

A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL (CIVIL, PENAL, CONSTITUCIONAL)

THE ACTION OF SUBSTANTIVE LAW (CIVIL, CRIMINAL, CONSTITUTIONAL)

Edson Ribas Malachini¹



Um dos temas que têm fascinado os processualistas — e, de modo mais geral, os juristas —, em todos os tempos, é o tema da ação. Os juristas mais antigos, no tempo em que não estava nítida a separação entre o *direito material* e o *direito processual*, a situavam no campo do direito material ou substancial, chamando-a de “ação”, como aspecto do próprio *direito subjetivo*. Esse, diziam, era estático, enquanto aquela era dinâmica. Entre outras coisas, diziam que a ação era o direito reagindo à sua violação, o direito em pé de guerra; enfim, dois aspectos, ou momentos, do próprio direito subjetivo.

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialização pela Universidade Estadual de Maringá e pela Università Degli Studi di Milano (1987). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002). Professor Adjunto, aposentado, da Universidade Federal do Paraná, na graduação e na pós-graduação. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, sendo Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná e atualmente Advogado. Foi Professor e Diretor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro Fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual e da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Membro Honorário da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro).

1 A QUESTÃO

Um dos temas que têm fascinado os processualistas — e, de modo mais geral, os juristas —, em todos os tempos, é o tema da ação. Os juristas mais antigos, no tempo em que não estava nítida a separação entre o direito material e o direito processual, a situavam no campo do direito material ou substancial, chamando-a de “ação”, como aspecto do próprio direito subjetivo. Esse, diziam, era estático, enquanto aquela era dinâmica. Entre outras coisas, diziam que a ação era o direito reagindo à sua violação, o direito em pé de guerra; enfim, dois aspectos, ou momentos, do próprio direito subjetivo.

PONTES DE MIRANDA explicou, com mestria inexecedível (especialmente no Tratado de Direito Privado, nos Comentários ao Código de Processo Civil e no Tratado das Ações), que na esfera do direito subjetivo, em sentido amplo, se compreendem o direito subjetivo, em sentido estrito, a pretensão e a ação. Ao direito corresponde o dever, à pretensão a obrigação, e à ação a sujeição a ela. Não quis ele chamar a ação de direito de ação, argumentando que isso seria confundir os dois conceitos; e criticou o Código Civil alemão, de 1896 (o *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) — o primeiro a definir o conceito de pretensão —, justamente por ter, em tal definição, dito que ela é um direito. Assim, nem a pretensão, nem a ação, deveriam ser chamadas de direito, pois teríamos, nitidamente distintos: direito, pretensão e ação.

Mas o próprio mestre explica ser a pretensão o poder de exigir de outrem uma ação ou abstenção; e podemos dizer que o direito subjetivo é, em síntese, uma situação de vantagem em favor de seu titular, prevista no ordenamento jurídico do país. Há poderes contidos no direito subjetivo, sendo ele, em si, um complexo de poderes. É o resultado da incidência da lei (*lato sensu*) sobre um suporte fático (*Tatbestand*) adequado; é efeito de tal incidência, situando-se, pois, no plano da eficácia (na já clássica distinção entre os planos da existência, da validade e da eficácia dos fatos jurídicos). Com a incidência da lei sobre um fato, que reúne os elementos necessários nela previstos (no Direito Penal chamado de fato típico, ou simplesmente tipo – *Tatbestand*), tal fato ingressa no chamado mundo jurídico, tornando-se um fato jurídico e produzindo efeitos, um dos quais é, justamente, o direito subjetivo.

Então, se o direito subjetivo é, em suma, um complexo de poderes; e se a pretensão é o poder de exigir de outrem uma ação ou abstenção, seria errôneo definir a pretensão como o direito (poder) de fazer tal exigência? Assim fez o Código Civil alemão de 1896, de maneira indireta, ao dizer que ela (a pretensão – *Anspruch*) está sujeita à prescrição (§ 194, 1): “Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (*Anspruch*), unterliegt der Verjährung” [O

direito de exigir de outrem uma ação ou abstenção (pretensão) sujeita-se à prescrição].

PONTES DE MIRANDA mostrou como ninguém a existência da trilogia: direito, pretensão, ação; e teve grande preocupação em desfazer a confusão que grassava entre esses três conceitos. Mas o uso do vocábulo ação, em lugar de direito de ação ou direito de agir — falando-se em ação de direito material, ao invés de direito material de ação ou direito material de agir-, gerou uma reação despropositada dos processualistas ao conceito, pois viram o terceiro elemento da trilogia não como um poder, derivado de uma situação fático-jurídica prevista na lei (de direito material), mas como um agir; estabeleceu-se, aí, a recorrente confusão entre o direito e o exercício dele.

O essencial, nessa questão, é ver que ter a chamada ação de direito material não consiste num efetivo agir, mas tão somente em estar numa situação fático-jurídica, prevista pela lei (de direito material), em que se pode agir. Trata-se de um poder jurídico que, como todo poder, pode-se efetivamente exercer ou não. E é tão solar a existência desse poder de agir que ele está presente em qualquer lei de direito material (mais numerosamente no Código Civil), quando ela prevê a situação, em que o titular do direito deve se encontrar, para que possa exercê-lo. Por isso é que, na lição irrefutável do mestre referido, tal poder de agir, nessa situação, faz parte da *res in iudicium deducta*, do mérito da causa, tanto como o direito subjetivo básico e como a pretensão. Não basta ao juiz verificar se está presente, *in casu*, tal direito subjetivo (como, e.g., o direito de crédito) e a pretensão (poder de exigir a prestação vencida), mas impende que ele verifique ainda se tal direito foi violado e se surgiu então, para o autor da demanda, o poder de agir: isto é, se ele, autor, se encontrava, efetivamente, na situação fático-jurídica prevista na lei para tanto. Não basta, em suma, verificar se o autor tinha o direito (no exemplo, o crédito): é preciso examinar ainda se já havia a pretensão (dívida vencida) e se o direito foi, efetivamente, violado, fazendo surgir o poder de agir (*actio nata*). Tudo isso compõe o *meritum causae*; de modo que a dicção comum — o juiz julgou que o autor “tinha o direito” — deve ser entendida no sentido completo: o juiz julgou que ele, autor, não só tinha o direito subjetivo alegado (o crédito) mas também que a prestação vencida, apesar de exigida, não foi feita, lesando-se, assim, tal direito. Pode-se dizer, pois, que a trilogia direito, pretensão e ação, no exemplo dos direitos obrigacionais, melhor é entendida como direito de receber (crédito), poder de exigir (prestação vencida) e poder de agir (decorrente da violação daqueles, pela falta do cumprimento).

2 A LEI DE DIREITO MATERIAL

2.1. É fácil demonstrar como, em cada caso, a lei de direito material prevê as situações fáctico-jurídicas em que se pode efetivamente agir para fazer valer o próprio direito subjetivo e a pretensão. Mais: tal lei indica também o modo pelo qual podem, em cada uma dessas situações, ser tornados efetivos o direito e a pretensão; indica se há possibilidade para a realização da mesma prestação não cumprida ou se, não sendo isso possível, há opção em favor do titular da ação; e indica, ainda, quem está legitimado a exercê-la e contra quem.

Isso ocorre nas diversas leis de direito material, sejam de direito privado, sejam de direito público. Para demonstrá-lo vamos ater-nos ao Código Civil, sem dúvida a mais extensa e a mais básica lei de direito material, já que cuida dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções de todas as pessoas; é, depois da Constituição, o estatuto fundamental da cidadania. Nesse Código, tal previsão aparece, só diretamente com a palavra "ação", nada menos do que 73 (setenta e três) vezes. Vejamos:

[Fraude contra credores] "Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé."

[Prescrição] "Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente." "Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: [...] III – pendendo ação de evicção." "Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva." "Art. 206. Prescreve: § 1º Em um ano: [...] II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador [...]."

[Solidariedade passiva] "Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores." "Art. 280. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida."

[Pagamento] "Art. 306. O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do

devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação."

[Novação] "Art. 363. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição."

[Cláusula penal] "Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota. Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena."

[Venda com reserva de domínio] "Art. 526. Verificada a mora do comprador, poderá o vendedor mover contra ele a competente ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida."

[Doação] "Art. 560. O direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide." "Art. 561. No caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado."

[Empreitada] "Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito."

[Mandato] "Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores." "Art. 671. Se o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, comprar, em nome próprio, algo que devera comprar para o mandante, por ter sido expressamente designado no mandato, terá este ação para obrigá-lo à entrega da coisa comprada." "Art. 673. O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente." "Art. 679. Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções."

[Comissão] "Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes."

[Transporte] "Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva." "Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecendo o disposto em lei especial. Parágrafo único. O transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento." "Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência." "Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos. Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega."

[Seguro] "Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. § 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente." "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório." "Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já

formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago."

[Gestão de negócios] "Art. 867. Se o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto, ainda que seja pessoa idônea, sem prejuízo da ação que a ele, ou ao dono do negócio, contra ela possa caber. Parágrafo único. Havendo mais de um gestor, solidária será a sua responsabilidade."

[Pagamento indevido] "Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador."

[Títulos de crédito] "Art. 899. O avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ou devedor final. § 1º Pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores. § 2º Subsiste a responsabilidade do avalista, ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma." "Art. 909. O proprietário, que perder ou extraviar título" [ao portador], "ou for injustamente desapossado dele, poderá obter novo título em juízo, bem como impedir sejam pagos a outrem capital e rendimentos. Parágrafo único. O pagamento, feito antes de ter ciência da ação referida neste artigo, exonera o devedor, salvo se se provar que ele tinha conhecimento do fato." "Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título. § 1º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna devedor solidário. § 2º Pagando o título, tem o endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores." "Art. 915. O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação." "Art. 916. As exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé."

[Responsabilidade civil] "Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)." "Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu

o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido."

[Liquidação de sociedades] "Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembleia. Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de trinta dias, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber." "Art. 1.110. Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida em partilha, e a propor contra o liquidante ação de perdas e danos."

[Nome empresarial] "Art. 1.167. Cabe ao prejudicado, a qualquer tempo, ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato."

[Posse] "Art. 1.212. O possuidor pode intentar ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era."

[Aquisição da propriedade imóvel] "Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel."

[Condomínio] "Art. 1.318. As dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante; mas terá este ação regressiva contra os demais." "Art. 1.358-D. [Incluído pela Lei 13.777, de 2018] O imóvel objeto da multipropriedade: I – é indivisível, não se sujeitando a ação de divisão ou de extinção de condomínio; II – inclui as instalações, os equipamentos e o mobiliário destinados a seu uso e gozo."

[Propriedade resolúvel] "Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor."

[Penhor] "Art. 1.435. O credor pignoratício é obrigado: [...] II – à defesa da posse da coisa empenhada e a dar ciência, ao dono dela, das circunstâncias que tornarem necessário o exercício de ação possessória [...]."

[Hipoteca] "Art. 1.481. Dentro em trinta dias, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu. [...] § 4º Disporá de ação regressiva contra o vendedor o

adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais."

[Invalidade do casamento] "Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público." "Art. 1.555. O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários. [...]" "Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de: I – cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550; II – dois anos, se incompetente a autoridade celebrante; III – três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557; IV – quatro anos, se houver coação. [...]" "Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade."

[Dissolução da sociedade e do vínculo conjugal] "Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. [...]" "Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I – evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado." "Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges. Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão."

[Proteção da pessoa dos filhos] "Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da

distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. [Redação da Lei 11.698, de 2008] [...]"

[Filiação] "Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação." "Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo." "Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade." "Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade."

[Alimentos] "Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide." "Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência." "Art. 1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça."

[Petição de herança] "Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua." "Art. 1.825. A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários."

[Sonegados] "Art. 1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança. Parágrafo único. A sentença que se proferir na ação de sonegados, movida por qualquer dos herdeiros ou credores, aproveita aos demais interessados."

[Pagamento de dívidas em inventário] "Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os

herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. § 1º Quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas constantes de documentos, revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que não se funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução. § 2º No caso previsto no parágrafo antecedente, o credor será obrigado a iniciar a ação de cobrança no prazo de trinta dias, sob pena de se tornar de nenhum efeito a providência indicada." "Art. 1.999. Sempre que houver ação regressiva de uns contra outros herdeiros, a parte do co-herdeiro insolvente dividir-se-á em proporção entre os demais."

2.2. Com o vocábulo ação no plural temos, ainda no Código Civil, os seguintes dispositivos:

[Ausência] "Art. 32. Empossados nos bens, os sucessores provisórios ficarão representando ativa e passivamente o ausente, de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele forem movidas."

[Bens imóveis e móveis] "Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II – o direito à sucessão aberta." "Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações."

[Invalidade do negócio jurídico] "Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor."

[Pagamento com sub-rogação] "Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores." "Art. 350. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor."

[Compra e venda] "Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. § 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria

realizado o negócio. § 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso. § 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expreso, ter sido a venda *ad corpus*." "Art. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título. Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência."

[Venda com reserva de domínio] "Art. 528. Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato."

[Depósito] "Art. 636. O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira."

[Mandato] "Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador. Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado."

[Seguro] "Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. § 1º Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins. § 2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo." "Art. 800. Nos seguros de pessoas, o segurador não pode subrogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro."

[Habilitação para casamento] "Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os

fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu. Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé."

[Regime de bens entre os cônjuges] "Art. 1.645. As ações fundadas nos incisos III, IV e V do art. 1.642 competem ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros."

[Tutela] "Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: [...] V – propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos."

3 A AÇÃO (DE DIREITO MATERIAL) E O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À TUTELA JURÍDICA²

Todas essas disposições do Código Civil — e seria fácil mostrá-las em outras leis de direito material, quer de direito privado, quer de direito público, como antes se disse — evidenciam, a nosso ver, que a ação existe, a partir da incidência da lei sobre um fato efetivamente ocorrido (e nela previsto), antes de qualquer ato postulatório em juízo. Como já se anotou, é preciso sempre distinguir a existência da ação de seu exercício. Quando se propõe a ação em juízo (expressão empregada diversas vezes pelo Código Civil, como visto nos artigos acima transcritos), se está exercendo algo de que se é titular, por atribuição da lei. Mas pode-se, é claro, ter a ação e não exercê-la, como se pode ter qualquer direito e não exercê-lo.

Uma das expressões mais usadas pelas leis de direito material (como se viu, aliás, dos artigos do Código Civil transcritos) é, justamente, a de que o titular de um direito tem ação, para tornar efetivo tal direito e a pretensão dele decorrente, quando essa — que é exigibilidade para a satisfação —, exercida, não foi satisfeita pelo obrigado; e a ação faz parte da pretensão, é elemento dela, como explicou PONTES DE MIRANDA. E para tornar efetivo o direito e a pretensão, o respectivo titular tem de pedir ao Poder Judiciário que, depois de verificar que ele realmente tem, no caso concreto, o direito, a pretensão e a ação alegados, emita um provimento declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo; e, ainda, que, na sequência desse provimento, pratique ou ordene os atos complementares para realizá-lo. Ou, se tiver um título executivo — que o autoriza a, desde logo, pedir ao juízo os atos materiais necessários à realização do direito e da pretensão, que o título faz presumir até demonstração cabal em contrário pelo devedor —, o respectivo titular tem de fazer o pedido desses atos, ao órgão jurisdicional.

² Vide, em sintonia com a doutrina de PONTES DE MIRANDA e com este ensaio, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da Ação de Direito Material. Salvador: JusPODIVM, 2008.

Ao fazer isso o titular estará exercendo um outro direito e outra pretensão, que têm base constitucional (Const. Fed., art. 5º, XXXV) — o direito e a pretensão à tutela jurídica, prometida pelo Estado, que dela se tornou devedor e obrigado quando proibiu a justiça de mão própria e estabeleceu o monopólio da jurisdição —, uma vez que não pode exercer sua ação (de direito material, por ser estabelecida pela lei de direito material) diretamente, por atos próprios: não pode, por exemplo, tomar um bem de propriedade do devedor e vendê-lo, ou ficar com ele para si, para pagar-se de dívida de valor correspondente. Só em raros casos excepcionais (como a defesa da posse ou a “venda amigável” da coisa empenhada, permitida pelo contrato ou pelo devedor [Cód. Civil, art. 1.433, IV]), autorizados expressamente pela lei, é que pode fazê-lo. E é evidente que a ação de direito material não se restringe a esses casos — ela se exerce em todos os casos em que é proposta em juízo —, erro em que incorrem alguns processualistas que não querem reconhecer-lhe a existência, por confundi-la com o que PONTES DE MIRANDA chama de “ação”, ou remédio jurídico processual, que corresponde ao exercício do direito e da pretensão à tutela jurídica; aqueles, sim, previstos e regulados, como matéria própria, nas leis processuais, especialmente no Código de Processo Civil, para atender ao dever e à obrigação do Estado. Tais direito e pretensão (assim como os correspondentes dever e obrigação) situam-se sempre no campo do direito público, e, exercidos, estabelecem a relação jurídica processual entre o titular do direito, da pretensão e da ação de direito material e o Estado (relação que se angularizará, formando outro polo, com a citação do réu); já o direito, a pretensão e a ação alegados, como *res in iudicium deducta*, na petição inicial da “ação” protocolada em juízo, podem ser de direito privado (civil, comercial) ou de direito público (constitucional, administrativo, tributário), e decorrem de relação jurídica de direito material entre o respectivo titular e o obrigado (em sentido amplo), ente público ou privado. Os primeiros são, sempre, direito subjetivo e pretensão públicos; os segundos, direito subjetivo e pretensão privados ou públicos.

Vimos exemplos abundantes da previsão da ação de direito material no campo do direito privado, em seu estatuto básico (o Código Civil). Para lembrar apenas um no campo do direito público, vejamos um dos mais expressivos, qual seja o do mandado de segurança. Desde logo está ele previsto, como direito fundamental (ao lado de outros e da previsão geral do inc. XXXV, antes mencionado), no inc. LXIX do art. 5º da Constituição Federal. Aí se preceitua, inicialmente, que se pode exercer tal ação (“conceder-se-á mandado de segurança”), que é uma das mais típicas ações mandamentais, quando se alega a necessidade de proteção a direito certo e líquido, ameaçado ou violado, com “ilegalidade ou abuso de poder”, por “autoridade

pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Ora, a Constituição é a lei material fundamental (embora contenha algumas regras processuais) e, no caso, prevê a hipótese em que a alguém, ou a alguma pessoa jurídica, cabe impetrar tal proteção do Estado. O modo de processar tal impetração é regulado pela lei processual (no caso, a Lei 12.016, de 2009, como poderia ser o Código de Processo Civil, que, aliás, tem aplicação subsidiária), mas ela não pode prever casos de cabimento sem os requisitos da lei fundamental, nem negá-lo em hipóteses contempladas nessa. É a lei material, portanto — no caso, a Lei Maior —, que prevê a situação fático-jurídica em que se considera existente a ação mandamental, em que o titular do direito certo e líquido tem tal ação. Proposta que seja ela, somente no final do processo (concedida ou não medida liminar) é que o juiz verificará se existia, efetivamente, o direito certo e líquido (comprovado documentalmente), a pretensão e a ação; isto é, se o proponente estava, realmente, na situação fático-jurídica em que a lei material fundamental concede-lhe a faculdade de invocar a tutela jurídica (ou jurisdicional) do Estado, possibilita-lhe invocá-la. Para tanto ele terá de demonstrar, apenas documentalmente (daí a certeza e liquidez do direito), que houve o fato da ameaça ou da violação a direito seu, e o fato de que tal ato foi praticado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”; e terá de demonstrar, ainda, como é lógico, que ele era, efetivamente, titular do direito subjetivo (público ou privado, previsto na própria Constituição ou em outra lei) ameaçado ou violado. Se for um servidor público, por exemplo, deverá demonstrar que tal ato feriu um direito seu assegurado no estatuto dos funcionários públicos ou em outra lei, ou na própria Constituição (o direito certo e líquido a que, primacialmente, essa se refere).

A Lei 12.016, de 2009, atual Lei do Mandado de Segurança (sucessora da Lei 1.533, de 1951, que vigorou entre nós por longos anos), tem algumas disposições de direito material ao lado da maior parte de disposições de direito processual. São da primeira espécie as dos arts. 1º, 3º, 5º, 21 e 23:

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. § 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de

gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público. § 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança." "Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente. Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação." "Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III – de decisão judicial transitada em julgado. Parágrafo único. [Vetado]" "Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante." "Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado."

A nosso ver, torna-se impossível — ante todas as disposições das leis materiais nesse sentido —, não ver a ação já existente, para o titular do direito e da pretensão, antes de qualquer propositura em juízo; ou seja, já existente, já nascida (*actio nata*) no momento da violação (ou ameaça dela) do direito, que é o fato previsto na própria lei material, com as suas circunstâncias — o suporte fático —, para fazê-la nascer. Tanto é assim que o respectivo titular pode exercê-la ou não; apesar da violação, pode conformar-

se com ela, ou deixar de propor a ação por qualquer outro motivo. A ação já existia para ele, ele já a tinha, concedida pela mesma lei que incidiu para a criação de seu direito subjetivo e das respectivas pretensões, a lei de direito material. Em outras palavras, ele estava na situação fático-jurídica nela prevista para poder agir (quase sempre através de pedido ao Poder Judiciário) para tornar efetivos seu direito e pretensão. Por isso a ação é de direito material.

No momento em que o titular vai a juízo, para propor a ação, ele já a está exercendo, e aí invoca outro direito: o direito público subjetivo e a pretensão à tutela jurídica, de assento constitucional (Const. Fed., art. 5º, XXXV). O juiz, ao final do processo (e talvez antes, em antecipação provisória da tutela), poderá reconhecer, ou não, que o autor tinha a ação alegada, que estava, efetivamente, na situação fático-jurídica prevista na lei material para o respectivo exercício, ou que não a tinha, porque os fatos provados não demonstraram tal situação. A sentença poderá estar certa ou errada, ser justa ou injusta; mas, de qualquer maneira, ela estará reconhecendo ou não uma situação pré-existente exposta pelo autor, que, segundo ele, fez nascer a sua ação.

Por tudo isso é que PONTES DE MIRANDA, no Tratado das Ações³, nos diversos tomos respectivos, estudou minuciosamente cada uma das ações, a partir das leis de direito material (privado ou público), dedicando cada tomo, após o tomo I, tratando da teoria geral ("Ação, classificação e eficácia"), a cada uma das classes, segundo a eficácia preponderante que se espera da sentença favorável: ações declarativas (tomo II), ações constitutivas (tomos III e IV), ações condenatórias (tomo V), ações mandamentais (tomo VI) e ações executivas (tomo VII).

E tem toda a razão PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, ao dizer:⁴

"Do ponto de vista teórico, a teoria da ação de direito material possibilita, dentre outros benefícios: i) uma compreensão integral da própria estrutura da relação jurídica em sua extensão; ii) uma visão mais precisa de fenômenos como a prescrição, possibilitando a percepção de que o fato jurídico prescricional atinge a ação (e a pretensão), deixando incólume o direito subjetivo; iii) entender, com maior nitidez, fenômenos como o da exceção de direito material; iv) subsidiar a interpretação do direito, principalmente se tomarmos em consideração o uso, não raro, da palavra ação em textos jurídicos (sentido amplo) para designar uma realidade situada exclusivamente no plano do direito material".

Mas o que é decisivo, a nosso ver, é, simplesmente, que essa é uma realidade que não pode

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomos I a VII, 1970-1978).

⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material. Salvador: JusPODIVM, 2008 – Conclusão 13.1, p. 161.

ser negada. Mesmo que o legislador do direito processual quisesse pôr todas essas hipóteses que fazem nascer as ações, previstas hoje e sempre, abundantemente, nas leis materiais (em maior número no Código Civil) — que, afinal, regulam a vida, a personalidade, o patrimônio, os direitos, os deveres, as pretensões e as obrigações, inclusive as decorrentes de fatos ilícitos —, no Código de Processo Civil e em outras leis processuais, isso iria contra a própria natureza das coisas. É a lei material que pode atribuir ações aos que foram lesados ou, simplesmente, ameaçados; é ela que pode prever o conteúdo dessas ações, dizer o que os titulares dos direitos e das pretensões podem reclamar, quando o podem fazer, quem está legitimado a exercê-las e contra quem as podem dirigir. Ao direito processual cabe regular a forma como a existência dessa ação será verificada em juízo, desde a petição inicial que consubstancia a demanda (a “ação”) e, protocolada, dá início ao processo, seguindo-se, normalmente, o chamamento do réu, a instauração do contraditório e o desenvolver daquele até a formação da *res iudicata*. E, como se tem dito, ao alegar em juízo seu direito subjetivo (privado ou público), sua pretensão e ação, o respectivo titular está exercendo outro direito subjetivo (sempre público) e outra pretensão (à tutela jurídica), ainda de direito material (constitucional e pré-processual), esses dirigidos ao Estado. Por outro lado, é preciso sempre lembrar que, iniciada a demanda, a pretensão à tutela jurídica surge igualmente para o réu.

4 AÇÕES CONSIDERADAS BENS E OUTRAS FORMAS DAS LEIS MATERIAIS PARA SE REFERIR AO PODER DE AGIR (AÇÃO)

4.1. Como vimos das transcrições acima (nº 2.2), o Código Civil considera “imóveis para os efeitos legais” “os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram” (art. 80, I); e considera “móveis para os efeitos legais” “os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes” (art. 83, II) e “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações” (art. 83, III).

Tal é a força da existência por si das ações, antes de haver processo, que elas chegam a ser consideradas bens (imóveis ou móveis, conforme os objetos e a classe dos direitos a que se ligam). Isso acontece, outrossim, com os próprios direitos subjetivos, como se vê não só no Código brasileiro mas, por exemplo, no Código Civil alemão (§ 96 – “*Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, gelten als Bestandteile des Grundstücks*” [Direitos que são conectados com a propriedade de um terreno são considerados partes desse terreno]) e no Código Civil suíço, neste caso os direitos autônomos e permanentes inscritos no registro imobiliário, como a servidão autônoma (art. 656) (“Art. 655. 1. *La propriet*à

fondriaria ha per oggetto i fondi. 2. Sono fondi nel senso di questa legge. 1) i beni immobili; 2) i diritti per sé stanti e permanenti intavolati nel registro fondiario [...]”).

E o princípio é velho — inclusive com expressa referência às ações, como no Código brasileiro —, vindo desde as fontes romanas (L. 15, D., de *diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: “*Is, qui actionem habet ad rem recipiendae, ipsam rem habere videtur*” [Considera-se que, quem tem ação para recuperar uma coisa, tem a própria coisa]), passando pelo Código Civil francês de 1804 (“Art. 526. *Sont immeubles, par l’objet auxquels ils s’appliquent: L’usufruit des choses immobilières; Les servitudes ou services fonciers; Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*”; “Art. 529. *Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers [...]*), pelo Código Civil brasileiro de 1916 (arts. 44, I e III, e 48, I-III) e pelo Código Civil italiano de 1942 (Art. 813 – “*Salvo che dalla legge risulti diversamente, le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle azioni relative; le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti*”).

Por outro lado, o atual Código Civil brasileiro, ao falar do “pagamento com sub-rogação”, tal como já fazia o Código de 1916 (art. 988), explicita também, no art. 349 (como vimos em transcrição acima [nº 2.2]), que “a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores” — o que demonstra que as ações, assim como os “direitos”, os “privilégios” e as “garantias”, são bens jurídicos (que nascem e existem antes de haver processo, evidentemente), aptos inclusive a ser transferidos de um titular para outro.

4.2. A lei material ou substancial usa, igualmente, diversas outras formas para se referir ao poder, que surge para o titular do direito e da pretensão, de efetivamente agir, quando, num certo momento da existência deles, ocorre uma violação (ou ameaça dela), pelo descumprimento do dever e da obrigação por parte do respectivo sujeito passivo.

Por exemplo, com a palavra exigir temos, no Código Civil, o art. 12, do seguinte teor: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. [...]” Naturalmente, à eventual exigência feita diretamente ao ameaçador ou lesante, que corresponde ao exercício da pretensão ao respeito de todos à personalidade (direito absoluto), deve seguir-se a exigência atuante, consistente no exercício da ação contida na pretensão, com sua propositura em juízo. Tudo isso está compreendido na expressão legal “pode-se exigir”, não tendo a lei aqui, como em inúmeras outras passagens, usado o próprio vocábulo ação, como feito em tantos dispositivos

anteriormente reproduzidos (supra, ns. 2.1 e 2.2). E temos ainda os seguintes dispositivos que, à falta de espaço, deixamos de aqui reproduzir, ressaltando os passos relevantes e comentando-os, como seria ideal: arts. 236, 251 (com o parágrafo único permitindo, em mais um caso, a justiça de mão própria: "Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido"), 260, 261, 262, 267, 270, 275, 283, 321 (com direito de retenção), 395, 411, 416, 418, 419, 436, 463, 475, 476, 500, 553, 570, 590, 604, 614, 619, 644, 700, 703, 770, 815, 826, 855, 901, 923, 943, 950, 1.027, 1.103-V, 1.110, 1.279, 1.280, 1.281, 1.286, 1.287, 1.293, 1.302, 1.320, 1.400, 1.418, 1.445, 1.490, 1.918, 1.953, 2.000.

O vocábulo exigir, nesses casos, em geral está acompanhado da forma verbal pode ou poderá (ou, eventualmente, não pode ou não poderá), ou da locução tem direito de, ou terá direito de (ou, eventualmente, não tem ou não terá direito de); e essa (ao lado da própria palavra ação, no singular ou no plural, como vimos) é uma das formas preferidas pelo Código Civil para conferir (ou, eventualmente, negar) não só a pretensão (poder apenas de exigir, "premir para que outrem aja"⁵) mas o poder maior que ela contém, a ação (poder de agir, de realizar aquela, de torná-la efetiva, quase sempre através da jurisdição).

Outras formas, com que o Código Civil contempla os titulares de direitos e pretensões com a ação, ocorre pelo uso de verbos como reclamar (arts. 12, 150, 181, 236, 255, 307, 353, 437, 442, 500, 845, 1.247, 1.289 e 1.699), pedir (arts. 419, 465, 475, 478, 567, 1.115, 1.122 § 3º, 1.572 §§ 1º-3º, 1.694, 1.821, 1.924, 1.968 § 1º), pleitear (arts. 119, 158 § 2º, 178, 179, 480, 1.647-II, 1.649, 1.691 § ún.), demandar (arts. 268, 414, 457, 831, 939 e 940 [proibição de], 1.559, 1.642-IV, 1.782, 1.815 §§ 1º-2º [red. da L. 13.532/2017], 1.817, 1.824, 1.827), promover (39 § ún., 69, 641, 1.037, 1.122, 1.433-IV e VI, 1.456 e 1.478), etc. — em geral acompanhados, igualmente, da forma verbal pode ou poderá (ou, eventualmente, não pode ou não poderá), ou da locução tem direito de, ou terá direito de (ou, eventualmente, não tem ou não terá direito de).

E o Código usa, ainda, de expressões mais específicas, correspondentes às ações de reivindicação e de resolução (de negócios jurídicos), especificando, assim, o tipo da exigência, reclamação ou pedido. Assim é que se diz que o titular do direito e da pretensão pode ou poderá, ou tem ou terá o direito de: a) reivindicar (arts. 637, 878 § ún., 896, 1.228 [no caput usa-se o verbo equivalente reaver – cf. o § 4º], 1.247 § ún., 1.314, 1.359, 1.642-III e V, 1.675 e 1.676); b) resolver ("a obrigação", no sentido de negócio jurídico obrigacional, arts. 235, 237, 567, 599 e 766).

Quanto a outra ação específica, a de anulação, o Código usa expressões como é ou são anuláveis, ou se refere a poder-se anular ou ao direito de anular, em inúmeros dispositivos (arts. 45 § ún., 48 § ún., 117, 119, 138, 141, 145, 148, 157 § 2º, 158, 159, 171, 177, 214, 461, 496, 533-II, 550, 849, 1.078 § 4º, 1.550, 1.551, 1.552, 1.555, 1.556, 1.558, 1.560 §§ 1º-2º, 1.649, 1.909 e 2.027). Aqui é de lembrar que nem sempre é necessário que ocorra uma violação ou lesão de direito para que se tenha a ação, como se dá com as ações declarativas e com muitas ações constitutivas; e que, em casos em que tem a ação (constitutiva negativa) de anulação, o respectivo titular pode, ao invés de exercê-la, confirmar ou ratificar o negócio jurídico anulável, expressa ou tacitamente (Cód. Civil, arts. 172-174) — o que mostra, mais uma vez, que se pode ter uma ação e não exercê-la (no caso, não propô-la em juízo). Mais: o art. 175 (tal como já dispunha o art. 151 do Código Civil de 1916, que falava em "renúncia") reza: "A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor". Ora, só se extingue, evidentemente, o que já existe; só se deixa de ter o que já se tinha, ou de dispor do que já se dispunha.

5 A DIFICULDADE INERENTE À PALAVRA AÇÃO

5.1. A maior dificuldade, parece-nos, para bem se entenderem esses conceitos, é o fato de que a palavra ação, normalmente, nos sugere atividade, movimento, atuação. Daí certa resistência em ver a ação de direito material, que é ação em potência, possibilidade, poder ou faculdade de agir, que, como todo poder ou faculdade, pode ser exercido ou não — assim como podem ser exercidos, ou não, os direitos e as pretensões. Essa possibilidade existe, para o titular do direito e da pretensão, sempre que ele estiver na situação fáctico-jurídica prevista na lei (material!) em que, além de lhe facultar exigir, ela lhe permite, em caso de não atendimento, ir além e agir para a satisfação da mesma pretensão (o que faz, em regra, pedindo isso ao Poder Judiciário).

Mas uma consulta ao dicionário (Houaiss) nos permite constatar que o vocábulo ação, se bem tenha, como primeira acepção, "[1] ato ou efeito de agir" [ex.: "ações valem mais do que palavras"], tem também as de "[2] capacidade, possibilidade de executar alguma coisa" e de "[4] faculdade de agir, de se mover" [ex.: "a notícia deixou-o sem ação"]. Além disso, o mesmo dicionário nos lembra que há, mais, uma acepção econômica do vocábulo: "[14] cada uma das partes em que se considera dividido o capital de uma sociedade

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 5, 5, p. 80 (1. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 5, 5, p. 48). Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo v, § 617, 5, p. 461.

anônima; título ou documento de propriedade, negociável e transmissível, nominativo ou ao portador, representativo de uma fração desse capital, e cujo valor nominal indica o limite dos direitos e obrigações do seu titular; papel" — acepção essa que é também jurídica, usada pelo Código Civil (arts. 1.088 e 1.090) e pela legislação especial (art. 1.089). E a etimologia (ainda segundo o Houaiss) nos esclarece que tal acepção econômica da palavra (do lat. *actio, actionis*) se deve a "influência semântica do francês *action* (no sentido definido) (1669), no qual ocorre por extensão, a partir da acepção jurídica 'processo judiciário' (1260), uma vez que, munido de uma apólice, a qual seria uma prova de seus direitos sobre o patrimônio comum, um associado poderia intentar uma ação na justiça sobre os fundos da associação". E, quanto à acepção jurídica propriamente dita, apresenta-se, antes da de [20] "meio processual pelo qual se pode reclamar à justiça o reconhecimento, a declaração, a atribuição ou efetivação de um direito, ou, ainda, a punição de um infrator das leis penais", a de "faculdade de invocar o poder jurisdicional do Estado para fazer valer um direito que se julga ter" [grifo nosso]. O mesmo precioso dicionário elucida, ainda, que a raiz *ag-* vem "do verbo latino *ago, agis, ēgi, actum, agere*", cujo primeiro significado era o de "impelir, fazer andar à sua frente" (por oposição a *dūca*, 'andar à frente de, guiar' – ver – *duz-*). Finalmente, que faculdade [do "latim *facultas, facultatis*, no sentido de 'facilidade, faculdade, meio, poder, possibilidade, força, virtude, propriedade, talento natural, capacidade, arte'", tem, entre as acepções comuns, as de "[1] possibilidade, natural ou adquirida, de fazer qualquer coisa; capacidade" [ex.: "faculdade de falar"], e "[3] licença ou permissão que se dá a alguém" [ex.: "faculdade para dispor do patrimônio"]; e que a locução "faculdade jurídica" significa "poder de quem é civilmente capaz para agir ou fazer, como sujeito ativo ou passivo, defendendo, adquirindo ou exercitando direitos, com o objetivo de obter um resultado jurídico" [grifo nosso].

De qualquer maneira, a mesma dificuldade existe para os que pensam que a ação é só processual. Embora falem eles em direito de ação — o que, na verdade, corresponde ao direito e à pretensão à tutela jurídica, pré-processual (material, portanto, e assegurada constitucionalmente) —, essa "ação", esse "agir" do demandante se resume praticamente ao ato inicial da apresentação da petição inicial ao órgão jurisdicional. Isso é revelado até pela outra

denominação que se costuma dar-lhe (e que, aliás, é mais apropriada), a de demanda (italiano *domanda*, alemão *Klage*); demanda é, sobretudo, pedido, solicitação. Daí em diante não é o autor que age, sim o próprio juízo. É claro que o autor tem de acompanhar o processo até o final, praticando todos os atos que lhe incumbem; mas o mesmo tem de fazer o réu — que, como já se disse, tem o mesmo direito e pretensão à tutela jurídica —, se quer se defender eficazmente. Os direitos, deveres e ônus processuais tocam a ambas as partes, mas quem conduz o processo é o juiz; é ele, portanto, que age, principalmente, no processo, inclusive encerrando-o com a sentença, que, se apreciar o *meritum causae* — em que se compreende a ação (de direito material) —, faz coisa julgada (igualmente substancial); e assim também na fase de cumprimento da sentença ou no processo de execução de título executivo extrajudicial, em que (se não tiver havido impugnação ou embargos, ou se esses tiverem sido julgados improcedentes), encerra o processo também com sentença após a prática do último ato da execução.

5.2. Daí dizer PONTES DE MIRANDA, expressivamente, que "ao conceito de ação, no sentido do direito material, não é preciso fazer-se qualquer referência ao juízo em que se deduza. A ação existe durante todo o tempo que medeia entre nascer e precluir,⁶ ou por outro modo se extinguir"; e que "a prescrição não a faz precluir; só lhe encobre a eficácia. A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidental, tão estranha ao conteúdo daquela (= tão anterior é ela ao monopólio da justiça pelo Estado), que se pode dar (e é frequente dar-se) que se deduzam em juízo ações que não existem, tendo o Estado, por seus juízes, de declarar que não existem, ou não existiam quando foram deduzidas".⁷

E antes havia esclarecido, em passo que, por ser síntese perfeita, não se pode deixar de aqui reproduzir:⁸

"De ordinário, a pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para a satisfação. A ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo. Os dois atos só são hoje permitidos onde a lei especialmente os permite. A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandado e da execução; essas, tornadas funções exclusivas do Estado, são

⁶ O autor entende que o termo técnico exato, para a chamada "decadência", é preclusão (daí falar em "nascer e precluir").

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 24, 1, ps. 155-156 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 24, 1, p. 114). Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo V, § 623, 1, p. 481.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 5, 5, ps. 79-80 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 5, 5, ps. 47-48). Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo V, § 617, 5, ps. 460-461. [Grifo nosso apenas em "a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação".]

objeto de prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado. Exercem-na, para que a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação, chegue ao que colima. Por isso mesmo, os juristas que confundiram e ainda confundem a actio e a pretensão à tutela jurídica (que é sempre de direito público), não só desatendem aos antecedentes históricos, como à sistemática do direito. A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da *res in iudicium deducta*. A ação não é "direito à proteção judicial". O próprio L. ENNECCERUS (Lehrbuch, I, 574), que reconhecia dever-se a ADOLF WACH (Handbuch, I, 19 s.), portanto ao ano de 1885, a nítida distinção entre a ação e a pretensão à tutela jurídica, ainda não se havia livrado da anterior confusão (nem dela se livrou HANS CARL NIPPERDEY, na 39ª ed.). A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*ex-igere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido. Quem age é ágil; quem cumpre o que deve é exato. Cumprir é exação; exigir é premir a exação."

6 O ART. 189 DO CÓDIGO CIVIL

O legislador do Código Civil de 2002 cometeu grave erro no art. 189,⁹ ao dizer: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". Tentou justificá-lo MOREIRA ALVES, autor da parte geral do anteprojeto do Código,¹⁰ mas inutilmente. Quis ele "simplificar", suprimindo um dos termos da trinca — direito subjetivo, pretensão e ação (de direito material) —, ou seja, a ação, ficando apenas com os dois primeiros. Mas aí contrariou o seu próprio modelo, o Código Civil alemão, que, já em 1896, fixou o conceito de pretensão (*Anspruch*), no famoso § 194, 1:¹¹ "O direito de exigir de outrem uma ação ou abstenção (pretensão) sujeita-se à prescrição". E veja-se que o anteprojeto,

⁹ Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil, nº 2.3, in "Teoria Quinária da Ação" (Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento [coordenadores Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira]). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 379.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (subídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157 (nota 7). Nessa nota, aliás, MOREIRA ALVES lembra significativo passo de F. C. von SAVIGNY no *System des heutigen römischen Rechts* (tomos I-VIII, 1840-1849), na tradução italiana de Scialoja (*Sistema del diritto romano attuale*, tomo V, § 205, p. 5), que ora, por sua vez, traduzimos: "A relação aqui descrita, nascente da lesão do direito, se chama direito de agir ou ainda ação, quando se refira esta expressão à simples faculdade do ofendido: de fato, ela é usada ainda para designar a efetiva atividade do ofendido, a qual se

tornado lei, seguiu a mesma técnica, de definir a pretensão ao dizer que é ela que é atingida pela prescrição. Mas aquela definição é completamente divergente dessa, que é a correspondente à *communis opinio* que se formara na Alemanha no final do Século XIX.

O legislador não tem o poder de mudar a natureza das coisas. Na hipótese mais comum, em que a pretensão é o poder de exigir de outrem uma prestação, positiva ou negativa, é bastante evidente que ela não surge, não "nasce" apenas depois que houve a violação do direito. Basta lembrar a hipótese em que o vencimento da dívida não tem data determinada e é necessária a interpelação do devedor para constituí-lo em mora: se ele, interpelado, cumpre a prestação, não houve lesão do direito de crédito; houve somente exercício da pretensão, com a exigência do cumprimento, que foi atendida. O que não chegou a nascer foi a ação, não a pretensão. Ninguém pre-tende só depois que seu direito já foi violado: pretende antes, exigindo; depois, não vai mais apenas exigir, e sim agir, conforme lhe permite a lei nas inúmeras situações fáctico-jurídicas previstas (como se viu). Como observa PONTES DE MIRANDA, "¿que nos importa a crítica de OTTO VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, I, 320), a quem 'pretensão' pareceu conceito intermédio, ondulante, entre direito (subjetivo) e ação, se realmente existem esses três estados?".¹²

Tendo em vista, inclusive, a limitação de espaço para este ensaio, não é aqui o lugar para tratar *ex professo* do tema, mas algumas considerações são necessárias porque o art. 189, norma nova no Código Civil, embaralha as noções de pretensão e de ação (de direito material).

Pelas considerações antes feitas, o art. 189 não tem valor jurídico na parte em que, como dissemos, foge ao legislador o poder de mudar a natureza das coisas; na parte em que diz que a pretensão só nasce, para o titular, com a violação do direito (quando o que nasce é a ação). Mas vale e é eficaz, a nosso ver, e tem de ser observado, como regra geral de que os prazos de prescrição só têm início no momento em que se

manifesta em forma determinada, caso em que significa o próprio fato de agir e, portanto (pressupondo-se o processo escrito), é sinônima de citação ou libelo introdutivo. Aqui se pode falar apenas da ação naquele primeiro (substancial) significado da palavra, isto é, do direito de agir: a ação no segundo significado (formal), ou seja, o ato mercê do qual se faz valer o direito, com as suas condições e formas, cabe ao procedimento".

¹¹¹¹ Cf. o texto original no nº 1, supra.

¹² E acrescenta que "E. I. BEKKER (*Actionen des römischen Privatrechts*, 17) pôs clara a diferença no tocante aos deveres do obrigado". MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, Prólogo, II, p. XXIII. [As obras dos dois autores, citadas, são: GIERKE, *Deutsches Privatrecht* (Direito privado alemão), München und Leipzig, I, 1895; e BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, As Ações do Direito privado romano, Berlin, I, 1871.]

considera que a prestação não foi cumprida, ou em que houve lesão a direito absoluto. Por exemplo, se houve interpelação, depois de terminado o prazo nela fixado; e no caso de um esbulho possessório, ou de uma ofensa a direito da personalidade, na própria data do fato. Sempre foi assim, aliás, independentemente da nova disposição legal, no que se refere à interrupção das condutas continuadas de abstenção de atos que firam os direitos absolutos, com sujeitos passivos totais (como os direitos reais), ou os direitos relativos, com sujeitos passivos determinados (como os obrigacionais). Mas têm de ser observadas as regras especiais, que prevalecem, para o início da contagem dos prazos prescricionais, no art. 206 (a que faz remissão o art. 189), que estabelece, ao lado do prazo ordinário ou comum de 10 (dez) anos, prazos também especiais, menores.

Fez interpretação crítica, também, do art. 189 do Código, o Enunciado 14, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nestes termos: “1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”.

Há, a nosso ver, reparos a fazer a esse enunciado. Está ele certo, no item 1), ao “corrigir” o Código, afirmando que a pretensão “decorre da exigibilidade do direito subjetivo”; mas é interpretação *contra legem* naquilo em que o art. 189 é norma criticável, mas válida e eficaz, ao estabelecer a regra geral (salvo as regras especiais do art. 206) de que o prazo prescricional só tem início no momento em que se considera “violado o direito”; pois aberra da lógica a ideia de que algo se “extinga”, como diz a norma, antes de “nascer” — e tal nascimento, segundo ela, só ocorre com a violação. Por outro lado, não se ressaltaram, nesse item do enunciado, os termos iniciais especiais dos prazos menores de dez anos (art. 205), estabelecidos no art. 206.

Já o item 2) do enunciado incorre, quanto aos direitos absolutos ou às obrigações de não fazer, no mesmo erro do art. 189, ao confundir pretensão com ação (de direito material). No caso dos direitos absolutos, não é a pretensão que “nasce imediatamente após a violação do direito”, e sim a ação. A pretensão, como explica muito bem PONTES DE MIRANDA, nasce desde logo, com o próprio direito (o direito real, o de personalidade); irradia-se erga omnes, tem sujeito passivo total, e consiste na exigência de abstenção geral de atos que ofendam tal direito. Enquanto há a observância do dever geral de abstenção existe só pretensão; no momento em que alguém infringe tal dever, violando o direito, o que surge para o titular é a ação, que aí, sim, dirige-se contra sujeito determinado.

Quanto à obrigação de não fazer, é ainda mais claro que a pretensão existe desde o momento em que o direito a que se liga se torna exigível (o que pode ocorrer já no momento da formação da relação jurídica ou em outro posterior); é então que surge, para o sujeito passivo, a obrigação em sentido estrito. Aí também, enquanto o obrigado cumpre a prestação negativa, existe só pretensão; a ação nasce justamente com o ato que rompe essa conduta, descumprindo a obrigação. E o art. 189 — ao marcar como início do prazo a violação do direito — não diz respeito apenas a esses casos, mas a todos os casos para os quais o art. 206 (ou outra regra especial de lei) não estabeleceu termo inicial de contagem da prescrição.

A norma geral do art. 189, embora se refira a pretensão, na verdade ligou a prescrição, como regra geral, à ação (de direito material). Deu a essa o nome daquela. É clara a *mens legis* no sentido de fazer depender, o início do prazo prescricional, do efetivo descumprimento da obrigação ou da prática de ato ilícito que ofenda direito absoluto — em suma, de ato (ou da falta dele) que tenha “violado o direito”. Ficaram ressalvados apenas os casos em que a lei mesma (o art. 206 ou outra regra especial) tenha estabelecido momento diverso para o início de contagem do prazo prescricional — como (para dar apenas o primeiro exemplo desse artigo) “para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil”, a “data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado”, ou a “data [em] que a este indeniza, com a anuência do segurador” (art. 206, § 1º, II, a).

E o art. 206, ao tratar de prazos especiais, tratou também de inícios de prazos especiais; e, embora fale sempre em pretensão, compreende também casos em que, conquanto os prazos sejam especiais, seguem a regra geral de serem contados somente a partir do momento em que se considere “violado o direito” (art. 189) — ou seja, o momento em que “nasce” não a pretensão, a que se refere a letra da lei, mas já a ação (de direito material).

7 FALSA QUESTÃO: SER O “DIREITO DE AÇÃO” CONCRETO OU ABSTRATO

Por tudo quanto foi exposto, pode-se dizer que a longa discussão que se travou, e ainda se trava, sobre ser o “direito de ação” concreto ou abstrato sempre foi uma discussão estéril, por ser esse um falso problema. Na verdade, falava-se de realidades diversas. A ação (de direito material), como elemento da *res in iudicium deducta* — fazendo parte, pois, do mérito do processo —, só pode ser, logicamente, concreta. Cabe ao juiz verificar, em cada processo, se o autor se encontrava efetivamente na situação fáctico-jurídica prevista na lei de direito material que regula a relação jurídica, por ele invocada na petição inicial. Se sim, a demanda é

fundada ("precedente"); se não, infundada ("improcedente"). Já o chamado "direito de ação" — que na verdade é o direito e a pretensão à tutela jurídica —, esse, sim, é sempre abstrato, assegurado constitucionalmente a todos (Const. Fed., art. 5º, XXXV); não é direito a sentença favorável, o que seria pôr no começo do processo decisão que só virá no fim. A ação é dirigida contra alguém ou uma entidade, pública ou privada, que se tornará o réu ou a ré no processo a ser instaurado; a pretensão à tutela jurídica, sim, como exercício de direito público subjetivo, é que tem por destinatário o Estado. E nem essa é processual, mas pré-processual — situada ainda, portanto, no campo do direito material (constitucional). O que é de direito processual, indiscutivelmente, é a relação jurídica (processual) que se forma a partir da protocolização da petição inicial, assim como a regulação do procedimento, que, junto com aquela, forma o processo.

Daí ter PONTES DE MIRANDA resumido, com muita pertinência:¹³ "A confusão entre as pretensões, as ações e relação jurídica processual foi responsável: a) pela cinca de TH. MUTHER e ADOLF WACH (primeira fase) em verem na ação direito público subjetivo à tutela pelo Estado, mediante sentença favorável; b) pela alusão de ADOLF WACH a direito contra o Estado; c) pela afirmação de OSKAR BÜLOW de não haver o direito público subjetivo 'anterior' ao juízo, o que nem seria verdade se atribuído ao próprio remédio processual; d) pela interminável discussão em torno à natureza da 'ação'. A decantação que posteriormente se fez precisou os conceitos e estreitou-os".

8 A DICOTOMIA DIREITO MATERIAL, DIREITO PROCESSUAL

8.1. O ensejo é oportuno para, como finalização deste ensaio, dizer uma palavra sobre a dicotomia direito material (ou substancial) e direito processual (ou formal). É tradicional essa divisão fundamental do direito, às vezes falando-se simplesmente em direito e processo. Com enfoques diferentes, usaram essa última forma dicotômica como título de seus livros BINDER (com inversão da fórmula),¹⁴ CARNELUTTI¹⁵ e, entre nós, BEDAQUE.¹⁶ CARNELUTTI releva que

"estabelecer as relações entre um e outro é o problema fundamental, que devemos resolver para o conhecimento do direito processual; em outras palavras, resolver as suas implicações". E acrescenta: "Direito e processo é, portanto, uma velha fórmula, que me parece singularmente útil para pesquisar, em profundidade, os princípios do processo civil".¹⁷ Adiante,¹⁸ afirma que "um dos primeiros resultados do saber científico sobre o direito foi exatamente a distinção entre o direito processual e o resto do ordenamento jurídico, ao qual, por contraposição, se dá o nome de direito material".

Por sua vez, PONTES DE MIRANDA esclarece:¹⁹

"O Direito divide-se em direito material e direito formal. O direito processual é mais direito formal. Direito material é o que estabelece as regras jurídicas que devem incidir nas relações entre os homens, quando tais relações não tenham por fito a realização de outras regras. Quando, porém, as regras jurídicas têm a missão de realizar o direito, quer se trate de direito material, quer de direito formal, pertencem elas ao direito formal. (É preciso que não se confundam direito material e 'regra sobre conteúdo', nem direito formal e 'regra de forma'. Uma regra sobre forma, *e.g.*, sobre a forma que deve ter um contrato, é regra de forma, sem ser regra de direito formal. Uma regra de direito formal, de direito processual, pode ser regra jurídica sobre conteúdo, e não sobre forma. A precisão da terminologia evita erros sem conta, que afeiam algumas passagens de doutrina e de jurisprudência. Nem todas as regras de direito processual são formais. Quase todas o são. *Brevitatis causa*, considera-se formal todo o direito processual, sem grandes inconvenientes, se se presta atenção ao que surge, aqui e ali, de natureza material.)

E em passo posterior²⁰ ressalta que "uma das grandes distinções, de que é suscetível o Direito, consiste" "na caracterização do que seja direito material e do que seja direito processual (formal)"; e que "o fato de serem metidas nas leis processuais regras de direito material e no direito material regras de direito processual não lhes muda a natureza".

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 46, 2, p. 315 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 46, 2, p. 276). Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, coment. 2) ao art. 3º, ps. 147-148.

¹⁴ BINDER, Julius. *Prozess und Recht* (Processo e Direito). Leipzig: Deichert, 1927.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁷ Em nota de rodapé o autor esclarece: "Esta fórmula foi usada até agora" [o livro é de 1958] "atribuindo ao termo direito o significado de direito subjetivo; assim nos conhecidos trabalhos de Schultze,

Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung" [Direito privado e Processo em suas Relações mútuas], "Freiburg und Tübingen, J.C.B. Mohr, 1883; de Binder, *Prozess und Recht*, Leipzig, Deichert, 1927, e aquele recentíssimo de Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Napoli, Jovene, 1957; para mim, ao invés, direito é entendido no sentido de direito objetivo" [CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, nº 1, p. 3 e nota 2].

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, nº 20, p. 34.

¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, introdução, I, II, p. 45.

²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, introdução, I, V, p. 51.

8.2. Dissemos, antes, que a pretensão à tutela jurídica é pré-processual, e que o direito pré-processual, situado já no campo do direito público (Const. Fed., art. 5º, XXXV), é direito material, faz parte dele (e não do direito processual).²¹ Tudo o que, no campo do direito, vem antes ou depois do processo, está fora dele, é direito substancial, pertence a esse; *tertium non datur*.

O Código de Processo Civil corrobora legalmente essa divisão fundamental do Direito, falando, no art. 395, ao estatuir sobre a indivisibilidade da confissão, na parte final, em "fundamento de defesa de direito material"; e depois, em outros três dispositivos, que "o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual" (art. 928, parág. único); que "é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva" (art. 976, § 4º); e que "a divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual" (art. 1.043, § 2º).

O exemplo do Código Civil italiano é significativo ao tratar, no Livro VI, Título IV, "Da tutela jurisdicional dos direitos".²² E anote-se que, embora a versão original do Código date de 1942, não houve modificação na orientação legislativa sobre a colocação dessa matéria no Código Civil, pois recentemente o Decreto-lei nº 83, de 27 de junho de 2015, convertido em lei pela Lei nº 132, de 6 de agosto de 2015, introduziu uma seção nova no Capítulo II desse título (Seção I-bis, Art. 2.929-bis), com modificações ainda feitas ao artigo pelo Decreto-lei nº 59, de 3 de maio de 2016, convertido em lei pela Lei nº 119, de 30 de junho de 2016.

O Título IV começa, no Capítulo I, com suas "Disposições gerais", por declarar, no art. 2.907, sob a rubrica "Atividade jurisdicional", que "à tutela

jurisdicional dos direitos provê a autoridade judiciária mediante demanda de parte e, quando assim dispõe a lei, também a requerimento do ministério público ou de ofício".²³ Em seguida, no art. 2.908 ["Efeitos constitutivos das sentenças"], que "nos casos previstos pela lei, a autoridade judiciária pode constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, com efeito entre as partes, seus herdeiros ou sucessores"²⁴; e, no art. 2.909 ["Coisa julgada"], que "a declaração contida na sentença passada em julgado tem efeito entre as partes, seus herdeiros e sucessores".²⁵

Depois, no Capítulo II, cuida "Da execução forçada", incluindo a Seção I ["Da expropriação"], com os arts. 2.910 ["Objeto da expropriação"], 2.911 ["Dos bens gravados por penhor ou hipoteca"], 2.912 ["Extensão da penhora"], 2.913 ["Ineficácia das alienações do bem penhorado"], 2.914 ["Alienações anteriores à penhora"], 2.915 ["Atos que limitam a disponibilidade dos bens penhorados"], 2.916 ["Hipotecas e privilégios"], 2.917 ["Extinção do crédito penhorado"], 2.918 ["Cessões e liberações de aluguéis"], 2.919 ["Efeito translativo da venda forçada"], 2.920 ["Direitos de terceiros sobre a coisa móvel vendida"], 2.921 ["Evicção"], 2.922 ["Vícios da coisa. Lesão"], 2.923 ["Locações"], 2.924 ["Cessões e liberações de aluguéis"], 2.925 ["Normas aplicáveis à adjudicação"], 2.926 ["Direitos de terceiros sobre a coisa adjudicada"], 2.927 ["Evicção da coisa adjudicada"], 2.928 ["Adjudicação de créditos"], 2.929 ["Nulidade do processo executivo"]; a Seção I-bis, com o art. 2.929-bis ["Expropriação de bens objeto de vínculos de indisponibilidade ou de alienação a título gratuito"]; e a Seção II ["Da execução forçada em forma específica"], com os arts. 2.930 ["Execução forçada por entrega ou desocupação"], 2.931 ["Execução forçada das obrigações de fazer"], 2.932 ["Execução específica da obrigação de concluir um contrato"] e 2.933 ["Execução forçada das obrigações de não fazer"].

Entendeu o legislador italiano que essas normas — que dispõem sobre a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas pela

²¹ Afirmam que o direito e a pretensão à tutela jurídica são pré-processuais MARCOS BERNARDES DE MELO [A ação como objeto litigioso no processo civil, IV, in "Teoria Quinária da Ação", cit. na nota 8, supra, ps. 384-396, em que esclarece que há, aí, uma relação jurídica "de direito absoluto e de direito público", "em que o sujeito ativo não é alguém determinadamente, mas, indeterminadamente, todas as pessoas, o *alter*, e o sujeito passivo é o Estado, que assim se configura: *Alter R Estado*. Trata-se, como se pode concluir, de uma relação jurídica em que o dever" [*rectius*: direito] "é a sujeito indeterminado (= sujeito ativo total, na terminologia ponteana)" (IV, 2.2, ps. 390-391); e PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA [A ação de direito material, cit. nas notas 2 e 4, supra, nº 5, p. 77: "Embora esteja diretamente ligado ao processo, por meio do qual o Estado entrega a prestação jurisdicional, o direito à jurisdição possui um caráter constitucional (CF/88, art. 5º, XXXV); ele é pré-processual, pois sua existência é, necessariamente, anterior ao surgimento do processo, já que apenas após o exercício do direito de provocar a atividade jurisdicional é que será formada a relação jurídica processual". O primeiro, aliás, no prefácio desse último livro (págs.

12-13), anota ter Pontes de Miranda mostrado ser a pretensão à tutela jurídica "uma pretensão substancial (= não processual) que, no sistema jurídico nacional, tem natureza constitucional".

²² TITOLO IV – *Della tutela giurisdizionale dei diritti*.

²³ [Attività giudiziaria] *Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio.*

²⁴ [Effetti costitutivi delle sentenze] *Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.*

²⁵ [Cosa giudicata] *L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.* (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit. nas notas 16 e 17, supra, nº 170, p. 275, nota 3: "Manifestamente la formula: 'fa stato ad ogni effetto', che si legge nell'art. 2909, significa 'ha effetto' [...]").

sentença; sobre os efeitos materiais da *res iudicata*, sobre a expropriação de bens no processo de execução (que não se refiram ao respectivo procedimento); sobre a entrega de coisa móvel ou a desocupação de imóvel ("de acordo com as disposições do código de processo civil"); sobre o cumprimento de obrigações de fazer a expensas do obrigado ("nas formas estabelecidas pelo código de processo civil") e a destruição das obras feitas em descumprimento das obrigações de não fazer; sobre os efeitos do contrato não concluído, em descumprimento de obrigação, produzidos pela sentença (inclusive quando se trata de transferência da propriedade de coisa ou da constituição ou transferência de outro direito) — são de direito material, e devem, portanto, estar no Código Civil, com remissão ao Código de Processo apenas no que se refere às "formas", ao respectivo procedimento.

8.3. O Código de Processo Civil brasileiro contém bom número de normas que, estando embora situadas em lei processual ou formal, são, na verdade, normas de direito material (regras heterotópicas). São, a nosso ver, de direito material as disposições que criam direitos que não sejam exclusivamente processuais, inclusive o direito de propor ação e o impedimento de fazê-lo, caso em que se identificam com as disposições existentes nos corpos de leis de direito material propriamente ditas, como as inúmeras que vimos anteriormente neste estudo. São, por exemplo, de direito material as normas constantes dos artigos: 73, caput (consentimento do cônjuge); 85, §§ 18 e 19 (honorários advocatícios); 92 (impedimento de propor ação); 105 (procuração para o foro); 125, § 1º ("ação autônoma" em caso de denúncia da lide); 240 (parcialmente, quanto à constituição em mora e à interrupção da prescrição); 304, salvo o § 4º (efeitos da tutela antecipada); 381, caput e incisos (admissibilidade da produção antecipada de prova); 393 (anulação da confissão); 404, I a IV (escusa de exibição de documento ou coisa); 486, caput e §§ 2º e 3º (possibilidade de propor nova ação, após extinção do processo); 501 (efeito da sentença sobre emissão de declaração de vontade); 502, caput, 503, 505, caput e inc. I, e 506 (coisa julgada material); 517 (protesto da decisão judicial transitada em julgado); 525, §§ 12 a 15 (inexigibilidade de obrigação reconhecida em título executivo judicial); 529, caput e § 3º (possibilidade de desconto de pensão alimentícia em folha de pagamento ou em rendas do executado); 535, §§ 5º a 8º (inexigibilidade de obrigação reconhecida em título executivo judicial contra a Fazenda Pública); 557, caput (impedimento de propor ação de reconhecimento de propriedade); 557, parág. único (não impedimento de propor ação possessória pela alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa); 569 (cabimento de ações de demarcação e de divisão de terras); 571 (quanto à possibilidade de a demarcação e a divisão serem feitas por escritura pública); 572 (direito de vindicar terrenos após

demarcação ou de reclamar indenização, e formação de título executivo), 581 (restituição de área invadida), 594 (restituição de terrenos usurpados e composição pecuniária), art. 599, caput e incisos e § 2º (dissolução parcial de sociedade); 600 (legitimação para a ação de dissolução parcial de sociedade); 700 (possibilidade de propor ação monitória, inclusive "em face da Fazenda Pública"); 701, §§ 2º e 3º (constituição de título executivo judicial e cabimento de ação rescisória, em relação à ação monitória), 702, §§ 7º e 8º (constituição de título executivo judicial em relação à ação monitória em caso de embargos); 741 (possibilidade de habilitação ou de ação de cobrança de credores de herança jacente); 743, § 2º (possibilidade de "ação direta" para reclamar direitos em relação a herança declarada vacante); 783 (necessidade de título de obrigação certa, líquida e exigível para ação executiva de cobrança de crédito); 784, caput e incs. I a XII (declaração de quais são os títulos executivos extrajudiciais); 784, §§ 1º a 3º (não inibição da ação executiva por outra "ação relativa ao débito", e título executivo estrangeiro); 786 a 788 (exigibilidade da obrigação para promover a execução); 789 a 796 (responsabilidade patrimonial); 797 (direito de preferência sobre o bem penhorado); 824 e 825 (execução por expropriação); 826 (possibilidade de remição da execução pelo executado); 832 (bens não sujeitos à execução); 833 e 834 (bens impenhoráveis e penhoráveis à falta de outros); 866 e § 1º (possibilidade de penhora de percentual de faturamento de empresa); 903 e § 4º (irreversibilidade da arrematação e "ação autônoma" para indenização); 904 (satisfação do crédito); 907 (restituição do saldo ao executado); 908 (preferências para pagamento e sub-rogação); 912, caput (possibilidade de desconto de pensão alimentícia em folha de pagamento); 966, caput e incisos, e §§ 1º a 3º e 5º (casos em que é possível propor ação rescisória); 966, § 4º (ação anulatória de "atos de disposição de direito" homologados no processo); 967, caput e incisos (legitimidade para propor ação rescisória); 975 (prazo de extinção do direito à rescisão de decisão judicial).

Inclui-se entre essas normas, merecendo destaque, uma das denominadas "normas fundamentais do processo civil", objeto do Capítulo I do Título Único, do Livro I da Parte Geral do Código, qual seja o art. 3º: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito". Conquanto aí se diga que se trata de norma do processo civil, na verdade, por tudo o que já se expôs, antes de ser processual, essa é uma regra de direito pré-processual (substancial, portanto), concernente ao direito e à pretensão à tutela jurídica, garantido, aliás, constitucionalmente. Situa-se, pois, como todos os direitos fundamentais previstos na Lei básica, antes de quaisquer outros, tanto que aí se diz que "a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). O comando é feito diretamente ao legislador, que não pode contrariá-lo; e, se não o pode o legislador,

evidentemente nenhum juiz ou tribunal poderá fazê-lo. Assim, o art. 3º do Código de Processo Civil é mera explicitação dessa regra e, no âmbito do processo, ela, sim, é endereçada diretamente aos juízes e tribunais, explicitando-o no código de processo para que, mais claramente, se lembrem do preceito constitucional. A inclusão foi boa e, já no seu próprio campo, tal preceito é, efetivamente, "norma fundamental do processo civil".

De outra parte, é fora de dúvida que, na maioria dos dispositivos em que usa a palavra "ação", o Código de Processo Civil a usa no sentido de ação processual, de remédio jurídico processual, de demanda, e, às vezes, até no sentido de processo; o que, por ser o *quod plerumque accidit* (e por economia de espaço), nos dispensamos de aqui exemplificar.

8.4. Por outro lado, o Código de Processo Civil, conquanto use a palavra "ação" em inúmeros dispositivos, em nenhum deles define o que seja ela; e sendo a ação, em nosso entender, de direito material (como procuramos demonstrar até aqui), a lei processual básica subentende o conceito de ação que, indiretamente, é dado nos inúmeros dispositivos das leis materiais, especialmente do Código Civil, muitos dos quais foram por nós reproduzidos ou apenas indicados em itens anteriores deste ensaio. Dessas disposições legais resulta o conceito de ação como um poder, ligado ao direito subjetivo e à pretensão (de direito material), de que dispõe o titular desses para agir (indo além do exigir) — o que, salvo em casos excepcionais, é feito mediante a instauração de um processo em juízo — a fim de tornar efetivo o seu direito e a sua pretensão violados. Como poder que é, pode ser exercido ou não — o que, a nosso ver, já de si demonstra que é potência e não ato, constituindo, por isso mesmo, como também antes dissemos, o próprio mérito do processo, ou, mais exatamente, parte dele (completado pela defesa do réu), a *res in iudicium deducta*. Esse poder só é atribuído ao titular do direito e da pretensão nos casos, nas situações fáctico-jurídicas previstas nas leis materiais, que determinam, igualmente, quem está legitimado a exercê-lo, em quais condições, em que tempo, e se é transmissível a outrem, em vida ou *causa mortis*.

Que a ação, como poder de agir, em cada caso, se constitui no próprio mérito da causa, na *res in iudicium deducta*, é confirmado pelo próprio Código de Processo Civil, nos artigos em que, subentendendo esse conceito da *actio*, diz: "Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: [...]" (art. 21, caput); "Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: [...]" (art. 22, caput); "Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento da ação [...]" (art. 25); "Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado" (art. 337, § 4º); "Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de

provas que não a documental, o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido" (art. 627, § 3º); "Admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença" (art. 685, caput); "Cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação originária e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar" (art. 686); "Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda: [...]" (art. 968, § 5º).

Ora, é evidente que, nesses dispositivos, não se pode estar falando em "ação" processual, no remédio jurídico processual. Embora sejam também julgáveis questões processuais, exceções dessa natureza (como a de incompetência), incidentes, recursos — quando se fala em julgamento da ação é lógico que se está aludindo ao mérito do processo, àquilo que é a razão de ser da própria jurisdição, do Poder Judiciário. Os "julgamentos" com conteúdo apenas processual, formal, são excepcionais; a extinção do processo sem resolução de mérito (Cód. de Proc. Civil, arts. 485 e 486) é uma frustração judiciária; a ação rescisória, em princípio, só é cabível de "decisão de mérito" (art. 966, caput, salvo as exceções do § 2º). Tudo o que se faz no processo, enfim, é feito, fundamentalmente, em função do *meritum causae*. Aliás, é muito significativo, nesse sentido, o art. 488: "Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485"; ou seja, interessa muito mais a qualquer das partes (mesmo àquela a quem aproveitaria a simples extinção do processo) — e à própria Justiça, à própria sociedade —, o julgamento da causa, da ação (a "resolução de mérito" do art. 487), para que se realize o direito objetivo e haja efetiva pacificação do litígio (fins primordiais do processo e da jurisdição), do que o simples encerramento do processo, sem nenhuma solução do conflito de interesses.

Tomem-se os mencionados arts. 485 e 486 do Código de Processo Civil. O primeiro arrola as hipóteses em que o processo se encerra sem resolução de mérito, e o segundo ressalva, no caput: "O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação". Acode a pergunta: por que não há, nesse caso, impedimento à repositura da ação? — que, portanto, supostamente existia e continua existindo fora do processo (que se extinguiu), podendo ser novamente exercida (reproposta) pelo autor ou não. Por que o "pronunciamento judicial" que pôs fim ao processo "não obsta" a isso? Simplesmente porque ela, a ação (que o autor afirmou que tinha, por se encontrar na situação fáctico-jurídica prevista na lei

material), não foi julgada; porque o mérito (composto por ela e pela defesa do réu) não foi “resolvido”. É a mesma ação que será reproposta e examinada pelo juiz, porque ainda não foi examinada. A “ação” processual, a demanda, protocolada (art. 312) em juízo, não existe mais, extinguiu-se com o processo; mas a pretensão e a ação (de direito material), afirmadas pelo autor da demanda anterior, supostamente ainda existem — o que será, justamente, objeto de julgamento pelo juiz.

O art. 485 diz que “o juiz não resolverá o mérito”, entre outras hipóteses, “quando: [...] em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal”. Essa disposição legal que estabelece qual ação é intransmissível, claramente, é a lei de direito material. Evidentemente, caso se tratasse de lei processual, essa seria o próprio Código de Processo Civil; ele mesmo diria, desde logo, em que casos determinadas ações (muitas das quais são nele expressamente reguladas quanto ao procedimento) seriam “consideradas intransmissíveis”. E, como já mostramos anteriormente, é a lei material (na maioria dos casos o Código Civil) que estabelece, além da situação fáctico-jurídica em que o titular do direito e da pretensão tem ação, quem está legitimado a exercê-la (quase sempre propô-la em juízo), o tempo (desde quando e até quando) ela pode ser exercida, e ainda se pode e, sendo possível, em que casos cada ação pode ser transmitida. E por que é a lei material que estabelece se a ação é transmissível, se, como pretendem tantos, ela é instituto de direito processual? Assim é, justamente, porque, como temos sustentado neste estudo, a ação é o poder, atribuído ao titular do direito subjetivo e da pretensão (de direito material), de fazê-los efetivos (em regra invocando a tutela jurisdicional), quando violados; poder esse que ele pode exercer ou não — e por isso mesmo é que é ela também (a lei material) que rege a transmissibilidade, ou não, de determinada ação.

Enfim (e para concluir), repetimos o que antes dissemos (nº 3, supra): ante tantas evidências, parece-nos logicamente impossível não ver que a ação existe, para o titular de direito subjetivo e de pretensão (de direito material), nas situações fáctico-jurídicas previstas nas normas de direito material, independentemente de ele exercê-la, ou não, diretamente (em casos excepcionais) ou mediante pedido de tutela jurídica (garantida constitucionalmente) ao Poder Judiciário.

9 A AÇÃO PENAL

Em paralelo, deve ser lembrado, sumariamente embora (já que não há aqui espaço, nem é esta a sede para tratar mais aprofundadamente do tema), que o Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 1940) estabelece as normas básicas sobre a “ação penal”, no Título VII, arts. 100 a 106. E, embora se trate de lei antiga, foi

modernizada por uma série de leis, sem que esse ponto fundamental tenha sido alterado.

A última dessas leis modernizadoras foi a recentíssima Lei 14.155, de 27 de maio de 2021 (que alterou o art. 154-A, definidor do crime de invasão de dispositivo informático, incluído no Código Penal pela Lei 12.737, de 2012); e note-se que essa lei foi também a última que fez alteração no Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 1941), acrescentando o § 4º ao art. 70 (sobre competência). E é de notar-se, de modo particular, que as leis que modificaram estruturalmente esses códigos tampouco suprimiram o Título VII (“Da ação penal”) do Código Penal, acima referido, ou o deslocaram para o Código de Processo — ratificando, pois, o entendimento de que as regras fundamentais sobre esse tema são, efetivamente, de direito material. Tais leis reestruturadoras dessas codificações básicas foram, especialmente, a Lei 7.209, de 1984, que deu nova redação a toda a parte geral do Código Penal; a Lei 11.689, de 2008 (que deu nova redação a todo o Capítulo II do Título I do Livro II, sobre o “Procedimento Relativo aos Processos da Competência do Tribunal do Júri” — arts. 406 a 497), e a Lei 11.719, de 2008 (com alterações importantes sobre o procedimento no juízo singular), relativamente ao Código de Processo Penal; e, mais recentemente, a Lei 13.964, de 2019, que, segundo o seu preâmbulo, aperfeiçoou “a legislação penal” e a “processual penal”, alterando, além dos dois códigos, e da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 1984), diversas outras.

Também aqui, no campo penal, é a lei material que estabelece as regras sobre a “ação pública” e a “de iniciativa privada” (Cód. Penal, art. 100), “a ação penal no crime complexo” (art. 101), a “irretratibilidade da representação” (“depois de oferecida a denúncia” pelo Ministério Público [art. 102]), a “decadência do direito de queixa ou de representação” (art. 103), a “renúncia expressa ou tácita do direito de queixa” (art. 104) e o “perdão do ofendido” (arts. 105 e 106) — afora as regras, constantes da parte especial do Código Penal, que dispõem, na definição de certos crimes, que só se procede mediante queixa ou representação do ofendido (“ou de quem tenha qualidade para representá-lo”), ou, excepcionalmente, mediante “requisição do Ministro da Justiça” (art. 100, §§ 1º e 2º).

Por outro lado, também nesse campo o estatuto processual contém várias normas de direito material (normas heterotópicas). Limitando-nos aos Títulos III e IV do Livro I do Código de Processo Penal (“Da Ação Penal” e “Da Ação Civil”, respectivamente), entendemos que são de direito substancial os seguintes dispositivos: arts. 24, 25, 28, §§ 1º e 2º, art. 28-A, caput e §§ 1º, 2º, 7º, e 11 a 14, arts. 29 a 38, art. 39, caput, arts. 42, 45, 48, 49, 50, parág. único, arts. 51 a 55, arts. 57, 58, parág. único, e art. 60, quanto à ação penal; e arts. 63, 64, caput, e 65 a 68 (quase todo o Título IV), quanto à

ação civil, promovida pelo "ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros" (art. 63).

Tentando fazer uma síntese, pode-se dizer que, cometido o crime, nasce a ação penal (*actio nata*), pois foi violado o direito subjetivo da vítima (direito à vida, à integridade física, à saúde, à honra, à liberdade sexual, ao patrimônio etc.) e sua pretensão (*erga omnes*) a que todos se abstenham de praticar atos que possam lesá-los; direito a bens jurídicos especialmente protegidos pela tutela penal, que ameaça o violador com a mais grave sanção estatal, a pena (cominando-a para cada delito definido na lei). Em certos casos, por razões de política criminal, é o próprio ofendido que deve exercer a ação penal, invocando, então, outro direito e outra pretensão (subjetivos públicos): o direito e a pretensão à tutela jurídica (a *Rechtschutzanspruch*, do Direito alemão), dando início ao processo penal com o oferecimento (protocolização em juízo) da queixa; ou pode ele não exercer a ação penal, simplesmente mantendo-se inerte (com a ocorrência, após o prazo legal, da respectiva decadência) ou renunciando àquela, tendo ainda a faculdade de perdoar o acusado.

Na maioria dos casos, porém, o direito subjetivo do ofendido é tão relevante que a ofensa a ele é, ao mesmo tempo, ofensa a um bem jurídico cuja proteção é essencial para a própria sociedade, para a paz pública e para a estabilidade das relações sociais (não existindo, ademais, razões especiais para tornar a ação penal privativa dele); ou o bem jurídico protegido é, desde logo, um bem cuja violação põe em perigo ou causa dano à própria sociedade: à paz, à ordem, à fé pública, ao patrimônio público etc., sem que se cogite de alguém particularmente ofendido. Também aí existe o direito e a pretensão (*erga omnes*) da sociedade, personificada no Estado, a que ninguém viole a lei que proíbe (com ameaça de pena) a prática de qualquer ato por ela definido como crime (inclusive, excepcionalmente, por abstenção do dever de agir), e de punir quem o fizer (*ius puniendie* pretensão punitiva); e, se o crime ocorre, nasce a ação penal, que tem como titular (*dominus litis*) o mesmo Estado, representado pelo Ministério Público, que dela não pode dispor, nem dela desistir depois de proposta. Ao exercê-la o Estado invoca outro direito e outra pretensão (subjetivos públicos): o direito e a pretensão à tutela jurídica, exercidos perante o Estado-juiz, dando início ao processo penal com o oferecimento (protocolização em juízo) da denúncia.

Finalmente, ao julgar procedente (fundada) ou improcedente (infundada) a denúncia ou a queixa, o juiz ou o tribunal estará julgando a própria ação penal, que, juntamente com a defesa do réu, constitui o mérito do processo, a *res in iudicium deducta*, ou seja, estará julgando se ocorreu efetivamente a situação fáctico-jurídica prevista na lei: se houve o crime (materialidade), se o réu é o seu autor, se há causa de exclusão do crime ou da pena, ou circunstâncias

agravantes ou atenuantes (*lato sensu*), e, sendo caso, qual a pena (ou medida de segurança) a ser aplicada.

10 AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

Fizemos, no nº 3, supra, observações sobre a ação (de direito material) do mandado de segurança. Conquanto este ensaio não tenha sido escrito tendo em vista, especificamente, as ações constitucionais — mas a ação em geral —, entendemos que as conclusões antes expendidas são perfeitamente aplicáveis àquelas. Desde logo, temos a referida ação mandamental, já comentada; e, antecedendo-a na previsão constitucional (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII), a mais antiga e tradicional de todas, o *habeas corpus*, também ação inequivocamente mandamental (sem prejuízo de terem, ambas, eficácias complementares, especialmente a eficácia declaratória e a constitutiva). Faça-se uma sumária vista da previsão, na Lei Maior, das que estão reunidas em sequência no art. 5º, a partir do inciso LXVIII, da Constituição Federal:

"LXVIII — conceder-se-á 'habeas corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX — conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII — conceder-se-á 'habeas data':

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio

ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Como se vê, os pressupostos e requisitos fundamentais para que se possam exercer essas ações estão nesses dispositivos da Constituição Federal; e esses são, evidentemente, de direito material, e não de direito processual. Complementarmente, leis ordinárias, instituidoras de códigos ou avulsas, explicitam as regras básicas da Constituição com outras detalhadoras e regulamentadoras, tanto de direito material como de direito processual; mas as normas fundamentais já estão na Lei Maior.

Consoante se disse no parágrafo final do nº 3, supra, “é a lei material” — inclusive a constitucional, *mutatis mutandis* — “que pode atribuir ações aos que foram lesados ou, simplesmente, ameaçados; é ela que pode prever o conteúdo dessas ações, dizer o que os titulares dos direitos e das pretensões podem reclamar, quando o podem fazer, quem está legitimado a exercê-las e contra quem as podem dirigir”, cabendo ao direito processual “regular a forma como a existência dessa ação será verificada em juízo [...]”.

Vejam-se, ainda, as ações constitucionais previstas, indiretamente, na Constituição Federal, ao regular a competência do Supremo Tribunal:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal [red. da EC 3/1993];

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei [red. da EC 3/1993].

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade [red. da EC 45/2004]:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal [red. da EC 45/2004]

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal [red. da EC 45/2004];

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

[...]

E note-se — o que é assaz significativo —, que, como se observou no nº 8.4, supra, também aqui, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade, e da ação de declaração de constitucionalidade, a Constituição e a lei que as regula (tal como o Código de Processo Civil, nos artigos ali mencionados), se referem ao julgamento da ação, confirmando o que ali se dizia, *verbis*: “Que a ação, como poder de agir, em cada caso, se constitui no próprio mérito da causa, na *res in iudicium deducta*, é confirmado pelo próprio Código de Processo Civil, nos artigos em que, subentendendo esse conceito da *actio*” (arts. 21, caput, 22, caput, 25, 337, § 4º, 627, § 3º, 685, caput, 686, 968, § 5º), fala em ser julgada a ação.

Assim é que nessas ações constitucionais — objetivas por excelência —, a Constituição Federal, no art. 102 (acima transcrito), dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal “I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. E, por sua vez, a Lei 9.868, de 1999 — que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (como se diz em seu preâmbulo) —, prevê no art. 12 que, “havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”, poderá “submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”; fala no art. 21, duas vezes (no caput e no parágrafo único), no “julgamento da ação”; e estatui no art. 25: “Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.”