilo que realmente se destina, pois o processo nada mais é que um meio legal para assegurar direito material, lembrando-se de que sempre ele (o processo) nunca será um fim em si mesmo.

Ademais, é importante destacar que uma vez provocada a função jurisdicional, para que o exercício do direito de ação seja pleno, a solução da controvérsia deve-se dar em um tempo adequado, pois do que adianta ter um Estado que dará uma sentença, se a mesma vai contra seus princípios de justiça? Como diria Rui Barbosa, “A justiça demorada não é justiça”.

Neste passo ensina Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.188):

Ademais, a morosidade do processo atinge de modo muito mais acentuado os que tem menos recurso. A demora, tratando-se de litígios envolvendo patrimônio, certamente pode ser compreendida como um custo, e esse é tanto mais árduo quanto mais dependente o autor é do valor patrimonial buscado em juízo.

Ainda, ao romper a inépcia jurisdicional, a ação segundo Cassio Scarpinella Bueno (2011, p.386):

Passa a ser entendida, destarte, não só como o direito de provocar a atuação do Estado-juiz, rompendo com a inercia da jurisdição, exigindo a atuação do Estado-juiz naquele sentido e para aquela finalidade, mas, mais do que isto, como o direito de atuar ao longo de todo o processo na perspectiva da obtenção da tutela jurisdicional tal qual requerida, exigindo, do Estado-juiz, as efetivas e concretas possibilidades desta atuação, isto é, a realização do “modelo constitucional do processo civil”. Não se trata, pois, de um direito *estático* mas de um direito *dinâmico*, que não se resume a um ato (o provocar inicial da jurisdição) mas que dá sustento e justificativa a uma série de atos desde o *provocar* até o *obter* a tutela jurisdicional.

Veja-se, então, que o direito de ação é um direito fundamental, indispensável para a democracia. Apesar de tal importância, ele não ficou imune ao surgimento de várias teorias, que tentam explicar seu conceito e natureza jurídica.

### **3 TEORIAS INERENTES AO DIREITO DE AÇÃO**

Acerca de tal tema, é válido dizer, de forma sucinta, que não é em todo e qualquer caso que será exercitado o direito de propor uma demanda, mas sim quando não houver outra forma de atingir uma composição pacífica.

Quando uma pretensão, diz-se que houve subordinação de um interesse jurídico em relação ao outro, resolvendo-se a questão de forma pacífica. Todavia, quando a pretensão é resistida, torna-se a LIDE, a qual perturba a paz social, que segundo Moacyr Amaral Santos (2008, p.153):

Convindo a esta que se componha com brevidade, isto é, que se resolva o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a. Vedada que é a autodefesa (salvo naqueles pouquíssimos casos em que a lei permite, como já vimos) e dado que o Estado reservou para si, como um dos seus poderes, a função jurisdicional, cabe-lhe, no

exercício dessa função, dirimir a lide com justiça, ou seja, conforme a vontade da lei reguladora do conflito.

Deste modo, quando o Estado reserva para si o direito de resolver uma crise no âmbito jurídico, surge a indagação sobre a natureza do mesmo. As teorias serão melhor entendidas se se conseguir identificar a linha seguida por cada doutrina sobre o direito de ação.

### 3.1 Teoria Civilista

A teoria civilista foi difundida desde a Roma antiga até meados do século XIX e consiste no direito de pedir em juízo aquilo que nos é devido. Nada mais que isso, pois segundo Moacyr Amaral Santos (2008, p.155):

[...] o conceito romano suscitava indagações sobre a natureza dos *ius actiones*, a que se entregaram os juristas dominados pela ideia de que a ação, como o processo, eram simples capítulos do direito privado, ou mais declaradamente, do direito civil.

Com isso, para a doutrina, a ação seria o próprio direito subjetivo material que repelia suas eventuais ameaças.

Seus traços marcantes estão no fato de que a ação está ligada ao direito que se tutela, não podendo ser dissolvida, acarretando o velho dogma, onde não há direito sem ação; não há ação sem o devido direito requerido, e a natureza da ação que segue o direito.

Trata-se de um modo ultrapassado de ver o direito de ação, pois, como citado acima, o direito da ação independe de quem tem ou não o direito. Deve-se considerar que o réu também é abrangido pelo direito de ação, podendo em muitos casos, contrapor sua vontade perante a do autor, sendo então, mais do que um direito privado, um direito público, onde o Estado-juiz, uma vez rompida a inércia, deverá agir até o final, independente do resultado.

Essa teoria estava prevista no Código Civil de 1916, quando afirmava “A todo o direito corresponde um ação, que o assegura” (art. 17).

### **3.2 Teoria de Theodor Muther – ação como direito público**

O romanista alemão Theodor Muther ficou conhecido por defender o caráter público do direito de ação. Precisamente na metade do século XIX, passou a defender tal tese questionando o caráter privatista da *actio* romana, de modo que a ação deveria ser vista de forma distinta e separada do direito material em si.

Moacyr Amaral Santos faz o seguinte destaque (2008, p.156):

A ação consiste no direito à tutela do Estado, e que compete a quem seja ofendido no seu direito. Ação é um direito contra o Estado para invocar a sua tutela jurisdicional. É, pois, um direito público subjetivo, distinto do direito cuja tutela se pede, mas tendo por pressupostos necessários este direito e sua violação.

Com a exata separação em relação ao direito material, o direito de ação ganha um *status* novo e fundamental, transformando-se em um poder de solicitar a intervenção jurisdicional do Estado.

### **3.3 Teoria Concretista da Ação**

Em meados do século XIX, surge o direito processual contemporâneo. Adolpho Wach provou o direito da ação como autônomo e não mais dependente do direito material, tão pouco matéria unicamente de ordem privada. Desta forma, a ação não precisa ter um direito material subjetivo afetado, uma vez que é possível se falar em ações meramente declaratórias.

Segundo Wach por Moacyr Amaral Santos (2008, p.157):

A ação, direito autônomo, com base no direito subjetivo material ou num interesse, se dirige contra o Estado e contra o adversário, visando à tutela jurisdicional. Direito subjetivo público contra o Estado, como obrigado à prestação da tutela jurisdicional. Entretanto, a tutela jurisdicional deverá conter-se numa sentença favorável, o que quer dizer que o direito de ação depende da concorrência de requisitos de direito material, as chamadas condições da ação, e de direito formal, os chamados pressupostos processuais, sem os quais não se concebe uma tal sentença e não haverá ação.

A teoria de Wach tem como paradigma a ideia de que o direito de ação somente será exercido se ao final da demanda houver a procedência do pedido.

Porém, a teoria foi objeto de profundas críticas, especialmente porque não conseguia explicar como ficaria a ação no caso de ser modificado o teor da decisão com o julgamento de eventual recurso.

### **3.5 Teoria abstrata da ação**

Para esta teoria, não basta separar o direito de ação do direito material, pois a ideia nela defendida é a de que o direito de ação será exercido mesmo diante da improcedência da demanda, bastando, então, que o autor se dirija ao Estado, apresentando seu direito material em abstrato, para que função jurisdicional seja exercida, independentemente de uma sentença favorável ou não.

Basta o simples fato de procurar o Estado, que estará configurado o direito fundamental de ação, veja-se o entendimento de Ernane Fidelis dos Santos (2012, p.125):

Alguns chegaram até a considera-lo como simples direito de petição, exercido perante o Poder Judiciário, como é o caso de Couture, no Uruguai. O órgão jurisdicional está obrigado ao despacho. Despachada a petição, mesmo que seja para a recusa de julgamento do pedido, fez-se o exercício do direito de ação.



Surge, assim, a ação como um direito público subjetivo, pois as partes podem fazer exercer a jurisdição, pouco importando se seu direito está amparado ou não. Por tal razão é autônomo e abstrato, abrangendo todas as espécies de demanda, não só as instrumentais, como também as declaratórias.

Essa garantia de ação como direito abstrato é o que se verifica na Constituição Federal, quando o constituinte expressamente menciona no inciso XXXV, do art. 5º, que a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, ou seja, todos os cidadãos poderão provocar a atividade jurisdicional, haja ou não efetiva violação ao direito pretendido.

### **3.6 Teoria Eclética de Liebman**

Dando destaque à constitucionalização do direito de ação, em meados dos anos cinquenta do século passado, Enrico Tullio Liebman confere à ação um mecanismo de acesso à justiça. Neste passo, procurou destacar a função típica do Poder Judiciário, que tem a tarefa de promover a Justiça a quem, efetivamente, procura.

Mas, o direito de ação não se perfaz exclusivamente com a sua face constitucionalizada, não devendo tal direito ser tão genérico, devendo o mesmo guardar uma relação com o caso fático, decorrente da lesão ao direito.

Dessa maneira a teoria eclética da ação é construída com base na premissa de que seu titular a exercerá se conseguir demonstrar, ainda que aprioristicamente, de que faz jus à um provimento jurisdicional.

Isso não quer dizer que a ação dependa de uma sentença satisfativa, tampouco um reconhecimento de direito, mas é muito importante que o autor demonstre reunir algumas condições mínimas de plausibilidade de sua demanda, denominadas por Liebman de condições da ação, necessárias à existência da própria ação.

Enrico Tullio Liebman (2005, p. 201-202) assim defendia sua ideia:

O direito de ação adquire, com isso, uma fisionomia suficientemente precisa: é um direito subjetivo diferente daqueles regidos pelo direito substancial, porque é dirigido ao Estado, sem se destinar à obtenção de uma prestação deste. [...] é, pois, um direito fundamental do particular, que qualifica sua posição no ordenamento jurídico e perante o estado, conferido e regulado pela lei processual mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos esculpidos seus traços essenciais. [...] a admissibilidade da ação bem as suas condições de exercício são reguladas pelas *lex fori*, qualquer que seja a lei reguladora da relação substancial deduzida em juízo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.171):

A ação constitui apenas direito ao julgamento do mérito e, portanto, é satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável ao autor. O que importa, para a configuração da ação, é a presença das suas condições, a princípio delineadas por Liebman como legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, e posteriormente por ele reduzidas apenas à legitimidade para agir ao interesse.

Isso conclui que o autor não deverá apenas solicitar que o Estado faça seu papel, mais que isso, deverá demonstrar que sua pretensão tem o mínimo de fundamento, estabelecendo-se, dessa maneira uma lide. Dessa forma, cria-se a ideia de um pedido concreto, ainda que seja julgado improcedente.

Esta teoria foi encampada pelo Código de Processo Civil, é que se verifica dos arts. 3º e 267 do CPC, quando o legislador fala em legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

## 4 DIREITO DE AÇÃO, CONDIÇÕES DA AÇÃO E FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO

Como se pode ver alhures, o sistema processual brasileiro, no plano constitucional, trata o direito de ação como um direito fundamental, portanto, essencial para o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, no plano infraconstitucional, acabou por adotar uma postura defensiva, ou seja, o direito de ação pode ser exercido sempre, contudo, para se obter uma sentença de mérito há necessidade de se comprovar o mínimo de condições, ou seja, as condições da ação, oriundas da teoria liebmaniana.

Considerando o momento histórico em que o atual Código de Processo Civil foi concebido é compreensível a adoção de tal teoria, uma vez que se vivia um estado de exceção, guiado por ideais liberais e conservadores. O tecnicismo imperava em todos os meios e no processo não poderia ser diferente. O acesso ao Judiciário não poderia ser facilitado e somente haveria espaço para julgamentos de mérito se se demonstrasse uma plausibilidade do direito violado ou ameaçado.

Neste sentido vale à pena citar que Enrico Tullio Liebman (2005, p. 203) defendia as condições da ação como elementos que tratavam da própria existência da ação, nos seguintes moldes:

As condições da ação, há pouco mencionadas, são o *interesse de agir* e a *legitimação*. Como ficou dito, elas são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame de mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la.

Tal posicionamento era, sem dúvidas, o mais adequado para as pretensões daqueles que estavam no poder, nos anos de exceção, pois da mesma forma que se garantia o acesso à Justiça, o direito somente poderia ser declarado, em sentido amplo, se existisse a ação, por meio da comprovação das condições da ação.

Não é demais lembrar que o Código de Processo Civil de 1973 é conhecido até hoje como Código Buzaid, em alusão ao então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, considerado um dos pupilos de Liebman. Tudo estava, portanto, nos seus devidos lugares.

Entretanto, o tempo passou e após 40 anos da vigência do CPC, muita coisa mudou. Os tempos são outros, a democracia voltou a imperar (com alguns abalos, diga-se de passagem) e as interpretações em torno das condições mudaram.

Atualmente, passou-se a enxergar as condições da ação não mais como condições necessárias para se verificar a existência da própria ação, mas como elementos processuais autorizadores de um julgamento de mérito.

Assim, vislumbra-se uma nova função das condições da ação no processo civil. Passaram elas a servir de filtro controlador do julgamento do mérito, pois uma vez instaurada a demanda, o direito de ação foi exercido.

Este é o padrão que se coaduna com as funções: social, política e jurídica do processo. De modo especial com a função política, que reflete a ideia de que o processo é um instrumento de participação popular e de legitimação da função jurisdicional estatal.

A garantia de acesso à justiça, sem condicionantes, serve de fomento para uma sociedade mais justa, solidária e participativa.

É importante anotar que em breve será votado no Senado Federal, o texto final do projeto do novo Código de Processo Civil. O texto projetado ainda mantém as condições da ação como elementos processuais condicionantes da existência da própria ação, mas como elementos necessários a um julgamento de mérito.

Verifica-se, então, que o legislador está adotando esse novo modo de pensar e de enxergar estas importantes condicionantes criadas brilhantemente por Liebman.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que no decorrer da evolução histórica do direito, o Estado ganhou força para decidir sobre os conflitos de interesse, uma vez que a lide afetava diretamente a paz pública.

Tanto é verdade que o Estado retirou dos cidadãos o direito de fazer justiça com as próprias, avocando para si tal tarefa. Por outro, lado passou a garantir aos jurisdicionados o direito de provocar a atividade jurisdicional, em contrapartida. Eis os primórdios do direito de ação.

Graças às diversas teorias, hoje o direito de ação é instrumento essencial para a existência do direito processual, e, mais se entende que ele será exercido independente de ser concedido ou não o que se busca perante o Judiciário.

É certo que ainda se fala em condições da ação, mas as mesmas não mais são suas condicionantes, muito mais do que isso são requisitos que funcionam como um filtro, o qual servirá ao magistrado como depurador de ações infundadas, pois o mesmo analisará se existe o mínimo de plausibilidade do direito subjetivo apontado pelo autor.

O direito de ação, com o passar dos anos, então, se tornou fundamental, com *status constitucional*, de maneira que o Estado não pode se eximir de apreciar a ameaça ou violação de seu direito.

A ação passou a fortalecer, dessa forma, a função política do processo, considerando que este é um instrumento necessário e imprescindível para o Estado Democrático de Direito, uma vez que promove a participação dos jurisdicionados na vida estatal, principalmente legitimando a atividade jurisdicional.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 1

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo : Malheiros, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.1