Ação em sentido material ainda existe em nosso sistema? (parte 1)

Inicio, com enorme satisfação, a minha participação na Coluna Direito Civil Atual, dirigida pela Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo e coordenada pelos ministros Luís Felipe Salomão, Antonio Carlos Ferreira e Humberto Martins, ao lado dos professores Ignacio Poveda, Otavio Luiz Rodrigues Junior, José Antonio Peres Gediel, Rodrigo Xavier Leonardo e Rafael Peteffi da Silva. Este vem sendo, reconhecidamente, um espaço privilegiado para discussões verticalizadas, e ao mesmo tempo extremamente atuais, de dogmática jurídica de Direito Privado, e espero me manter fiel a essa proposta, a começar pelo tema ora enfrentado.

No Código Civil de 1916, havia dois artigos de teor emblemático, mas que sempre desafiaram a inteligência dos estudiosos (tanto dos mais atentos como dos mais despreocupados): estou me referindo aos artigos 75 e 76 do antigo Estatuto Civil. Eis o texto dos referidos dispositivos:

> "Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."
>
> "Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legitimo interesse econômico, ou moral."

Poucos foram os que conseguiram entender o verdadeiro sentido e a verdadeira importância dos citados dispositivos – neles, está em jogo um conceito hoje quase esquecido pela doutrina jurídica média brasileira, o conceito de *ação em sentido material*. Trata-se de conceito que, uma vez bem compreendido, corresponde à noção de *garantia*, o quarto elemento da teoria geral da relação jurídica, em sua versão original desenvolvida no âmbito da Escola Pandectista, no século XIX.

Em Portugal, graças a autores como Manuel Domingues de Andrade[1], Luís Cabral de Moncada[2] e Carlos Alberto da Mota Pinto[3] o elemento garantia permanece vivo na cultura jurídica daquele país – o que, não se pode negar, é facilitado pela redação exemplar dos artigos constantes do Subtítulo IV ("Do Exercício e da Tutela dos Direitos") do Título II ("Das Relações Jurídicas") da Parte Geral do Código Civil português, os quais tocam diretamente a matéria atinente à garantia das relações jurídicas em geral. Não é à toa que um grande civilista brasileiro já afirmou que o Código Civil português, embora diploma de Direito positivo, poderia perfeitamente servir como um manual didático de Direito Civil, dada a clareza de muitos de seus dispositivos e pela cientificidade exemplar subjacente à sua estrutura…

É com base na obra de Mota Pinto, por sinal, que podemos realizar uma formulação suficientemente precisa do que seja a garantia das relações jurídicas: trata-se do conjunto de meios que o ordenamento jurídico coloca à disposição do sujeito ativo de uma relação jurídica, a fim de assegurar a realização do seu direito subjetivo[4] (*rectius*, das posições jurídicas subjetivas titularizadas por esse sujeito ativo[5]). Estou convencido de que, para além dessa definição analítica do conceito de garantia, tal conceito igualmente corresponde, de forma sintética, à ideia de ação em sentido material, conforme será exposto infra.

No Brasil, porém, somente dispúnhamos dos artigos 75 e 76 do Código Civil de 1916 para o desenvolvimento de uma teoria geral da garantia no âmbito do Direito Civil. Como de costume, o grande autor brasileiro que se lança à tentativa de entender o funcionamento da garantia em geral das relações

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

jurídicas – em instante anterior, do ponto vista lógico, ao do *processo judicial* – foi Pontes de Miranda. E ele o faz com base no conceito de ação em sentido material, que expõe de modo magistral em diversos escritos[6].

É curioso assinalar, a essa altura, dado típico do pensamento ponteano: quando está se referindo à ação em sentido material, Pontes de Miranda grafa o vocábulo *ação* sem aspas; quando, contudo, esta a se referir à ação em sentido processual, o autor em comento grafa o vocábulo *ação* sempre entre aspas. Trata-se de recurso para trazer maior precisão científica no emprego de um termo polissêmico (o que deveria ser um objetivo almejado por todos estudiosos do Direito).

Para Pontes de Miranda, a ação em sentido material é um poder jurídico *de Direito material* (de Direito Civil, por exemplo), e não de Direito processual. É um poder jurídico (uma *situação* ou *posição* jurídica) que surge no polo ativo de uma relação jurídica de Direito material no exato momento em que a pretensão (igualmente de Direito material) é exercitada em face do polo passivo e é resistida, ou não é satisfeita. A partir desse momento lógico, o ocupante do polo ativo da relação (o *sujeito ativo*) passa do *poder exigir* (pretensão) ao *poder agir* (ação), e *poder agir* por *todos os meios que o ordenamento jurídico lhe assegure* (o que, como se pode notar, exprime o conceito de garantia da teoria geral da relação jurídica).

O que ocorre é que, no mais das vezes, desde o advento do Estado moderno, com o monopólio estatal sobre o uso da força e a vedação geral à autotutela, essa ação em sentido material terá que ser exercitada, terá que ser *canalizada*, por meio de uma "ação" processual, vale dizer, por meio do recurso ao Poder Judiciário, aos tribunais estatais[7]. O que poucos civilistas e processualistas brasileiros conseguiram entender foi que isso ocorre "no mais das vezes", na maioria das vezes. Mas não sempre.

O que Pontes de Miranda colocou em evidência foi a existência de um conceito de ação que preexiste ao momento *processual*, ao momento do processo judicial. Essa descrição foi adotada e desenvolvida por alguns autores posteriores, exemplo de Marcos Bernardes de Mello[8] e de Ovídio Baptista da Silva (o qual chega a afirmar que "as categorias jurídicas a que se dá o nome de *ação de depósito*, *ação de consignação em pagamento*, *ação de usucapião*, *ação de anulação de títulos ao portador*, e todas as demais – que deixem de ser 'abstratas', como deveria sê-lo a 'ação' processual – são categorias que pertencem ao direito material"[9]), mas de uma maneira geral não penetrou entre os civilistas e – especialmente – entre os processualistas pátrios.

A bem da verdade, pode-se creditar a uma espécie de *lobby* oriundo de setores da doutrina processual civil brasileira a não repetição, no Código Civil de 2002, de artigos com conteúdo semelhante aos artigos 75 e 76 do Código Civil de 1916.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Muitos processualistas brasileiros, impressionados com a luta histórica do Direito Processual por autonomia científica, sempre entenderam que a "ação" é assunto próprio e exclusivo do seu campo de estudo. E eles estão certos. Mas apenas no que se refere à "ação" em sentido processual, a pretensão e correlata "ação" exercitada pela parte autora em direção ao Juiz, tendo por objeto a prestação de tutela jurisdicional, e que se mostra como autônoma em relação ao direito subjetivo material e – segundo a doutrina dominante – "abstrata". Existe porém um universo mais amplo, que interessa ao Direito Civil e, mais do que isso, à Teoria Geral do Direito: o universo que se revela através da expressão *ação em sentido material*.

Mas em face da não repetição, no Código Civil de 2002, das normas contidas nos artigos 75 e 76 do antigo Código Beviláqua, é lícito perguntar: será que a figura da ação em sentido material continua presente, continua relevante, no ordenamento jurídico privado brasileiro?

A resposta é afirmativa, e passa pela detecção, no ordenamento legal, de diversos casos em que a ação em sentido material não se exerce através de "ação" em sentido processual, não se canaliza por meio de "ação" processual, não dependendo de atuação do Poder Judiciário. Vale referir os seguintes exemplos:

(i) a figura da legítima defesa (artigo 188, I CC), por meio da qual o titular de um direito subjetivo pode garantir, *por seus próprios meios*, a proteção desse direito ante uma agressão atual e contrária à lei;

(ii) o instituto do desforço imediato para a proteção do fato da posse (artigo 1.210, parágrafo 1º CC), através do qual o possuidor turbado ou esbulhado pode manter-se ou restituir-se pela sua própria força, desde que o faça logo e com proporcionalidade nos meios empregados;

(iii) o cumprimento específico assinalado a terceiro, em sede das dívidas de fazer e de não fazer, que em caso de urgência pode ser providenciado pelo credor independentemente de autorização judicial (artigo 249, parágrafo único e artigo 251, parágrafo único CC);

(iv) a compensação entre dívidas (artigo 368 e ss. CC).

São todos casos de ação em sentido material que não envolvem ajuizamento de "ação" em sentido processual, mostrando que o primeiro conceito permanece vivo dentro do nosso ordenamento jurídico (sendo, aliás, da maior importância compreender a sistemática própria, as características do regime jurídico comum subjacente a todas essas situações enumeradas). Resta claro, assim, que a ação em sentido material é um daqueles elementos tão enraizados na própria estrutura do sistema jurídico que, por mais que se tente retirá-la pela porta, ela insiste em retornar pela janela…

Na próxima coluna, prosseguiremos com o exame da ação em sentido material em busca das respostas a duas ordens de questões. Em primeiro lugar: a qual espécie de poder jurídico corresponde a ação material? Vale dizer: qual a sua natureza jurídica? E em segundo lugar: como se relacionam os momentos da pretensão (e respetiva ação) material, pré-processual e processual?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT e UFMG).*

[1] Cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 22-27.

[2] Cf. *Lições de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 236-237

[3] Cf. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 190-191; pp. 663-669.

[4] Cf. *Teoria Geral do Direito Civil cit.*, p. 190.

[5] Acerca da teoria das posições jurídicas subjetivas, cf. Giuseppe Lumia, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3ª ed. Milano: Giuffré, 1981, pp. 102-123 (existe excelente tradução em português, com adaptações e modificações, do capítulo atinente à Teoria da Relação Jurídica, por Alcides Tomasetti Jr., *mimeo*, São Paulo, 1999).

[6] Cf. *Tratado de Direito Privado*. t. V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, pp. 457 a 501; *Pretensão à Tutela Jurídica, Pretensão Processual e Pretensão Objeto do Litígio*. In: *Revista Forense* 171, 1957, pp. 21-30. Ainda, todo o *Tratado das Ações* (São Paulo: RT, 1971-…) é apresentado como um tratado das ações em sentido material.

[7] Cf. *Tratado de Direito Privado t. V cit.*, p. 478.

[8] Cf. *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia – 1ª Parte*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 191 e ss.; *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 11, 20 e 98.

[9] *Procedimentos Especiais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 159.

Date Created
16/05/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.