

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 2 – Número 1 – p. 97-109 – janeiro/junho 2010

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINÍCIUS SPORLEDER DE SOUZA

FABIO D'ÁVILA

NEREU GIACOMOLLI

WINDSCHEID & MUTHER: A POLÊMICA SOBRE A *ACTIO* E A INVENÇÃO DA IDEIA DE AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL

Salah Hassan Khaled Junior

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor assistente da Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

Resumo

O presente artigo explora a célebre polêmica entre Windscheid e Muther, na segunda metade do século XIX, valendo-se de uma abordagem que procura inovar ao tratar do tema a partir dos referenciais teóricos da história das ideias. Embora a polêmica instaurada entre os autores tenha sido objeto de inúmeras análises em função de sua importância para o desenvolvimento da autonomia do direito processual, a história das ideias preocupa-se com a difusão das ideias e, em especial, tem a proposta de narrar a biografia de uma ideia. Nesse sentido, o debate instaurado a partir do ataque de Muther às teses de Windscheid é reconhecidamente um dos marcos do pensamento jurídico contemporâneo, uma vez que a discussão protagonizada por ambos acabou promovendo avanços inegáveis no que se refere ao estabelecimento de um novo panorama, em que a ação processual deixou de ser considerada como dependente do direito material.

Palavras-chave: processo; ação processual; pretensão; direito; história das ideias.

Abstract

This article explores the famous controversy between Windscheid and Muther in the second half of the nineteenth century. The article seeks to innovate by addressing the issue from the theoretical framework of the history of ideas. Although the controversy established between the authors has been the subject of numerous reviews because of its importance for the development of the autonomy of procedural law, the history of ideas is concerned with the dissemination of ideas and, in particular, has proposed to narrate the biography of an idea. In this sense, the debate initiated from Muther's attack of the theses of Windscheid is recognized as a hallmark of contemporary legal thought, as the discussion ended up promoting undeniable progress regarding the establishment of a new landscape in which the procedural action was no longer considered as dependent of the material law.

Keywords: Process; procedural action; pretention; law, history of ideas.

1 INTRODUÇÃO: HISTÓRIA DAS IDEIAS PROCESSUAIS

O termo história das ideias processuais suscita questionamentos. Afinal, qual poderia ser o objeto de uma disciplina intitulada história das ideias processuais e qual poderia ser a sua contribuição para o desenvolvimento doutrinário dos estudos processuais? Considerando-se que todo e qualquer texto é datado, ou seja, é produto de uma particular convergência de fatores temporais (históricos) e espaciais (geográficos) a importância do conhecimento sobre a gênese de certas ideias é indiscutível. Essa importância se acentua na medida em que

são analisadas ideias que alcançaram grande difusão em um determinado campo de atuação. Um texto – enquanto veículo de expressão de ideias – não pode ser lido de forma isolada, descolado de seus referenciais. São justamente tais referenciais que viabilizaram a sua existência, pois simplesmente não é possível pensar o impensável. Qualquer inovação parte de algo anteriormente estabelecido. Além disso, é justamente através da consideração de dimensões externas à constituição do texto e da ideia nele expressada que a sua leitura pode se tornar mais qualificada e, logo, suas dimensões menos evidentes tornarem-se apreensíveis de decodificação. Dessa forma, limites podem ser superados e o conhecimento pode avançar.

A história das ideias consiste na pretensão de narrar a biografia de uma ideia. Em suma, procura determinar como certas ideias surgem e circulam, como se difundem e alcançam proeminência em um determinado campo de saber. Arthur Lovejoy foi um dos pensadores mais profícuos no que se refere a esse campo de investigação. Segundo o autor, a história das ideias interfere nos rígidos sistemas individuais e para seus próprios propósitos, desmembra-os em seus elementos componentes, naquilo que pode ser chamado de ideias-unidade. Afinal, como o autor indica, o corpo de ideias de um filósofo sempre é algo complexo e heterogêneo e de uma forma que nem mesmo ele suspeita.¹ Certas ideias são reproduzidas e recicladas de forma imperceptível para os próprios (re)produtores. Na maioria das vezes, a aparente novidade de um sistema decorre de uma aplicação e ordenação diversa dos elementos que o compõem.²

Considerando-se a pluralidade de posicionamentos doutrinários divergentes na seara processual penal, a identificação e decomposição de seus elementos só é possível a partir da percepção das ideias-chave que deram vazão à sua constituição enquanto ideias articuladas. Isso não significa que não surjam novidades, mas que elas são mais raras do que se supõe. Como afirma Lovejoy, os elementos das doutrinas filosóficas não são prontamente reconhecíveis, pois a distribuição da ênfase conduz a conclusões diferentes.³ Certamente que o mesmo pode ser dito em relação ao corpo de ideias que integram as diversas correntes do pensamento jurídico-penal.

Os postulados da história das ideias mostram-se assim, de grande valia para o estudo da gênese de conceitos-chave do direito processual penal. Partindo dessas premissas, o que se propõe aqui é um pequeno artigo em torno de um aspecto específico, que é muito caro aos estudiosos do campo processual: a gênese do conceito contemporâneo de ação e a conseqüente autonomia da dimensão processual.

O estudo da ação implica em um estudo do processo desde o nascedouro, na sua integralidade. Não é por acaso que Bülow já dizia que a força motriz inicial do processo é o direito de ação.⁴ Portanto, o estudo da ação se faz necessário para que o direito processual penal e, em especial o processo – enquanto fenômeno jurídico – possa ser compreendido na sua integralidade, sem prescindir, evidentemente, da jurisdição. Ação, jurisdição e processo são, afinal, os três institutos fundamentais do direito processual penal.

No entanto, apesar da importância inegável do instituto, persistem posições doutrinárias completamente opostas entre si quanto à ação. Sem dúvida, ainda há muita polêmica no que se refere ao conceito de ação. O conceito de ação surge no processo civil e tem se mostrado historicamente como algo que encontra difícil adaptação na esfera processual penal, como constatou Carnelutti.⁵ Segundo o autor, a definição de ação traz maiores dificuldades que a de jurisdição.⁶ De forma geral, a confusão ainda impera na doutrina e jurisprudência, como pode ser visto pela utilização equivocada de expressões como julgamento da ação penal, trancamento da ação penal e autos de ação penal. O que se julga e se tranca é o processo e não a ação penal; da mesma forma os autos são do processo e não da ação. Isso sem falar na confusão terminológica em que o termo “ação penal” pode induzir, uma vez que pode ser compreendido como ação relevante para fins de constatação de um crime. Esse cenário confuso é um indicativo seguro do mérito em torno da proposição de investigação no campo da história das ideias no que se refere ao conceito de ação.

A história das ideias tem como um de seus mais importantes postulados o reconhecimento que apesar de constantes reelaborações e deslocamentos, permanecem os velhos problemas (e, logo, muitas das mesmas perguntas). Isso significa dizer que é nos fatores dinâmicos, persistentes, nas ideias que produzem efeitos na história do pensamento que o historiador das ideias está especialmente interessado.⁷ Uma vez que a ideia-problema em questão é o conceito de ação, a investigação aqui proposta se direciona para o século XIX e, em especial, para um momento de particular interesse para a história das ideias processuais.

Os estudiosos do instituto da ação apontam para a célebre polêmica entre Windscheid e Muther como marco fundamental das concepções modernas de ação. A polêmica resultou na possibilidade de criação e evolução de uma teoria do direito processual, representando uma espécie de corte epistemológico indireto: na verdade a questão concentrava-se no problema da *actio* romana e na sua correspondência (ou não) à ação (*klage*) no contexto alemão da segunda metade do século XIX.⁸

A discussão entre os dois autores acabou se expandindo para além de tais fronteiras, de forma que o novo entendimento trazido por Windscheid e Muther quanto ao conceito de ação trouxe, inclusive, reflexos no processo e na jurisdição. Eis aí um dos aspectos mais fascinantes em torno dos estudos no âmbito das história das ideias. Como assinala Baumer, “as ideias tem uma irradiação e um desenvolvimento, uma ascendência e uma posteridade próprias, nas quais os homens participam mais como padrinhos e madrinhas do que como pais legítimos”.⁹ A polêmica que decorreu do estudo de Windscheid ainda é relevante, pois se relaciona com a autonomia do direito processual (ou seja, a desvinculação da ação do âmbito do direito material) e, portanto, com a pretensão aqui anunciada de realizar uma pequena biografia da gênese da ideia de ação como a compreendemos atualmente.

Por fim, um alerta: a história das ideias não deve ser compreendida a partir de um enfoque que busque estabelecer uma verdade totalizante. Pelo contrário, dois de seus maiores expoentes (Lovejoy e Baumer) são claros ao afirmar que trata-se de um empreendimento necessariamente falho e imperfeito, dada a ambição explicativa e a complexidade inerente ao objeto em questão.

2 O CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO ALEMÃO DA ÉPOCA E A BIOGRAFIA DE BERNARD WINDSCHEID E THEODOR MUTHER

O jurista italiano Pugliese afirma (na introdução que escreveu para a obra que reúne os textos dos referidos autores) que o significado do embate então travado não pode ser compreendido sem levar-se em conta o momento histórico que atravessava a ciência jurídica alemã no século XIX.¹⁰ Dentro da realidade jurídica alemã de então, as lições do direito romano (ou do que se entendia por direito romano, como veremos) eram consideradas corretas e absolutamente incontestáveis e, portanto, revestidas de universalidade.¹¹ O direito romano de Justiniano permanecia em vigor em grande parte da Alemanha, sendo que não havia trabalho de direito civil e processual que não fizesse referência a fontes romanas.¹² Naquele momento histórico o contexto era de aceitação praticamente unânime da máxima de Celso: a ação era entendida como o próprio direito material colocado em movimento, ou seja, a ação não era nada mais que o direito de pedir em juízo o que nos é devido.¹³

Partindo dessa premissa, entendia-se que a simples ameaça ou violação a um direito fazia nascer um direito que é o direito de ação. Essa compreensão vinculava-se ao conceito que havia sido estabelecido por Savigny, que sinteticamente pode ser reduzido aos seguintes elementos:

- a) não há ação sem direito;
- b) não há direito sem ação;
- c) a ação segue a natureza do direito.

Portanto, de acordo com a concepção de Savigny, o direito à tutela judicial nasce da lesão de um direito ou de uma ameaça a ele, sendo, portanto, o direito em que se transforma o direito lesionado (ou ameaçado), o que claramente demonstra a falta de autonomia da dimensão processual no saber jurídico da época. Naquele momento não se colocava seriamente qualquer possibilidade de divergência entre o que os romanos entendiam por *actio* e o que os modernos compreendiam por ação (*klagerecht*).¹⁴

A polêmica entre Windscheid e Muther marca justamente o rompimento com a fórmula de Celso e os preceitos de Savigny, abrindo espaço para o desenvolvimento da autonomia do direito processual. A importância dessa inovação não deve ser subestimada: para Couture, “a separação do direito e da ação constituiu para a ciência do processo, um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo”.¹⁵

Os autores que na época discordavam das conclusões de Windscheid tiveram que reconsiderar os seus argumentos e os mais jovens tiveram estímulo para buscar uma revisão geral da matéria, o que conduziu a conhecimentos mais seguros e enunciados mais exatos.¹⁶ Como assinala Pugliese, a discussão entre os autores trouxe uma mudança significativa no pensamento jurídico, evidenciando para romanistas, processualistas e civilistas o problema da ação e proporcionando o ponto de partida para doutrinas que ainda hoje se processam nesse campo.¹⁷ Segundo Pugliese, a polêmica abriu um debate que nem sequer hoje pode considerar-se encerrado.¹⁸ Para Camargo, “mesmo decorrido mais de um século desde os escritos de Windscheid, sua obra ainda repercute significativamente nos juristas modernos, o que demonstra, uma vez mais, a sua importância no quadro jurídico”.¹⁹

Windscheid já era professor universitário há quase uma década quando travou o debate com Muther, em 1856 e 1857. Em 1847 obteve as cátedras de Bonn e da Basileia e já havia apresentado uma série de estudos que se destacavam pela sua originalidade e valor dogmático. Muther era nove anos mais jovem e tinha pouco mais de trinta anos quando se engajou na polêmica com Windscheid. Havia sido nomeado professor da Universidade de Konisberg há apenas um ano, depois de ter se habilitado em Halle em 1853. Consequentemente, sua produção universitária não podia ser considerada rica, ainda que sua monografia mais recente demonstrasse um conhecimento expressivo em matéria processual, certamente adquirido quando ele frequentou a escola de Keller, em Berlin.²⁰

A diferença de autoridade consagrada – em termos científicos – ajuda a compreender porque Muther teve menos influência imediata no campo jurídico do que Windscheid, ainda que sua contribuição também tenha sido inestimável. Mas se já havia uma distinção em termos de maturidade, ela não explica de forma satisfatória porque a tese de Windscheid acabou se sobressaindo em relação a de seu antagonista. Foram os desdobramentos posteriores que favoreceram em definitivo a difusão dos argumentos dos autores.

Após a polêmica, Muther abandonou inteiramente o campo da dogmática e do direito romano, para dedicar-se a investigações históricas sobre o processo germânico comum, assim como sobre a ciência jurídica em universidades alemãs. Suas investigações foram apreciadas, mas não contribuíram para lhe conferir autoridade entre romanistas e civilistas. Além disso, morreu prematuramente em 1878, com cinquenta e dois anos de idade. Por outro lado, Windscheid ainda viveu treze anos após a morte de Muther e teve trajetória profissional exitosa cujo ponto alto foi a participação na redação do Código Civil Alemão nos anos de 1880 a 1883. Outro fator que para Pugliese contribuiu para uma menor difusão das ideias de Muther foi a aspereza excessiva com que o professor de Konisberg conduziu seu ataque à tese de Windscheid.²¹

Isso não significa que a contribuição de Muther não tenha sido significativa. Como destaca Pugliese, é necessário distinguir a parte crítica da tese de Muther de seus aspectos substancialmente construtivos, que tiveram ampla repercussão. Em especial destaca-se no seu texto a definição de *actio* como direito frente ao magistrado para obtenção de uma fórmula e em configurar a ideia de um direito frente ao Estado para prestação

de tutela jurídica, o que teve significativa ressonância no campo processualístico. O próprio Windscheid concordou e compartilhou da concepção de Muther no que se referia aos seus aspectos contemporâneos, sendo que Wach obviamente se inspirou nessa concepção ao desenvolver a sua própria, que inclusive alcançou grande difusão.

Segundo Puglise, não há dúvida alguma sobre o grande significado das obras de Windscheid e Muther na história do pensamento jurídico contemporâneo; e nenhuma dúvida sobre a legitimidade de dar-lhes lugar no limitado rol de clássicos do direito.²² Se efetivamente suas ideias representaram uma contribuição concreta a ser seguida é uma questão que pode ser deixada em aberto (Chiovenda, por exemplo, foi um grande crítico do conceito de pretensão, por ele considerado impreciso²³) mas o fato é que demarcaram uma mudança de enfoque e posicionamento em termos de direito romano e do direito então vigente. Trata-se de um abalo estrutural que até hoje é sentido e que, portanto, merece ser apreciado em toda sua riqueza.

3 O ESTUDO DE WINDSCHEID (A *ACTIO* DO DIREITO CIVIL ROMANO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO ATUAL)

A polêmica em torno da questão da *actio* no direito romano foi desencadeada a partir da intenção manifestada por Windscheid em seu estudo: compreender/circunscrever/delimitar o que era a *actio* para os romanos em contraste com o que representava a ação (*klage*) para os alemães no contexto da segunda metade do século XIX. A posição de Windscheid era ousada, pois ia de encontro a tradições jurídicas já sedimentadas no pensamento alemão. O autor sustentou a existência de uma contraposição entre o ordenamento jurídico romano e o ordenamento jurídico moderno alemão, afirmando a incompatibilidade entre o conceito romano de *actio* e o direito então vigente.²⁴ Seu trabalho tocava em uma questão importante naquele momento: afinal o que os romanos entendiam por *actio* e a que correspondia essa noção no século XIX? A equivalência estabelecida entre os conceitos era correta ou prevalecia uma visão anacrônica, onde eram projetadas categorias modernas sobre institutos romanos, com aceitação quase universal?

Ao atacar o problema em questão, Windscheid procurou romper com o marasmo vigente a partir da distinção entre a *actio* e o conceito então predominante de ação (*klage*).²⁵ O autor desenvolveu sua análise sobre a *actio* em dezenove das duzentas e trinta e oito páginas de seu texto.²⁶ Ao fazê-lo, submeteu o conceito de *actio* a uma radical revisão, procurando trazer para a linguagem jurídica alemã da época o que o direito romano propriamente expressava através da *actio*.²⁷ A intenção de Windscheid não era prescindir do direito romano, mas sim, evitar que ele fosse visto como expressão universalmente válida do pensamento jurídico, o que o autor considerava inadequado.²⁸

Segundo Windscheid, o que ocorria, na verdade, era uma projeção de categorias contemporâneas na dimensão do direito romano. Para ele, o conceito romano de *actio* não correspondia à ação ou *klage*. Ou seja, a *actio* não correspondia ao que se entendia contemporaneamente por direito de acionar: não era um meio de tutela de direito lesionado, onde a perseguibilidade jurídica é vista como consequência do direito. Afinal, existiam *actiones* que não pressupunham lesão a direito algum.

Portanto, Windscheid sustenta que enquanto a *klage* é uma queixa dirigida ao juiz, a *actio* no direito civil romano não é o que se entende contemporaneamente por ação ou direito de acionar: não é direito de tutela a outro direito, ou um meio de tutela de direito lesionado, senão uma expressão autônoma do direito, ou, melhor ainda, uma pretensão jurídica.

Windscheid afirma que o ordenamento jurídico romano não era de direitos (no sentido contemporâneo), mas de pretensões (*anspruch*) – possíveis de serem perseguidas em juízo. Sendo assim, a *actio* era o próprio direito (no sentido de que são as pretensões que contam no contexto romano) e não um meio de defesa dele.

Portanto a *actio* expressa a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial.²⁹ No contexto romano, o indivíduo é portador de *actiones* e não de direitos, como na concepção alemã do XIX.

Isso significa que ordenamento romano não dizia que o indivíduo tinha direito, mas sim, que tinha esta ou aquela *actio*.³⁰ Logo, a *actio* está no lugar do direito (ou melhor, no lugar do que se entende como direito na cultura jurídica alemã oitocentista) e não é emanção deste.³¹ Para a consciência jurídica “atual” conta primeiro o direito como gerador e em segundo a ação (*klage*) como produto: o ordenamento jurídico é de direitos. Segundo Windscheid, esta concepção não era inteiramente desconhecida pelos romanos, mas estes entendiam que o ordenamento jurídico diz ao indivíduo: tens *actio* (portanto, não diz tens direito) e nesta relação pode fazer com que tua vontade valha sobre os demais pela via judicial. O sentido é diferente, pois trata-se de um ordenamento de pretensões judicialmente perseguíveis. De acordo com Windscheid, essa característica relaciona-se com sentido prático dos romanos e com uma concepção de magistrado que não é submetido ao direito, ou seja, o tribunal é decisivo e não o direito.³² O respaldo da pretensão não reside, portanto, no direito, mas na inclinação do magistrado a permitir a persecução judicial, a conceder uma *actio* para fazer valer tal pretensão.³³ Sendo assim, pode haver *actio* sem direito e direito sem *actio*. Quando a *actio* tem por objeto justamente o reconhecimento do direito, isso não significa que ela existe em virtude do direito. Na verdade, existe por atividade do magistrado (que inclusive poderia tê-la negado).

Para Windscheid, a *actio* não é emanção, mas expressão do direito. Segundo ele, a decisão não é arbitrária; é tomada de acordo com algo que não é um ordenamento jurídico (na sua compreensão corrente), mas algo que o magistrado, por sua atividade, converte em tal.³⁴ Para Windscheid, a *actio* não está exatamente no lugar do direito – não ordena relações entre pessoas e coisas, mas unicamente entre pessoas, pois pressupõe um adversário determinado.³⁵ A *actio* é o termo para designar o que se pode exigir de outro; *actio* é o vocábulo para designar a pretensão. Portanto, está no lugar da pretensão – *anspruch*, como compreendiam os alemães.³⁶ Se aproxima do conceito de pretensão de direito material e não do que se entende, no contexto alemão dos oitocentos, por ação processual.

Enquanto a *actio* é dirigida diretamente ao obrigado, a *klage* é uma queixa dirigida ao Estado, por ter-se um direito ou direito de queixar-se. E assim se age porque se tem uma pretensão (*anspruch*), ou seja, para perante o Estado-juiz fazer valer aquela pretensão. A pretensão brota do direito material ainda que não tenha sido violado ou ameaçado. Portanto, segundo Windscheid, a *actio* se aproximava da pretensão (*anspruch*) e não corresponde à ação processual (*klage*).

Mesmo não havendo unanimidade em torno da noção de pretensão (criticada por Fazzalari e Chiovenda, entre tantos outros), ela inegavelmente possibilitou novas discussões. De fato, a noção de pretensão expressada por Windscheid abriu caminho para a constituição da autonomia do direito processual, o que foi fundamental para o desenvolvimento de estudos sobre ação, jurisdição e processo. Ainda que a ideia de pretensão tenha problemas no que se refere ao seu rigor conceitual – o que motivou as críticas de Muther – ela possibilitou inegáveis avanços doutrinários. Os problemas conceituais constatados por Muther se referem à duplicidade de sentido que Windscheid atribuiu ao termo, sendo este um dos argumentos do autor que realmente demonstra uma certa fragilidade.

Para Windscheid, a *actio* também designa (além da pretensão) fazer valer essa pretensão diante dos tribunais, sendo, portanto, concebida também como persecução judicial. Logo, pode ser concebida tanto pelo lado de sua existência efetiva quanto pelo lado de sua realização potencial. Ou seja, a *actio* também tem um aspecto processual.³⁷ Windscheid procura esclarecer o ponto afirmando que a *actio* para os romanos não é apenas o primeiro passo, mas atividade total do autor; portanto, quando o demandado opõe uma defesa que vai além da negativa, o termo *actio* também é aplicável. Nas palavras do autor,

por *actio* não se designa o direito de acionar, entendido como meio para tutelar um direito, senão o meio para se impor o que se quer, e com isto a pretensão fundada em direito. Neste sentido, a *actio* nasce, por certo, com a obrigação, sendo seu único pressuposto que seja lícito exigir o que se exige.³⁸

Windscheid conclui sua argumentação sustentando que a *actio* é conferida em virtude de uma certa situação – jurídica ou fática – mas pode ser que excepcionalmente não seja conferida, mesmo existindo essa situação (é o caso da *exceptio*). Se *actio* não é direito de acionar, mas pretensão, *exceptio* não será defesa contra esse direito, mas forma de evitar o reconhecimento da pretensão em um caso determinado.³⁹

Se para os romanos, a *actio* era algo independente, com ser e vida autônomos, para os alemães, o direito de acionar não é mais do que a sombra do direito, algo que se dilui neste.⁴⁰ Eis aí uma provocação importante do autor: como determinar as relações jurídicas com base na sombra e não na essência?⁴¹ Para Windscheid, as *actiones* deviam ser eliminadas das exposições do direito moderno. Seu lugar é a história do direito. Para ele, a ciência devia traduzir o “idioma” das *actiones* para o “idioma” dos direitos.⁴²

O estabelecimento de uma distinção entre a *actio* e o que os alemães entendiam por *klage*, assim como sua relação com a ideia de pretensão (*anspruch*) proporcionou elementos decisivos para o desenvolvimento da autonomia da dimensão processual. Windscheid identificou na pretensão o equivalente moderno da *actio* e pela primeira vez a delineou como situação jurídica substancial, notadamente distinta da ação em sentido processual, e não identificável, de outro lado, com o direito subjetivo, do qual havia representado uma emanção.⁴³

As ideias de Windscheid implicavam, sem dúvida, em um rompimento com a tradição do pensamento jurídico alemão. A resposta não tardou (o livro de Muther foi publicado um ano após o de Windscheid) e, curiosamente (ainda que de forma não intencional), forneceu ainda mais elementos para estudos posteriores em âmbito processual.

4 AS CRÍTICAS DE MUTHER NA OBRA “SOBRE A TEORIA DA *ACTIO* ROMANA, DO MODERNO DIREITO DE AÇÃO, DA LITISCONTESTAÇÃO E DA SUCESSÃO SINGULAR NAS OBRIGAÇÕES”

Muther não conhecia Windscheid pessoalmente e inclusive se valeu dessa condição para afirmar que não nutria por ele sentimento algum de inimizade.⁴⁴ O autor fez questão de destacar que se em algum momento foi duro, não fez mais do que o próprio Windscheid havia feito em relação a juristas altamente autorizados, como Savigny e Muhlenbruch.

No entanto, apesar das ressalvas, Muther se utilizou de argumentos contundentes e de críticas ferozes e irônicas ao atacar o estudo de Windscheid, do qual fez um extensivo apanhado, rebatendo boa parte de suas conclusões.

Muther inicia suas críticas apontando a imprecisão conceitual de Windscheid e a partir daí trata de desconstruir seus argumentos. Segundo Muther, Windscheid comete uma série de equívocos históricos. Para Muther, a pretensão precede à *actio*: é necessário que antes do processo o requerido não tenha satisfeito a pretensão do postulante. Segundo ele, a *actio* consiste em um ato bilateral que dá início ao processo. O termo *actio* designa o ritual do processo e sua forma escrita. Portanto, a *actio* é a fórmula da ação, que deve ser observada e escrita.

De acordo com Muther, o ordenamento jurídico romano era de direitos e não de pretensões.⁴⁵ Os direitos eram suscetíveis de persecução judicial. Segundo ele, guardadas algumas peculiaridades, o conceito de *actio* para os romanos se aproximava muito do conceito de direito de ação para os alemães. A proximidade é

sustentada por Muther com base na premissa de que a necessidade de um direito subjetivo é pressuposto e fundamento da fórmula, que é dita por um pretor, na qualidade de titular do poder judicial do Estado.⁴⁶

Muther reconhece algumas diferenças, mas de modo geral, considera que o conceito romano de direito de acionar permanece tendo realidade no contexto moderno.⁴⁷ É duvidoso considerar que Muther esteja correto, pois há uma nítida projeção de categorias contemporâneas sobre o contexto romano. No entanto, sua contribuição para o avanço dos estudos processuais é inegável. Muther enxerga na ação dois direitos distintos, sendo um pressuposto do outro: de um lado, um direito subjetivo contra um particular (direito privado); de outro, um direito de natureza pública (obtenção de fórmula do Estado pretor), sendo este um direito condicionado, não como anexo ao conteúdo de outro, mas com o efeito de o tutelar.⁴⁸ Também pode ser imaginado como direito nascido incondicionalmente, de forma que sua existência inicie somente com a lesão do direito primitivo.⁴⁹

O grande mérito de Muther está na percepção de uma relação entre partes e Estado (tido como órgão jurisdicional). De acordo com ele, o Estado tem como missão manter o ordenamento jurídico; ao cidadão individual o Estado impõe o dever de respeitar seus concidadãos, conformando um direito do Estado, frente aos cidadãos.⁵⁰ Portanto, há um direito do lesionado frente ao Estado (direito de acionar) e um direito do Estado contra quem produziu a lesão – para que seja remediada, persistindo/subsistindo com toda eficácia o direito primitivo (privado) do lesionado. Segundo Muther, o juiz pode rejeitar se não são cumpridas as condições prévias do direito de acionar. O autor destaca que direito e direito de acionar não são idênticos, pois há um obrigado no direito e outro no direito de acionar, podendo haver pretensões sem direito de acionar.

Para Muther, a *actio* expressa a pretensão do particular frente ao pretor a fim de que este lhe confira uma fórmula para o caso de que seu direito seja lesionado. Ou seja, reporta-se a Celso: *actio* é o direito de perseguir o que é devido. Muther considera que o conceito romano de direito é algo diferente, mas que segue tendo realidade no direito atual.

Embora as críticas quanto ao rigor conceitual sejam em parte procedentes, Muther parte de uma interpretação um tanto quanto equivocada das intenções de Windscheid. Muther manifestava-se como favorável à preservação da rica e tradicional ciência jurídica alemã em oposição à consciência jurídica moderna que ele atribuía a Windscheid. Colocava-se, portanto, no papel de defensor do pensamento jurídico sedimentado contra o que via como ideias que ameaçavam essa tradição.

Por mais ricas que fossem as considerações desenvolvidas, é muito pouco provável que a *actio* determinasse um direito à tutela jurisdicional do Estado, como afirmou Muther. Pugliese refere que “as fontes romanas consideram indubitavelmente a *actio* como um poder frente ao adversário e não como um direito frente ao pretor ou frente ao Estado”.⁵¹ Como afirma Kuhlmann, “Muther não atentou para o fato de que um aparelho de justiça romano pelo Estado não se consolidou quando Celso, durante o processo formulário, tratou da *actio*”.⁵² No entanto, os aspectos construtivos suscitados por Muther, ao tratar do conceito moderno de direito de ação para os alemães (com o qual Windschied concordou, pois não era seu objeto, como será visto a seguir) contribuíram para estudos processuais (como os de Wach⁵³), permitindo que o conceito de direito de ação traduzisse um direito de acesso à proteção judiciária do Estado, ideia que teve amplas repercussões.

5 A RESPOSTA DE WINDSCHIED (A *ACTIO*. RÉPLICA AO DR. THEODOR MUTHER)

Windscheid deu início à sua réplica às críticas de Muther destacando que o que o motivou foi o tom adotado pelo autor, revestido de menosprezo e ironia, com a intenção de destruir seu livro e atingir sua reputação.⁵⁴ Ainda que considere que um ataque dessa natureza mereça silêncio e que o julgamento seja

reservado aos leitores, afirma que mesmo quem trabalha pela ciência deve garantir que seja estimado da forma com que merece, pois um trabalho não é julgado somente pelo seu valor, mas também, pela opinião que dele se tem. Por esses motivos, afirma que irá demonstrar a fragilidade dos argumentos de seu adversário.⁵⁵ Assinala ainda que caso Savigny viesse a ler a acusação feita por Muther a ele, Windcheid, nada teria feito além de sorrir e que para ele, Muhlenburch não merece o alto reconhecimento que detém por parte da doutrina dominante.⁵⁶

Ao responder às críticas de Muther, Windscheid procura ser mais claro no que se refere ao âmbito conceitual. Segundo ele, contemporaneamente entendemos por direito de acionar o direito que se origina do resultado da colisão entre o direito e sua lesão. A *actio*, por sua vez, não tem como pressuposto essencial a lesão de um direito, nem entra em seu conceito que com ela se faça valer um direito. Sistemáticamente, Windcheid refere que a *actio*

- a) não serve de respaldo para um direito; faz as suas vezes;
- b) não é algo derivado, mas autônomo;
- c) não é emanção, mas sim, expressão do direito.

Windscheid destaca que quando os romanos dizem que alguém tem uma *actio*, ou que lhe compete uma *actio*, querem dizer o mesmo que “nós” (alemães da segunda metade do XIX) quando atribuímos a alguém um direito, uma pretensão jurídica. O decisivo para os romanos não é ter um direito, mas sim, poder acionar. Em alguns momentos, ele relativiza argumentos que havia utilizado anteriormente de forma taxativa, como quando refere, por exemplo, que dizer que o ordenamento jurídico romano é um ordenamento jurídico de pretensões juridicamente perseguíveis não significa dizer que essa era a única concepção de que dispunham. No entanto, frisa que para ele, as *legis actiones* conformavam um compartimento autônomo do ordenamento jurídico. Para a pretensão prosperar deveria contar com a *actio* e não com o que diziam as *legis*.

Windscheid deixe claro que discorda de Muther no que se refere à extensão do modo de expressão peculiar dos romanos a figuras jurídicas modernas.⁵⁷ Mas o importante é destacar que no que toca ao conceito moderno de direito de ação (*klagerecht*), Windschied, que nas suas próprias palavras escreveu uma obra de direito material (direito civil) e não de direito processual, apoia Muther.⁵⁸ Windscheid esclarece que não fixou sua atenção sobre o direito de acionar em função do mesmo pertencer ao campo do processo, estranho ao objeto de seu estudo.⁵⁹ Não negava, portanto, a existência da ação como atribuição do sujeito, mas sim, tinha dela uma concepção estritamente processual que não se chocava com a equivalência por ele estabelecida entre *actio* e pretensão: inclusive se ajustava a ela. Este é um aspecto que deve ser ressaltado, pois evidenciou, através da polêmica entre os autores, que a ação constitui um direito a ser exercitado contra o Estado e não contra o réu, algo fundamental para desenvolvimento da teoria do processo e sua autonomia.⁶⁰

Surpreendentemente, o pensamento de ambos converge e se complementa a partir do momento em que Windscheid reconhece um direito do ofendido à tutela jurídica do Estado e do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Disso depreende-se que a ação devia ser contemplada como uma faculdade ou poder absolutamente independente do direito subjetivo substancial e correspondente também a quem não tivesse direito algum.⁶¹ De forma inesperada, os autores acabaram constituindo e delimitando através de suas ideias a autonomia de um novo campo de saber, dedicado ao âmbito processual.⁶²

Ao concluir sua exposição, Windscheid diz que não considera o direito romano uma desgraça para a nova Europa, mas sim, um bem. No entanto, defende a eliminação formal do direito romano e o aproveitamento de seu pensamento vivo para o bem do direito nacional que é o que ele acredita, de sua parte, fazer.⁶³

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que medida as ideias dos autores resultaram concretamente em um avanço? Chiovenda afirma que o trabalho de Windscheid não favoreceu propriamente uma claridade sobre o tema da ação, pois o conceito de pretensão (*anspruch*) gerou uma série de questionamentos intermináveis e perseguições a sombras, já que cada um o entende a seu modo. Segundo Chiovenda, isso faz com que cada autor que utiliza o conceito deva indicar o sentido em que o emprega.⁶⁴ Curiosamente, a afirmação de Chiovenda permanece pertinente: é o caso de Lopes Jr, que valendo-se do conceito de pretensão acusatória reporta-se a Guasp, tendo que continuamente referir que não trabalha pretensão sob a ótica carnelluttiana. Se o conceito de ação é um conceito de difícil definição, sobre o conceito de pretensão reside uma diversidade de posicionamentos doutrinários ainda maior. De fato, muitos dos problemas e questionamentos do passado ainda se sustentam, o que, mais uma vez, justifica uma análise no campo da história das ideias processuais. Afinal, a história de uma ideia geralmente é marcada por uma trajetória que demonstra que os próprios conceitos também têm uma gênese, que revela seus usos e, eventualmente, seus abusos.

Mas apesar das críticas, Chiovenda destaca que o livro de Windscheid teve o mérito de revelar boa parte da insuficiência das concepções anteriores de ação.⁶⁵ Ao peso das ideias levantadas por Windscheid foi acrescentada a contribuição de Muther: Chiovenda considera que Muther acabou por complementar o pensamento de Windscheid ao dedicar-se à investigação do elemento que este havia ignorado.⁶⁶ Embora Windscheid tenha desfrutado de maior crédito no contexto jurídico oitocentista, Muther deve ser lembrado pelo grande mérito de ter chamado atenção – melhor do que havia feito Hesse – para a relação entre as partes e o Estado ou órgão jurisdicional, de forma a contribuir de maneira decisiva para o progresso dos estudos processuais.⁶⁷ Como refere Chiovenda, a doutrina de Muther se tornou comumente aceita na Alemanha, ainda que tenha aparecido sob outras designações.⁶⁸ Segundo Lopes Jr, a polêmica sobre a *actio* romana contribuiu definitivamente para a separação do direito processual do direito material e, por consequência, conferiu à ação um caráter autônomo em relação ao direito material e à pretensão de direito material.⁶⁹

Por fim, cumpre salientar que no que tange ao estudo do desenvolvimento das ideias processuais, a importância da doutrina alemã não pode ser subestimada: como aponta Gimeno Sendra, “é um mérito da doutrina alemã ter elaborado as doutrinas jurídicas modernas sobre a natureza jurídica do processo e, em certa medida, de ter reivindicado a autonomia do direito processual”.⁷⁰ Os sucessivos estudos de Wach, Bülow e Goldschmidt (entre tantos outros) são indicativos seguros dessa afirmativa. São autores que contribuíram com ideias cujo impacto até hoje se faz sentir e que certamente ainda são relevantes. Autores que merecem ser lidos e conhecidos diretamente na fonte e não apenas através de citações indiretas ou mesmo de breves estudos como é o caso do artigo em questão. Despertar esse interesse e mostrar que a história da constituição de um campo de saber permanece relevante para a sua finalidade prática é, assim, outra contribuição que a história das ideias processuais pode prestar ao desenvolvimento do saber jurídico atual.

REFERÊNCIAS

- BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Edições 70, 1990. Vol. I, Séculos XVII e XVIII.
- BULOW, Oskar Von. *La teoría das excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.
- CAMARGO, Acir Bueno de. Windscheid e o Rompimento com a Fórmula de Celso. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.). *Crítica à teoria geral do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: EJEA, 1974. Vol. 2.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951

- KUHLMAN, Sylvio Roberto Degasperi. *A Actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOVEJOY, Arthur O. *A grande cadeia do ser*. São Paulo: Palindromo, 2005.
- GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal (jurisdiccion, accion y proceso)*. Madrid: Civitas, 1981.
- WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

NOTAS

- ¹ LOVEJOY, Arthur O. *A Grande Cadeia do Ser*. São Paulo: Palindromo, 2005. p.13.
- ² LOVEJOY, Arthur O. *A Grande Cadeia do Ser*. São Paulo: Palindromo, 2005. p.14.
- ³ LOVEJOY, Arthur O. *A Grande Cadeia do Ser*. São Paulo: Palindromo, 2005. p.14.
- ⁴ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria das Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: EJEJA, 1964. p.2.
- ⁵ CARNELUTTI, Franchesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal v.2*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.14.
- ⁶ CARNELUTTI, Franchesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal v.2*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.06.
- ⁷ LOVEJOY, Arthur O. *A Grande Cadeia do Ser*. São Paulo: Palindromo, 2005.
- ⁸ Chioyenda esclarece a terminologia “[...] Klage, entendida como Klagerecht, o derecho de querrela, término que había sobrevivido al proceso medioeval alemán”. CHIOYENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.7.
- ⁹ BAUMER, Franklin. *O Pensamento Europeu Moderno. Volume I, Séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Edições 70, 1990. p.17.
- ¹⁰ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XI.
- ¹¹ Giovanni Pugliese aponta que “[...] ninguém havia pensado em por em dúvida a substancial afinidade entre a figura da *actio* – cuja referência é a outro momento histórico – e a figura moderna da ação, nem a legitimidade de reunir ambas em uma única definição compreensiva”. PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.
- ¹² PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XIII.
- ¹³ Mesmo dentro de um cenário de aceitação, havia interpretações diversas quanto ao sentido da máxima de Celso, como destaca Chioyenda: “sobre la célebre definición romana “*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*” la doctrina teja proposiciones aparentemente diversas, pero todas incluyendo un concepto de acción que podría considerarse mixto o impuro. Algunos lo configuraban como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como el derecho mismo en su tendencia a la actuación; algunos como un derecho nuevo y por si mismo, nascido con la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversário de hacer cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente en una duplicación inútil del concepto mismo de derecho”. CHIOYENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.6.
- ¹⁴ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p. XI.
- ¹⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p.7.
- ¹⁶ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p. XIII.
- ¹⁷ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.XI.
- ¹⁸ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XIII.
- ¹⁹ CAMARGO, Acir Bueno de. Windscheid e o Rompimento com a Fórmula de Celso. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.137.
- ²⁰ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XVII.
- ²¹ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XIX.
- ²² PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XX.
- ²³ Ver CHIOYENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986.
- ²⁴ No entanto, é importante referir que Hesse já discordava anteriormente das posições dominantes, sustentando que o sujeito passivo da *actio* era o Estado e não o adversário. Pugliese inclusive especula que Muther deve ter sido em alguma medida influenciado por Hesse, embora Muther não o cite em seu estudo. PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XII.
- ²⁵ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.6.

- ²⁶ O restante do livro se dedica à aplicação do conceito de *actio* nas soluções de problemas jurídicos romanos, conformando uma comprovação das teses apresentadas nas primeiras páginas do estudo, que são conclusas no final do livro.
- ²⁷ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.13.
- ²⁸ É o que ele afirma quando diz que “ahora há despertado una orientación nueva, que va ganando terreno continuamente, y que se caracteriza precisamente por su especial celo en evitar que una norma de derecho romano represente por ella la expresión universalmente válida del pensamiento jurídico, sem serlo realmente”. WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.6.
- ²⁹ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.7.
- ³⁰ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.8.
- ³¹ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.10.
- ³² WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.8.
- ³³ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.9.
- ³⁴ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.10.
- ³⁵ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.10.
- ³⁶ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.12.
- ³⁷ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.13.
- ³⁸ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.67.
- ³⁹ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.188.
- ⁴⁰ Pugliese destaca os dois pontos principais que Windscheid sustentou: “de una parte, la *actio* habría sido, no un poder secundario e instrumental respecto del derecho, sino un elemento primario, del cual el derecho habría derivado lógica e históricamente; de otra parte, la *actio*, en lugar de ser puesta a servicio del derecho, habría estado en lugar del derecho, en modo de deber considerarse como la expresión del derecho, y de equivaler no a la acción moderna sino a la pretensión”. PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJE, 1974. p.XVI.
- ⁴¹ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.193.
- ⁴² WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.194.
- ⁴³ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJE, 1974. p.XIV.
- ⁴⁴ Nas palavras de Muther, “no faltarán quienes entrevean en mis arcaes a la doctrina de Windscheid irritación, antipatía ou odio personal. La mala costumbre de nuestra época es interpretar la lucha contra una doctrina como dirigida contra la persona de adversario. Sepan pues todos que no conozco personalmente al Prof. Dr. Windscheid, ni he tenido con él ningún género de relaciones personales, y que, muy por el contrario, siento profundo respecto por el intrépido celo y la laboriosidad de ese erudito, y reconozco plenamente sus no pequeños méritos en el campo de la ciencia”. WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. pp.199-200.
- ⁴⁵ Segundo Muther, “como se vé, hay efectivamente derechos sin acciones. Pero de ahí se desprende también com meridiana claridad que, como dijimos, el ordenamiento jurídico romano no es el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles”. WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.234.
- ⁴⁶ Para Muther, “*actio* es pues la pretensión del titular frente al pretor a fin de que éste le confiera una fórmula para el caso de que su derecho sea lesionado. Por la fórmula se designa e instruye el iudex, es decir, se instaura el iudicium. Com ese iudicium, el titular sólo quiere lograr que se reconozca de hecho su derecho primitivo y esto solo puede cumplirse si toda persona tributa a esse derecho el respeto que le debe. Es así como debe entenderse la definición de Celso: Nihud aliud est *actio*, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi”. WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.246.
- ⁴⁷ Muther considera que “[...] el concepto romano del derecho de accionar debe entenderse de manera algo distinta de lo que sucede habitualmente. Pero al mismo tiempo resulta obvio que ese concepto, em su acepción romana, tiene aún realidade en derecho actual. También en nuestro médio, quien há sido lesionado en su derecho tiene derecho a la asistencia estatal (derecho de accionar) e, igual que para los romanos, los presupuestos de ese derecho son outro derecho y la lesión de este último”. WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.248.
- ⁴⁸ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.241.
- ⁴⁹ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.241-242.
- ⁵⁰ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.243-244.
- ⁵¹ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJE, 1974. p.XXXIV.
- ⁵² KUHLMAN, Sylvio Roberto Degasperi. A *Actio* sob a Ótica de Muther, a Partir da Definição de Celso. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Critica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.166.
- ⁵³ Wach se utilizou da noção de Muther de que a ação corresponde a um direito de exigir do Estado a tutela jurisdiccional.
- ⁵⁴ Nas palavras de Windscheid, “lo que ha inducido a escribir la réplica há sido sobre todo la manera em que el autor há formulado su crítica. Aunque asegura que siente por mi todo respeto, el tono que emplea no está en consonancia com esa afirmación. Es brusco, desdeñoso y revela franco menosprecio”. WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.295.
- ⁵⁵ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.296.
- ⁵⁶ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.296-297.
- ⁵⁷ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p.296.322.

- ⁵⁸ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.320.
- ⁵⁹ Windscheid esclarece que “De lo que se antecede se desprende que yo no niego de ninguna maneira el concepto de derecho de accionar que tiene el autor. Si no me he referido a el em mi trabajo, ello se debe a dos motivos: 1) ese derecho pertenece al campo del proceso y no al de derecho civil; 2) al combatir la incorrecta definición de la esencia de la actio, sólo toqué la concepción que vê en el derecho de accionar un derecho privado.” WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.323.
- ⁶⁰ Importante referir, como destaca Pugliese que “[...] ao poner en claro um derecho de la parte frente al Estado o frente al juez, no se excluye necesariamente la existencia de un poder del actor frente al adversário. La observación que se hace a menudo de que hoy el actor no opera ya directamente frente al adversario, sino que hace operar al juez o al oficial judicial, no impide constatar que la iniciativa del actor, quando él es realmente titular de derecho afirmado, pone en movimiento un mecanismo que conduce automáticamente, a través de la observancia de las obligaciones impuestas a los órganos jurisdiccionales, a la imposición de las medidas previstas respecto del demandado”. PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XXXV.
- ⁶¹ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XV.
- ⁶² É o que pode ser percebido, por exemplo, quando Windscheid diz que “mi opositor quiere conservar también para la hora actual la forma de expresión romana; quiere que se hable también hoy de derechos de accionar entendidos como derechos a la asistencia estatal. Ese concepto tendría valor real aún en nuestros días. Por cierto que lo tiene. Mas no forma ya parte del derecho material, sino del derecho procesal”. WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.320.
- ⁶³ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.355.
- ⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.8.
- ⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.9.
- ⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.10.
- ⁶⁷ PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p.XXXVI.
- ⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.11-12.
- ⁶⁹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.327.
- ⁷⁰ GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdiccion, Accion y Proceso)*. Madrid: Civitas, 1981. p.158-159. Posteriormente viriam as contribuições de Bulow, Goldschmidt e tantos outros.