

## **Ação: instrumento constitucional de acesso à jurisdição**

Ricardo de Oliveira Paes Barreto\*

### **Resumo**

A jurisdição corresponde à função estatal encarregada de aplicar a lei aos casos concretos postos à sua apreciação. É exatamente através da ação que se acessa a jurisdição, limitando sua atuação final, desenvolvendo-se por intermédio do processo, instrumento de efetivação da jurisdição. Como garantia constitucional, a ação seria exatamente o direito subjetivo de provocar a atuação da máquina judiciária na busca de uma solução ao caso concreto, mesmo que contrária à pretensão deduzida.

**Palavras-chave:** ação, instrumento, jurisdição.

A jurisdição é a função estatal que se exerce por intermédio de um Juiz legalmente investido, após aprovação em concurso público, posse e início do exercício no seu cargo e dentro do limite de sua competência, aplicando a lei<sup>1</sup> aos casos concretos postos à sua apreciação, de modo que ao direito dos litigantes se liga o dever de resposta por parte dos juízes.<sup>2</sup>

Essa função judicante, prevista na Constituição Federal e um dos pilares do Estado de Direito, não atua sem existência de *ação*, ou seja, de ofício (*nemo iudex sine actora, ne procedat iudex ex officio*), por impulso próprio.

Os juízes, a quem cabe, com exclusividade, a direção do processo<sup>3</sup>, não agem e não decidem por sua própria iniciativa, mas exclusivamente mediante provocação da parte legitimamente interessada<sup>4</sup> <sup>5</sup>. Só ela é quem pode acioná-la, a parte que preencha as condições para seu exercício, quais sejam: a *legitimidade*, que significa a titularidade do direito posto à apreciação judicial; o *interesse*, que importa na necessidade e utilidade do exercício daquele direito, e, por último, a *possibilidade jurídica do pedido*, ou seja, sua plausibilidade no mundo jurídico.<sup>6</sup>

---

\* Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível, da Comarca do Recife; Professor de Direito Processual Civil, da UNICAP e da ESMAPE; Mestre em Direito pela UFPE.

Não se pode admitir como possível, por exemplo, o pedido de reconhecimento judicial de uma tese, em face de sua relatividade, quando a própria essência do direito é juridicamente impossível, ou um pedido executivo se não há título de crédito válido, ocasião em que a impossibilidade se revela na forma posta. Diz-se *carecedor do direito de ação* aquele que não preenche qualquer dessas condições.<sup>7</sup>

É, portanto, através da *ação*, instrumento constitucional de acesso à jurisdição, que esta parte visa ao reconhecimento do direito que supõe dispor, constante do pedido, onde se pleiteia, por exemplo, a indenização, o despejo, a consignação, a cobrança, a separação ou os alimentos, por meio dos procedimentos legais previstos nos processos respectivos, até porque “vãs seriam as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em Juízo”.<sup>8</sup>

A *ação* tanto pode pressupor a existência de uma lide, entendida como um confronto de interesses subjetivos, mesmo que inexistente litígio propriamente dito, quando teremos a formação da jurisdição *contenciosa*, para cuja composição a parte, mediante exercício de uma pretensão subjetiva – pedido – contrária a uma pretensão subjetiva resistida – defesa do réu<sup>9</sup> –, serve-se do processo, quanto pode se limitar a um simples requerimento unilateral, fazendo atuar a jurisdição *voluntária*, não contenciosa.

Nas duas hipóteses, é através da *ação* que se aciona o mecanismo processual que levará, caso superadas as questões processuais, ao provimento ou improvimento daquele pleito, até porque “os princípios informadores do processo já garantem o dever fundamental do juiz à prestação jurisdicional”<sup>10</sup>, em outras palavras, “o fim do processo é a entrega da prestação jurisdicional, que satisfaz à pretensão à tutela jurídica”.<sup>11</sup>

Nos dizeres de Couture, com quem concordo amplamente, *ação* é “um direito à jurisdição”<sup>12</sup>, ela provoca a atuação jurisdicional e é o seu limite. No julgamento, o juiz não pode dar mais, menos ou diferente do que fora pedido na petição inicial – princípio da adstrição –, sob pena de anular, total ou parcialmente, aquela decisão, ressalvados os pedidos implícitos, como, por exemplo, correção monetária e juros legais de mora, reconhecíveis mesmo que não expressamente requeridos na peça exordial.

Por outra banda, a jurisdição se exerce através de um complexo de atos, que é o processo, de modo que a *ação* é o *fiat lux* da jurisdição, cujos procedimentos se encontram inseridos no processo, hoje já não mais admitido como um simples instrumento de justiça, mas garantia da própria liberdade, e já não mais se aceita com excessos de ritos – princípio da instrumentalidade das formas –, devendo se prestar ao justo, mesmo contrário ao texto puro da lei, como observa Canotilho<sup>13</sup>, fazendo valorar o princípio da efetividade dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, podemos observar, com clareza, que jurisdição, *ação* e processo são conceitos amplamente interligados: a *ação* provoca a atuação da jurisdição, caso regularmente exercida, jurisdição essa que se desenvolverá através dos procedimentos processuais adequados ao tipo de pedido formulado pela parte.

Nesse sentido, depois de ajuizada a *ação* (= pedido<sup>14</sup>), a jurisdição (= resultado) irá desenvolver-se por impulso oficial. O Estado, no seu *munus* jurisdicional, passa a administrar aquele pedido desde o recebimento da petição inicial, desenvolvendo todo o *iter* processual até decisão final, que, ainda assim, estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, princípio processual que consagra à parte vencida no processo o direito de recorrer às instâncias superiores.

Eduardo Couture<sup>15</sup> e Pontes de Miranda<sup>16</sup> indagam, entretanto, “que é *ação*?”, a mesma indagação que abordaremos para que possamos identificar com precisão qual a sua natureza jurídica, que, conforme procuraremos demonstrar, trata-se de um direito, uma garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

A doutrina há muito se divide quanto a essa conceituação, estabelecendo distinção entre *ação* de direito instrumental e de direito material, até porque, na prática, há sentenças que deveriam acolher direitos acionados e não os acolhem, ou que não os deveriam acolher, e os acolhem. Não houve, num caso ou noutro, correto reconhecimento do direito invocado através da *ação*, de maneira que podemos constatar, portanto, que *ação* como instrumento à jurisdição é a *ação* instrumental, o pedido de acesso à

Justiça, para que o direito ali invocado, ação de direito material, venha ou não a ser reconhecido.

A *ação* de direito instrumental, ou processual, assim, independeria do direito material invocado; seria um direito abstrato, de natureza subjetiva, uma posição jurídica subjetiva, cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica<sup>17</sup>, sendo suficiente o interesse da parte, protegido abstratamente pelo direito, para que se pudesse buscar na esfera jurisdicional uma sentença, ainda que contrária a esse interesse.<sup>18</sup>

Nesse último aspecto, podemos vislumbrar o que se denomina ação de direito material, ou seja, o pedido lastreado na lei material (civil, comercial, administrativa, fiscal).

Essa forma de *ação* instrumental será sempre aceita, caso regularmente ajuizada por quem preencha as condições para seu exercício, posto que para todos devem estar abertas as portas dos tribunais<sup>19</sup>, muito embora a ação de direito material nem sempre assim o seja, ocasião em que poderemos ter como resultado o indeferimento liminar em certas circunstâncias, como nos casos de decadência do direito; da extinção incidental após formado o contraditório ou mesmo da improcedência do pedido material, total ou parcialmente.

Essa visão material do conceito de *ação* é algo hodiernamente superado, uma vez que não se pode admiti-la conceitualmente nessa concepção, mas no seu espectro mais amplo, como já acima me referi, como instrumento de acesso à jurisdição.

Não concordo, com o devido respeito, com Baptista da Silva, que afirma não ser *ação* um direito, mas “o exercício de um direito público subjetivo”<sup>20</sup>, vez que, para que algo, no caso a *ação*, possa ser exercido, faz-se, necessária a previsão legal de sua existência. Assim não o fosse, não seria possível exercer algo legalmente inexistente. É um direito sim, mais que isso, uma garantia constitucional.

Conforme leciona Pinto Ferreira<sup>21</sup>, “a ação é um direito subjetivo, pois pertence a cada pessoa; é pública porque é atribuída a todos pelo Estado, conforme a lei processual, que é de ordem pública”, designando o direito ou poder de estimular o exercício da jurisdição e de invocar um provimento jurisdicional.<sup>22</sup>

Admitido numa sociedade de direito, a *ação* seria então o direito subjetivo de provocar a atuação jurisdicional do Estado, direito de ajuizar uma pretensão sem qualquer vinculação com o direito privado<sup>23</sup>, como instrumento de exercício mais pleno da cidadania, visando deste um pronunciamento, uma sentença. E esta, como de regra, seria o objeto final da *ação*. A *ação*, como diria Couture, “é só isso: *um direito à jurisdição*”<sup>24</sup>, de invocar o exercício da função jurisdicional.<sup>25</sup>

## Notas

- <sup>1</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, trad. Cândido R. Dinamarco. Rio: Forense, 1984, p. 3, observa com propriedade que feição da lei, de *per si*, não realiza a função do direito, sendo necessário, sempre que falte sua observância espontânea, a atuação da jurisdição para identificar, declarar e dar atuação a essas regras.
- <sup>2</sup> MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso*. La Plata: Platense, 1998, p. 38.
- <sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil em el derecho comparado*. Buenos Aires: Europa-América, 1973, p. 134.
- <sup>4</sup> LIEBMAN, op. cit., p. 146.
- <sup>5</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 29.
- <sup>6</sup> Para GOLDSCHMIDT, James, uma petição – instrumento que contém o pedido objeto da ação – se admite quando satisfaz as condições das quais depende a averiguação de seu conteúdo, em *Teoria general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 109/110.
- <sup>7</sup> LOPES DA COSTA, A. e TEIXEIRA, Sálvio de F., em *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, p. 38, afirmam categoricamente que a sentença que julga o autor carecedor da ação não lhe tranca definitivamente o ingresso em juízo, a que ele pode voltar com a mesma questão, o que não lhe será possível quando a ação é julgada improcedente.
- <sup>8</sup> CALAMANDREI, citado em GRINOVER, Ada Pellegrini, em sua obra *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 15, nota 28.
- <sup>9</sup> “O princípio da contradição é da essência do processo civil, que pode ser definido como o debate entre duas partes. Ele estabelece que o demandante deve defender-se.” Em BARACHO, José Alfredo de

- Oliveira, A Constitucionalização do Direito, *Jornal da Pós Graduação da PUC-MG*, junho/2000, p. 4/6.
- <sup>10</sup> GRINOVER, op. cit., p. 76.
- <sup>11</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 180.
- <sup>12</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*, trad. Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 15.
- <sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 20 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 387.
- <sup>14</sup> Segundo GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 108.
- <sup>15</sup> COUTURE, op. cit., p. 5.
- <sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 105.
- <sup>17</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 387.
- <sup>18</sup> LOPES DA COSTA e TEIXEIRA, ob. cit., p. 40, observam que, em casos tais, a sentença que julgar improcedente a ação – aqui de direito material – fará coisa julgada sobre a relação condicionada, o réu nada deve ao autor.
- <sup>19</sup> LIEBMAN, op. cit., p. 11.
- <sup>20</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista, Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação, *Revista da AJURIS*, nº 29, ano X, nov/1983, p. 109.
- <sup>21</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 101.
- <sup>22</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 58.
- <sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho justicial material*. Buenos Aires: Europa-América, 1959, p. 47/48.
- <sup>24</sup> COUTURE, op. cit., p. 15.
- <sup>25</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1, p. 159.

## Referências

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 20 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. **El proceso civil em el derecho comparado**. Buenos Aires: Europa-América, 1973.

- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Judicial Material**. Buenos Aires: Europa-América, 1959.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LOPES da Costa, A.; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Manual elementar de direito processual civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MORELLO, Augusto M. **Constitución y proceso**. La Plata: Platense, 1998.
- PONTES de Miranda. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.
- Matérias:
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Constitucionalização do Direito, *Jornal da Pós Graduação da PUC-MG*, junho/2000, p. 4-6.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação, **Revista da AJURIS**, n. 29, ano 10, nov. 1983, p. 99-128.