

BREVE INVENTÁRIO ACERCA DO ESTUDO DA AÇÃO: OU COMO A PROCESSUALÍSTICA SUBTRAIU A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL DOS CIVILISTAS PARA DEPOIS SEPULTÁ-LA

*BRIEF REFLECTIONS ON THE STUDY OF LEGAL ACTION: OR HOW PROCEDURAL
THEORISTS SUBTRACTED THE CONCEPT OF "SUBSTANTIVE LAW ACTION"
FROM TORT THEORISTS IN ORDER TO BRING IT TO AN END*

IGOR RAATZ

Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor e pesquisador da Universidade FEEVALE (Rio Grande do Sul). Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado.
igor@raatzanchieta.com.br

NATASCHA ANCHIETA

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogada.
natascha@raatzanchieta.com.br

Recebido em: 07.01.2019
Aprovado em: 21.01.2021

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O presente ensaio visa a analisar o percurso teórico realizado desde o século XIX em torno da categoria da ação de direito material, dando destaque para a proposta de substituição do conceito de ação pelo termo pretensão, realizada por Windscheid, bem como pela apropriação do termo ação pelos processualistas, responsáveis por transformar a ação em um conceito ambivalente. Passo seguinte, os processualistas brasileiros – salvo honrosas exceções – cuidaram de sepultar o conceito de ação de direito material, categoria enraizada na nossa tradição jurídica desde clássicos como

ABSTRACT: This essay seeks to analyse the theoretical development, since the 19th century, regarding the concept of "substantive law legal action", highlighting the replacement of the term *action* by the term *claim* (first advanced by Windscheid) and the appropriation of the term *action* by procedural lawyers, responsible for making it an ambivalent definition. Brazilian procedural theorists, except for a few honourable cases, brought the concept of substantive law legal action to an end, even though it was an established institute in our legal practice ever since classic scholars such as José Homem

José Homem Corrêa Telles, João Monteiro e Paula Baptista. Com isso, reforçou-se um discurso italianizado em prol das chamadas "tutelas dos direitos", com vistas a reforçar um modelo de jurisdição e de "ação" (processual) pensado para o Estado, e não para os indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: "Ação" processual – Ações de direito material – Direito à tutela jurisdicional – Garantismo processual.

Corrêa Telles, João Monteiro and Paula Baptista. All of it led to a quasi-Italian conception of rights protection, seeking to reinforce a model of (procedural) "action", of jurisdiction designed for the state and not for individuals.

KEYWORDS: Procedural "action" – Substantive law legal actions – Jurisdiction as a fundamental right – Procedural guarantees.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. O não dito sobre a teoria civilista da ação e sua superação com a polêmica entre Windscheid e Muther. 2. O passo seguinte: a captura da ação (dos antigos civilistas) pelos processualistas. 3. O vazio deixado pelo esquecimento da ação de direito material e um possível retorno ao plano do direito material. 4. A doutrina das ações e o Direito brasileiro: de José Homem Corrêa Telles a Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva. Considerações finais. Referências bibliográficas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Algumas categorias jurídicas tendem a ser simplesmente extirpadas dos livros e dos bancos acadêmicos. Muitas vezes, isso ocorre por serem fruto de teorias construídas a partir de pouca reflexão, que servem somente para o deleite de alguns teóricos e que nada têm de relação com o Direito praticado pelos ditos "profissionais do Foro". Outras teorias acabam sendo sonegadas por não atenderem aos anseios do *establishment* doutrinário. Desse modo, não é incomum que, no Brasil, grandes doutrinadores sejam simplesmente esquecidos por não servirem à doutrina hegemônica do presente. É como se, no Direito, houvesse uma linearidade histórica no sentido de que tudo que é novo é melhor e mais avançado que as doutrinas do passado. Não é por acaso, pois, que muitos novos juristas afoitos se mostrem imbuídos do propósito de superar os velhos mestres do passado, que por não mais ocuparem as cátedras acadêmicas têm seu pensamento equiparado a velharias sem grande utilidade. Por isso, infelizmente, não surpreende o fato de que na maioria dos cursos de especialização em direito processual do Brasil os alunos não tenham quase contato com a obra dos grandes processualistas e civilistas brasileiros.

Não é de hoje que, no Brasil, a categoria das ações de direito material vem sendo olvidada no ambiente acadêmico. Trata-se de uma postura que caminha na contramão da nossa tradição jurídica, a qual, desde o século XIX, emprestava grande relevo ao estudo das ações de direito material. Tanto isso é verdade, que, no século XIX, o estudo do "direito processual" incluía a matéria de "organização judiciária" e era identificado como *praxe* ou *prática forense*. Na verdade, havia uma certa confusão entre três temas,

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977. v. 1.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: RT, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*. v. 99, n. 366, p. 119-126, mar.-abr. 2003.
- BAPTISTA, Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do Brasil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BEKKER, E. J. Degenkolb, Heinr. Dr., Prof. d. R. zu Tübingen, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen. *Kritische. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Suppl. zu Bd. 26 = N.F. Bd. 7; Reg. 1/9 (1868); Haupt-Reg, 1878.
- CASTRO MENDES, João de. *O direito de acção judicial*. Lisboa: Coimbra Editora, 1959.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Temis, 1986.
- CORRÊA TELLES, José Homem. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro Editor, 1880.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*. v. 25, n. 100, p. 249-256, out.-dez. 1998.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Teoria quinária da ação*. Salvador: Jus-Podivm, 2010.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 2. ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.
- ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação. Direito de demandar*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

- GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Fábio Luiz. *Carência da ação*. São Paulo: RT, 1999.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito. O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 23, n. 89, p. 65-87, jan.-mar. 2015.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1957, v. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno IV, p. 47-71, 1950.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017.
- MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: Imp. Vitoria, 1940-1947.
- MATTIROLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1888.
- MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.
- MUTHER, Theodor. Sulla dottrina dell "actio" romana, dell'odierno diritto di azione, della "litisconstestatio" e della successione singolare nelle obbligazioni: crítica ao livro de Windscheid, L'actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno. In: PUGLIESE, Giovanni (Coord.). *Polemica intorno all "actio"*. Trad. Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo*. n. 64, ano 16, p. 33-38, out.-dez. 1991.
- PEKELIS, Alessandro. *Il diritto come volontà costante*. Padova: CEDAM, 1930.
- PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale: nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*. Torino: Unione Tipografico, 1864. v. 1. parte I.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, t. 1.
- RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma "teoria do processo" sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista brasileira de direito processual*, ano 26, n. 103, p. 173-192, jul.-set. 2018.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor. In: GOMES DE MIRANDA, Daniel. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *Prescrição e decadência*:

- estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho. Salvador: JusPodivm, 2013.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *As condições da ação no despacho saneador*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1946.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1878.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ações e sentenças executivas*. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória*. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SIMONCELLI, Vincenzo. *Lezioni di diritto giudiziario*. Roma: Genio Civile, 1903.
- TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos modernos do conceito de ação. *Revista dos Tribunais*. v. 497, p. 11-24, 1977.
- WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.
- WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ejea, 1962.
- WINDSCHEID, Bernhard. *L'actio*. Replica a Th. Muther. In: PUGLIESE, Giovanni (Coord.). *Polemica intorno all' "actio"*. Trad. Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese. Sansoni: Firenze, 1954.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Formalismo-valorativo e o novo processo civil, de Claudio Madureira e Hermes Zaneti Jr. – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil 1 e RePro 272/85-125 (DTR\2017\5931)*.