

A ACÇÃO

PELO DR. ALESSANDRO PEKELIS
Prof. da Real Universidade de Roma

(Tradução controlada pelo autor)

SUMÁRIO

1. A variedade de significado do termo *acção* no uso jurídico comum. — 2. A variedade das doutrinas à cêrca da *acção*. — 3. Programa dêste estudo. — 4. O significado literal e arcaico da palavra *actio*. — 5. A liceidade de *agir* e o poder de fazer *agir*. — 6. O processo histórico da conversão da liceidade de *agir* no poder de fazer *agir*. — 7. O fenómeno da dependência de algumas actividades estaduais, da vontade do indivíduo — A posição de vantagem particular que daí deriva para o indivíduo e o direito de *acção*. — 8. A jurisdicção da vontade do Estado como pressuposto lógicamente necessário à possibilidade dessa dependência. — 9. O sentido em que pode falar-se de domínio do indivíduo sôbre a actividade estadual — O direito de *acção*. — 10. A repercussão dêsse domínio em relação aos outros indivíduo — O sentido em que pode falar-se do domínio do crédor sôbre o devedor — O direito subjectivo substancial. — 11. A heterogeneidade do conceito de direito subjectivo de *acção* e do direito substantivo substancial e a impossibilidade do seu enquadramento num único sistema de direito. — 12. A liceidade de *agir* e o direito de fazer *agir* como *summa divisio* da posição de vantagem primordial do indivíduo na sociedade. — 13. As chamadas relações de direito substancial, como situações reflexas e secundárias em relação à facultade de *acção* directa e ao direito de *acção* (indirecta) — A habitual inversão da relação de prioridade. — 14. As razões históricas dessa inversão — A autonomia do direito privado objecto em relação ao Estado na primeira forma do pensamento de SAVIGNY. — 15. A crescente estadualização da vida nacional alemã e a evolução do pensamento de SAVIGNY — A concepção dualista da coexistência autónoma do direito popular e do direito estadual,

equivalentes um ao outro. — 16. As relações entre o direito público e o direito privado no pensamento dos juristas do século XIX alemão — A origem prática do erro teórico da autonomia do direito privado. — 17. As razões históricas do desinteresse dos italianos pelo problema da acção no período do «Ressurgimento» e nos primeiros decénios do novo Reino. — 18. O último decénio do século XIX italiano e a doutrina de MORTARA. — 19. O despertar da vida cultural italiana, os seus caracteres, e o ensaio de CHIOVENDA. — 20. A doutrina de CHIOVENDA — O carácter privatístico da acção e o seu carácter de direito potestativo. — 21. Noção genérica das opiniões dos modernos processualistas italianos. — 22. As opiniões de RENDI, de ZANZUCCHI, e de U. ROCCO. — 23. A opinião de CARNELUTTI. — 24. As opiniões de CALAMANDREI, de BETTI, de LIEBMANN, de BIONDI, e de SATTÀ. — 25. O problema da acção como parte do problema das relações entre o imperativo e a sanção, e a noção de ALLORIO. — 26. Os limites metodológicos e filosóficos da validade da concessão da prioridade da acção em relação ao direito substancial. — 27. Os limites psicológicos e culturais dessa mesma concepção.

BIBLIOGRAFIA

HEGEL, *Filosofia del diritto*, 1821; HASSE, *Ueber das Wesen der «action», ihre Stellung im System des Privatrechts und ueber den Gegensatz der «in personam actio» und «in rem actio»*, 1833; KIERULE, *Theorie des gemeinen Zivilrechts*, 1839; ROBERTI, *Trattato delle azioni e delle eccezioni*, 1840; F. SAVIGNY, *Sistema dell'attuale diritto romano*, vol. I, 1840, e vol. V, 1841; GERBER, *Ueber oeffentliche Rechte*, 1852; B. WINDSCHEID, *Die «action» des roemischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856; ID., *Die «actio». Abwehr gegen D. T. Muther*, 1857; MUTHER, *Zur Lehre von der roemischen «action», dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestatio und der Singularsuccession in Obligationen*, 1857; BUELOW, *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, 1868; DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urheilsnorm*, 1877; THON, *Rechtsnorm und subiektives Recht*, 1878; PLOSZ, *Beitraege zur Theorie des Klagrechts*, 1880; WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1885; L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 1887; ID., *Principi di procedura civile*, 3.^a ed., 1895; ID., *Manuale della Procedura civile*, 2.^a ed., 1897; ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I e II, 1899; G. CHIOVENDA, in *Dizion. del dir. priv.*, voce *Azione*, 1900; ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903; HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, 1900; ID., *Klagrecht und Klagmoeglichkeit*, 1905; DEGENKOLB, *Der Streit um den Begriff des Klagrechts*, 1905; L. GOLDSCHMIDT, *Materielles Justizrecht*, 1905; ID., *Prozess als Rechtslage*, 1925; G. BRUNETTI, *il delitto civile*, 1906; M. FINZI, *Il possesso dei diritti*, 1915; SOMLÒ, *Juristische Grundlehre*, 1916; U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata ed i suoi limiti oggettivi*, 1916; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, 1920; ID., *Ragione ed azione* (Riv. dir. proc. civ., 1932, I, 205); CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1926; ID., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* (Studi per Chiovenda, 1927); ID., *Sistema di diritto processuale civile*, 1936; BINDER, *Prozess und Recht*, 1927; P. CALAMANDREI,

Corso di istituzioni di diritto processuale, 1928; A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, 1930; P. BIONDI, *Alcuni rilievi posizione dogmatica del P. M. agente* (Riv. dir. proc. civ., 1930, I, 297); E. REDENTI, *Corso di procedura civile e ordinamento giudiziario*, 1931; LIEBMANN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 1931; G. SATTA, *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata* (Ibid., 1932, I, 364); M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 1935; E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare* (Riv. dir. proc. civ., 1936, I, 18).

LEGISLAÇÃO

Arts. 193.º, 296.º, 439.º, 713.º, 1.007.º, 1.234.º, 1.300.º, 1.342.º, 1.510.º, 1.802.º, 1.999.º, 2.135.º, Código Civil Italiano; 134.º, 341.º, 456.º, 783.º, e segs. Código do Processo Civil Italiano; Lei Cambiária, RD. 14-XII-1933, n.º 1.669, art. 67.º

1. — A instintiva e expontânea incerteza e variedade de usos do t ermo *ac a o*, parece conter *in nuce* a variedade e incerteza das concep oes que depois de um trabalho multiseular de elabora a o e de concretiza a o, lutam ainda no campo da doutrina jurídica.

De facto, na acep a o jurídica comum — isto  : legislativa e forense — o t ermo *ac a o* emprega-se, ora como sin nimo de *petitum*, da *res in indicium deducta* («a regra precedente aplica-se no caso em que a *ac a o*, além do pedido do capital, cont m a dos juros, se estes, re nidos ao capital, atingem a soma de 500 liras» : art. 1.342.º do Código Civil); ora como sin nimo do facto da efectiva propositura da demanda judicial («o comprador, se f r turbado por uma *ac a o* hipotecária ou reivindicatória, ou tiver razão para temer vir a s -lo» art. 1.510.º do Código Civil); ora como contraposi a o ao processo judicial («a peren a o não extingue a *ac a o*, mas torna nulo o processo» art. 431.º do Código de Processo Civil); ora como o conteúdo duma defesa judicial («a *ac a o* de incompetência proposta por uma das partes» : art. 456.º do Código de Processo Civil); ora como o poder de propôr uma demanda judicial, ainda que sem fundamento ou mesmo inadmissível por razões preliminares («as *ac oes*  s quais os registos hipotecários podem dar lugar contra os credores são promovidas perante as autoridades judiciais competentes); ora com o significado do poder de propôr uma demanda judicial, obtendo uma

sentença *de meritis* («Da acção civil contra a autoridade judiciária, etc. Tít. 2.º do L. 3.º do C. P. C.); ora no sentido da possibilidade de propôr com êxito uma demanda judicial, obtendo sentença favorável («quando o portador *tenha perdido o direito de acção* cambiária, contra todos os obrigados e *não tenha* contra os mesmos *acção* causal, pode agir contra o sacador para haver a importância da qual o sacador tenha tido injusto locupletamento, em seu prejuízo»: art. 67.º das normas sôbre títulos cambiários); ora num sentido que se presta a uma distinção entre acção e direito subjectivo substancial («os credores, para haverem o que lhes é devido, podem exercer todos os direitos e tôdas as acções do devedor»; art. 1.234.º do Código Civil); ora num sentido que sugere até a possibilidade duma contraposição do direito subjectivo substancial, pelo menos natural, e ao seu reverso, a obrigação natural («a lei não concede acção nenhuma pelo pagamento duma dívida de jôgo» — art. 1.802.º do C. C.); ora como sinónimo de direito subjectivo substancial («o filho natural terá sempre acção para obter alimentos»: art. 193.º do Código Civil); ora no sentido de um direito subjectivo processual («o direito de propôr em vez da sua acção»: art. 439.º do Código Civil); ora como o direito contra o obrigado («a filha dotada é obrigada a conferir acção em relação ao património do marido»: art. 1.007.º do Código Civil); ora como o direito contra a pessoa do juiz ou do órgão judiciário (diz-se, habitualmente, que o juiz ou a autoridade judiciária estão «investidos de uma acção»); ora no sentido de uma simples legitimação activa (o tutor «não pode igualmente, sem a necessária autorização, propôr acções em juízo»: art. 296.º do Código Civil); e finalmente, com o significado de uma legitimação processual passiva (fala-se da existência, pelo menos, de acções possessórias contra a administração pública).

Algumas vezes, e particularmente nas disposições sôbre prescrição, em que se fala de extinção de acções (arts. 1.300.º e 2.135.º do Código Civil), êste termo é interpretado e entendido das mais variadas maneiras, segundo as tendências, as escolas, as opiniões. Fala-se enfim muitíssimas vezes da acção, não em geral, mas em espécie, de uma acção determinada, melhor dizendo: de acções determinadas. Assim se classificam as acções ora segundo o seu sujeito activo, e fala-se de acção pública, privada, officiosa,

popular ; ora segundo o seu objecto ou conteúdo, e fala-se de acção pessoal ou real, petitória ou possessória, mobiliária ou imobiliária ; ora segundo a actividade estadual que ela põe em movimento, e fala-se então de acção de declaração, de execução e condenatória ; ora ainda segundo a forma que toma o seu exercício, e fala-se de acção sumária, formal, cominatória, sumaríssima, etc. etc.

2. — Não há, nas doutrinas sobre a acção, nenhum ponto sobre o qual possa dizer-se que se haja conseguido acôrdo entre os escritores. Começa por se discutir se acção é ou não um direito subjectivo. Há os que, negando que acção possa qualificar-se como um direito, defendem que é uma simples faculdade jurídica (DEGENKOLB), uma relação jurídica (MORTARA), uma manifestação do direito geral de personalidade ou de liberdade (KOHLEK), uma mera possibilidade de facto (BLINDER), um negócio público (A. LEVI), uma função pública (P. BIONDI). Há os que entendem que se trata duma manifestação da vida do direito subjectivo privado (WINDSCHEID), de uma sua arma de guerra (PUCHTA), de uma sua metamorfose, que surge em seguida à sua violação (SAVIGNY), de uma sua função (COVIELLO), de uma sua posição particular (REDDENTI), de uma medida de tutela que acompanha o direito subjectivo (SATTA). Há os que pensam que se trata dum direito subjectivo autónomo e distinto do direito subjectivo privado (BULOW, WACH, DEGENKOLB, CHIOVENDA, CARNELUTTI). Segundo outros, ao contrário, não é senão o poder de constituir-se, mediante a propositura duma demanda, um direito subjectivo (o direito à tutela jurisdiccional : assim, em vários sentidos (WINDSCHEID, GOLDSCHMIDT, HEIN, SECKEL). Segundo outros, é aquele direito especial que surge de facto de uma demanda ter sido proposta (BULOW). Segundo outros, ainda, é uma relação mediante a qual um pedido, crisálida dum direito subjectivo privado, se torna borboleta, ou seja, direito subjectivo perfeito (MORTARA). Segundo outros, porém, é um direito possessório ou seja a posse do direito correspondente (FINZI) ; segundo outros, finalmente, a acção é o único direito subjectivo que o indivíduo realmente possui, em relação ao qual o pretenso direito subjectivo substancial privado é mero reflexo (PEKELIS).

Segundo uns, é um direito público (WACH, DEGENKOLB) ; se-

gundo outros, privado (DUMCHEN). Segundo outros, ainda, é um direito público ou privado conforme a vontade da lei, da qual deriva a actuação, tenha natureza pública ou privada (CHIOVSNDA). Segundo outros, enfim, tem sempre um carácter de direito público, mas pode ser privado ou público, conforme o órgão donde provém o seu impulso (CALAMANDREI).

Segundo uns, é direito que pertence somente àqueles que têm efectivamente razão no campo do direito substantivo, e é portanto, um direito *concreto* (WACH, CHIOVENDA). Segundo outros, o direito de acção é concreto não já com respeito ao campo do direito substancial mas com respeito a um complexo de normas intermédias entre a lei substancial e a lei formal, isto é, a um direito público material judiciário, *materielles, publizistisches Ziviljustizrecht* (GOLDSCHMIDT).

Segundo outros, ainda, a acção é um direito inteiramente abstracto, que abstrai da efectiva existência da alegada situação jurídica e que pertence a todos os que creiam de boa fé ou simplesmente manifestem a opinião, ainda que não sincera, de terem um direito. (BULOW, PLOZ, DEGENKOLB, II.ª ed., MORTARA). Segundo outros, porém, a acção, *como direito*, deve conceber-se independentemente da efectiva existência da alegada situação jurídica, isto é, abstractamente, mas considerada como negócio deve ao contrário entender-se ligada à alegação da própria situação, isto é, causalmente, concretamente (BETTI). Segundo outros, ainda, devem distinguir-se os diversos aspectos da acção de forma que possa falar-se de uma coexistência da acção concreta e da abstracta (CALAMANDREI). Finalmente, há quem defenda existir nas diversas acções, que vão do direito a um simples despacho preliminar de regeição até ao direito à importância produzida pela venda forçada, muitíssimos graus abstractos e concretos, em referência, porém, não à existência do direito subjectivo material, mas ao grau de satisfação da necessidade substancial do titular (PEKELIS).

Segundo uns, é um direito contra o Estado, um direito *abstracto* um direito a uma actividade do tribunal, um direito cívico (BULOW, A. ROCCO, V. ROCCO, ZANZUCHI); segundo outros, é um direito perante o Estado, um poder de querer a actividade dos órgãos estaduais (PEKELIS); segundo outros, ainda, é um poder

perante a organização jurídica (LIEBMANN); segundo outros, um direito a uma prestação por parte da pessoa que representa o órgão jurisdicional solicitado (CARNELUTTI); segundo outros, finalmente, um direito *concreto* contra o Estado, um direito à tutela jurisdicional (MULHER, LABAND, WACH, HELLWIG, STEIN, SCHNIOT, LANGHEINEKEN, SKEDL). Segundo um outro ponto de vista, trata-se de um direito contra o obrigado, de um direito *concreto* a uma prestação material por parte do obrigado (SAVIGNY, PUCHTA), ou de um direito a uma sua prestação processual (DEGENKOLB), ou finalmente de um direito processual *concreto* e materialmente abstracto contra o adversário processual (BETTI), de um direito meramente potestativo, de um poder perante o obrigado (CHIOVENDA), ou dum direito meramente potestativo perante o Estado (CALAMANDREI).

As soluções dos diversos problemas cruzam-se, pois, entre si dando lugar a uma quantidade praticamente infinita de teorias individuais. Assim, por exemplo, para falar só de dois problemas, o da direcção da acção e o do seu carácter *concreto* ou não, vemos que a acção é um direito *concreto* tanto para LABAND como para CHIOVENDA e para WACH; mas para o primeiro ela é um direito contra o Estado, para o segundo, um direito contra o adversário; para o terceiro é dirigido contra ambos. Ao contrário, tanto para ZANÓUCCHI como para BETTI e DEGENKOLB a acção é um direito abstracto; mas para o primeiro ela é um direito contra o Estado, para o segundo contra o adversário, para o terceiro contra ambos.

3. — Esta exposição esquemática das diversas e contrárias opiniões serias caluniosa da ciência processual (a qual, longe de se encontrar numa babélica confusão, tem o mérito de haver notavelmente contribuído para a clarificação dos conceitos, e não apenas dos processuais), se não viesse integrada numa tentativa de descobrir — mediante a precisão de algumas idéias gerais acêrca das faculdades e dos direitos subjectivos em geral, a eliminação da parte menos essencial das doutrinas individuais acêrca do conceito da acção, e a consideração das próprias doutrinas *sub-specie historiae* — as grandes linhas da disputa sôbre o conceito de acção, as razões profundas dos contrastes e das tendências mais ou menos explícitas do seu desenvolvimento.

Esta tentativa, que nos propomos fazer, poderá, sobretudo pelas reflexões puramente teoréticas, não de todo breves nem simples, que para isso seremos obrigados a começar, ser considerada por muitos uma obra demasiado subjectiva, e encontrar a reprovação daqueles que teriam preferido uma obra objectiva, composta porventura dum simples e completo reportório das várias opiniões. Mas parece-nos que semelhantes trabalhos, chamados objectivos, dão, ao mesmo tempo que uma aparente orientação, uma íntima desorientação, e para dizê-lo com as palavras de VITTORIO SCIALOJA: «estes simples reportórios de opiniões várias são também perigosos, porque são utilizados demasiado fâcilmente pelos leitores, duma maneira contrária ao fim para o qual foram feitos. Na verdade, há quem seja conduzido a crer que a melhor opinião é a última, só porque o é; outros falsamente se persuadirão que a ciência consiste num amontuado confuso de nomes de autores e de controvérsias; outros acabarão por pensar que tôdas as opiniões se equivalem e que se pode sem escrupulo utilizar aquela que fôr a mais cómoda em certa ocasião». E julgamos que era mais consentâneo com a função desta obra (que deve colhêr, sobretudo num problema como êste da acção, tudo quanto de moderno e contemporâneo existe no actual pensamento jurídico), reverter às próprias fontes lógicas, primeiro, históricas, depois, do problema. Deve reconhecer-se de facto, que a ciência processual ficou parada, quanto ao conceito da acção, num ponto substancialmente atingido há muito tempo e que ela tem evidentemente necessidade de dar um passo em frente levando em conta o facto de que dezenas de anos passaram — e que anos! — que as relações de Estado para Estado, de Cidadão para Cidadão, e de Cidadão para Estado, tem sido profunda e intrinsecamente modificadas, e que a prática e a teoria do direito público e privado, sofreu alterações tais que não podem deixar de influenciar as teorias gerais dos processulistas, e em particular as que se referem ao conceito da acção. Ora, estamos firmemente convencidos, que se pode contribuir, ainda que modestamente, a aplanar o caminho para êste futuro passo, com o simples reelaborar o raciocínio *ab ovo*, com a simples descoberta do íntimo e primordial conteúdo dos termos, conceitos e teorias, envolvidos em metáforas já seculares, que muitas vezes obscurecem completamente

o seu verdadeiro sentido; e que, no fundo, só depois duma tal investigação o estudioso e o prático modernos podem ver e apreciar no seu justo significado e valor as doutrinas que se ensinam sobre um problema tão delicado como o que nos ocupa.

É indispensável, por outras palavras, antes de apresentar a divisão esquemática das doutrinas discordes, achar quaisquer pontos firmes, através dos quais seja possível traçar o eixo da sistematização das doutrinas referidas.

Segundo nós, estes pontos firmes são dois. O primeiro dêles deve ser, e isto é *a priori* certo, constituído pelo que há de comum no que todos os autores atribuem ao conceito de «acção». Dizemos que isto é *a priori* certo no que respeita à nossa análise, porquanto se tal comunhão de significado, ainda que parcial, não existisse, não só não seria possível uma visão sistemática da luta acerca do conceito, mas nem mesmo seria possível essa luta; e não seria possível ocuparmo-nos, num só artigo, das diversas escolas, assim como não seria possível tratar, por exemplo, num só artigo, da acção processual e ao mesmo tempo da acção, título de participação numa sociedade comercial.

Ora, esta comunhão de significado atribuída universalmente ao termo processual «acção» — que é o pressuposto logicamente indispensável da nossa exposição e que traça ao mesmo tempo os seus limites rigorosos — consiste segundo nós em entender por acção uma certa situação de vantagem na qual se acha ou se pode achar um indivíduo em relação à actividade jurisdicional ou processual do Estado, ou da sociedade juridicamente organizada. Este comum entendimento da palavra acção não define ainda o seu conceito, mas torna possível o que se chama «a controvérsia acerca do conceito de acção».

O segundo ponto assente que deve dar-nos a possibilidade de traçar o eixo da nossa sistematização, é dada pela idéia fixa que domina a referida controvérsia; a qual é, segundo nós, a do confronto da acção com as outras situações de vantagem existentes na nossa organização jurídica e, na espécie, com a principal que é designada pela expressão de «direito subjectivo».

A grande contenda gira de facto, em volta dêste fulcro fundamental. É a acção um elemento do direito subjectivo? É uma sua parte? Um seu momento, uma sua determinada atitude? E,

com referência a êle, um direito autónomo, acessório, instrumental, primário, secundário? E se é um direito, para com quem, ou contra quem ou perante quem é um direito? Eis o complexo da pergunta, e nas diversas combinações das respostas que se lhe derem se pode resumir o movimento doutrinário à volta da acção. A relação com o direito subjectivo em geral é o denominador comum de tôdas as teorias sôbre a acção.

4. — Uma vez identificada na acção uma situação (de vantagem) com respeito à actividade processual do Estado, é evidente que — assim como o próprio surgir da teoria da acção dependerá da existência ou não existência duma tal actividade estadual — assim o conteúdo das soluções dos problemas postos por aquela teoria será dominado pelo grau de energia de actividade processual do Estado, pelo poder dos órgãos que a exercem, pelas modalidades e pelas condições do seu exercício, pela extensão do campo até onde penetra, pelas reacções políticas e económicas que ela suscita em determinadas épocas e países, e, sobretudo, pelas concepções ideológicas que, quanto à actividade processual *in espécie* e à actividade estadual *in genere*, sejam próprias em determinada sociedade ao círculo dos juristas e dos estudiosos.

Tirando destas considerações uma primeira conseqüência, verificamos que — assim como não se fala de acção em todos os casos em que a situação de vantagem em que se encontre o individuo não esteja em correlação com a actividade processual do Estado, (ou, para usar uma expressão menos moderna, com a administração da sua justiça ou depende, ao contrário, da sua não-actividade — assim a própria idéia de acção não surge naquelas sociedades em que falta, ou é grandemente insufficiente, o exercício social e público de poder jurisdicional. A situação de vantagem do proprietário dum enxame de abelhas, a quem é lícito ir-lhes no encalce mesmo em terreno alheio, será, como diz o art. 713.º do Código Civil Italiano, um direito — ou será um poder, ou uma simples faculdade, ou uma liberdade em sentido genérico.

É certo que não é uma acção e que não o é, porque a perseguição de que se trata não está de modo nenhum em relação com qualquer actividade do Estado. Se, ao contrário, a restituição das abelhas devesse ser pedida à autoridade judiciária, se a situação

de vantagem que consiste na possibilidade de retomar as abelhas, dependesse de uma actividade processual do Estado, então uma tal situação entraria indubitavelmente no número das acções e falar-se-ia numa acção reivindicatória do proprietário. E, vice-versa: se ao proprietário do terreno sôbre o qual tem lugar a perseguição, o mesmo artigo do Código garantisse, para obter o reembôlso dos danos, em lugar de recorrer à máquina judiciária do Estado, apanhar as abelhas opondo-se ao proprietário delas pela fôrça, voltar a trazer as abelhas para o seu terreno ou cortar as árvores do vizinho ou prendê-lo com correntes, — a sua situação seria talvez um direito, uma faculdade, uma liberdade, um poder, mas seguramente não se poderia mais falar da sua acção de indemnização.

Se tudo isto se resolve, no fundo, na banal verificação de que a acção só aparece onde aparece o processo, e que êste aparece por sua vez só onde o Estado proíbe aos interessados que façam justiça por suas mãos, pode ser, ao contrário, útil, justamente para profundar o nosso tema, meditar um momento sôbre a circunstância de que o conceito técnico-jurídico de acção se resolve assim numa contradição com o significado corrente da palavra. A acção em sentido técnico surge, como vimos, com a proibição da acção considerada no sentido corrente, da acção física.

A acção pertence àqueles a quem já não é permitido agir.

Ao proprietário das abelhas fugidas, ao qual é ainda lícito agir da maneira mais enérgica, e que é autorizado ao que na terminologia jurídica se chamaria, depois de SOREL, «acção directa», justamente por isso não lhe pertence aquilo que nós hoje chamamos acção no sentido técnico. E, ao contrário, a atribuição da acção de indemnização ao proprietário do terreno vizinho prejudicado, depende estrictamente do facto de lhe estar proibida uma verdadeira e real actividade, um agir entendido no sentido comum psico-físico, uma «acção directa» semelhante à atribuída ao seu vizinho.

Estas considerações são tão pouco um mero jôgo de palavras que pelo simples facto de se terem presentes, torna-se certo *a priori* que no período arcaico de uma sociedade, no qual o poder judiciário faltasse ou fôsse de todo insufficiente, isto que aparece designado na lingüagem dos seus componentes como

acção, longe de exprimir o conceito do que se designa numa sociedade estadualizada com a mesma palavra tornada metáfora, deve exprimir um conceito profundamente diverso, ou melhor, precisamente oposto. E compreende-se justamente, *a priori*, que a *actio* do direito romano arcaico, longe de ser *in nuce* um conceito a-fim da *actio* dos juristas da época imperial ou da nossa acção, tem ao contrário um significado diametralmente oposto, e que tôdas as tentativas de uma construção unitária dos dois conceitos redundam numa identificação anti-histórica, verbalista, e deve ser necessariamente a fonte duma confusão teórica.

Todos os termos jurídicos foram, no momento inicial, usados com um significado que coincidia com o significado corrente da palavra adoptada. A *actio* não pode deixar de ter significado, num período primitivo, também no campo jurídico, o mesmo que significava e significa ainda hoje na linguagem comum. E antes de representar, como representa hoje, a mera possibilidade de fazer agir (o Estado) representa a possibilidade de mover-se, de perseguir, de tomar, de capturar, de matar, *de agir*. A *manus injectio*, a *actione teneri* são as expressões daquele carácter originário da *actio* arcaica, que os romancistas puseram hoje inteiramente a claro.

Foi só por degraus sucessivos que a esta actividade directa do indivíduo, à sua *actio*, se substituiu por um lado a actividade estadual, e por outro o poder do indivíduo de a provocar. E, por um fenómeno lingüístico, de resto freqüente, o termo *actio*, em lugar de designar sempre aquela actividade que mudou de sujeito activo, começou a designar a nova situação do anterior sujeito, situação que substituiu a precedente. Com a palavra *acção* designa-se hoje, não já a actividade estadual que substituiu a actividade, a *actio* do indivíduo, mas sim a nova situação do próprio indivíduo, a qual se substituiu à liceidade da sua acção em sentido real. O fenómeno lingüístico é perfeitamente análogo àquele que leva a dizer ainda «andar de automóvel» das pessoas que viajam cómodamente sentadas. A acção do indivíduo, no moderno sentido técnico, pode dizer-se uma acção *indirecta*. Na verdade, a acção do indivíduo, estreitamente ligada por um lado, na sua origem política e histórica, à proibição da acção directa, representa uma possibilidade de agir-indirectamente, um poder de pro-

vocar a acção do Estado. Num certo momento, o agir enérgico e forte do indivíduo, a sua *actio*, torna-se *nihil aliud quam* (e é este processo de transformação que poderá explicar esta nota polemística da definição celsiana) nada mais que *jus judicio persequendi*, a possibilidade de perseguir por meio do juiz, isto é, um perseguir maneira-de-dizer e não maneira-de-fazer, como era o do *pater familias* romano e como é ainda hoje o do proprietário das abelhas fugidas, um arcaico resto dum sistema que um dia dominara.

5. — Vale a pena demorarmo-nos ainda sôbre esta transformação do poder de agir, no poder de provocar a acção da sociedade juridicamente organizada, porque pode ser que ela represente o momento originário da nossa organização jurídica, da qual a administração da justiça é uma parte importantíssima e que, sobretudo, se despoja de contingências meramente históricas, põe em relevo o processo ideal da formação do direito e ilumina com luz adequada o conceito de acção de que aqui nos ocupamos.

Na verdade a organização arcaica na qual, como foi dito com imprópria terminologia moderna, o sujeito e o órgão de execução coincidem, contém uma só forma daquele estado genérico que definimos como situação de vantagem. E, precisamente, aquela que consiste na licitude, para o indivíduo, de agir, em determinados casos, pelas suas próprias forças, para a obtenção de determinados bens. Licitude que é o reverso da ilicitude para um outro indivíduo *manum sibi depellere et pro se lege agere*. Esta é, portanto, a primitiva manifestação de uma relação jurídica entre os dois indivíduos na qual um se encontra numa situação de evidente vantagem para com o outro. E é a licitude e respectivamente a ilicitude da actividade de um e doutro, do ofender dum e do defender-se do outro, que constituem o mecanismo do funcionamento duma tal relação jurídica. O próprio direito penal realiza-se, no momento primitivo, não já através duma actividade social, mas através duma actividade punitiva dos indivíduos ofendidos que a sociedade reputa lícita. O homem fora da lei, aquele que *sacer esto, der Wolfmensch* está, também êsse exposto a uma actividade punitiva dos indivíduos, à acção *dêles*, não à do Estado.

Não deve crer-se que, na organização jurídica moderna, isto

que designamos como «acção directa» dos indivíduos não tenha grande importância e não seja fonte de numerosas relações jurídicas surgidas entre os componentes da sociedade. Não se deve crer que o Estado tenha expropriado completamente o indivíduo da sua capacidade de agir, contra a indemnização consistente no chamado «direito de acção».

Ao indivíduo é, por exemplo, ainda agora lícito cortar êle próprio as raízes das árvores de outrém e matar os voláteis de outrém, quando aquelas ou estes tenham penetrado no seu terreno; reter até ao pagamento do preço do seu serviço as coisas depositadas na sua mão, ou que êle tenha transportado, transformado ou reparado; vender, na falta de pagamento da soma que lhe é devida, as mercadorias de seu mandante comercial, defender-se, se atacado inopinadamente. Mas mais: além dêstes casos, que hoje consideramos de carácter excepcional, há aqueles outros que parecem ainda hoje perfeitamente normais. Na verdade, se o pai não tem já o direito nem de matar o filho culpado, nem de infligir-lhe verdadeiras penas (o internamento num instituto de correcção tem de ser pedido ao presidente do tribunal — art. 222.º do Código Civil Italiano), nem, ao contrário do proprietário das abelhas, trazê-lo pela força para a casa paterna, (também aqui, em lugar de agir, deve recorrer à acção do Estado: art. 221.º do Código Civil Italiano), exerce ainda o pátrio poder, que lhe dá ainda a possibilidade de educar, de instruir, de castigar, de reter, etc.; e já não aquele que vimos em algumas experiências soviéticas, de fazer educar e instruir, etc. o filho pelo Estado. Há ainda exteriorizações da personalidade e da liberdade humanas de carácter tal, que nos parece impossível e inconcebível que em relação a elas, a licitude de agir seja substituída por um poder de fazer agir. Por muito vasto que seja, portanto, o campo da vida individual em que à actividade do indivíduo se substituiu a mera possibilidade de provocar uma actividade estadual análoga, podemos dizer que fica sempre o que é necessária e naturalmente reservado à sua actividade pessoal e directa.

Este fenómeno da licitude de determinadas acções e a situação de vantagem que dêle deriva, podem ser designados, e são-no muitas vezes, ora como uma liberdade, ora como uma faculdade, ora como um poder, ora como um direito subjectivo. No fundo,

pouco importa qual seja o termo que se escolhe. Mas importa que não se confunda, pela identidade da terminologia, este fenómeno com o oposto : o poder, a faculdade, o direito de *agir*, com o poder, a faculdade, o direito de *fazer agir* a sociedade, a *actio* no sentido primitivo com a *acção* no sentido moderno. Importa que não se diga, por exemplo, como já foi dito, que nestes casos de *acção* directa, trata-se simplesmente de uma *acção sem jurisdição*, mas se tenha sempre presente que se trata de uma *acção* num sentido diametralmente oposto àquele em que se fala de *acção com jurisdição*.

6. — Mas se damos tanto valor ao claro entendimento dos poderes ou dos direitos do indivíduo, que consistem numa sua actividade *directa*, isso vem exactamente de para nós ter o maior interesse dar o devido realce ao grandioso fenómeno social que é a substituição da actividade do indivíduo por uma actividade estadual, social ou colectiva, à qual o indivíduo pode ter direito ou sobre a qual êle pode de qualquer modo influir, mas que êle já não conclui directamente. Considerado sob este aspecto o processo através do qual, na criação do Estado de Roma, a palavra *acção* começou a significar o seu contrário, é extraordinariamente instructivo e enquadra-se num desenvolvimento histórico do qual não estamos decerto destinados a ver o fim. A nova *actio*, conquanto não seja mais *acção* num sentido fisicamente concreto, e sendo, ao contrário, neste sentido, uma não-*acção*, revela-se, especialmente nas mãos da grande massa dos fracos, um instrumento de força imprevisto, uma *acção* potentíssima. Assim como, para retomar um exemplo dado, o caminhar num automóvel é um estar sentado, um não-caminhar e é ao mesmo tempo um caminhar velocíssimo. O serviço estadual da justiça retirou ao indivíduo não só as vantagens, mas também e sobretudo os pesadíssimos ónus, encargos e desvantagens duma *acção* directa, tal como do mesmo modo se fez quanto a outras actividades humanas, mercê do serviço colectivo e social dos correios, das estradas, da segurança, de educação, etc. É por isso freqüente que a substituição seja reclamada pela própria massa dos indivíduos que impõe, por vezes, por uma revolução, novas actividades ao Estado de cujo exercício a massa quer indirectamente gosar : assim, na época em que

começaram as primeiras escaramuças da contenda doutrinal, sobre a transformação da *actio* na *Klagrecht* (referimo-nos ao livro de HASSE) os operários parisienses lançaram o germen de uma nova e análoga conversão quando reclamaram «fábricas nacionais» e um «direito ao trabalho», que tendia a substituir a actividade directa do indivíduo, procurando por si próprio trabalho, por uma actividade estadual e social que para êle criasse esta possibilidade colectiva. Actividade *sobre a qual* o indivíduo contará, *da qual* êle poderá fruir, *à qual* êle proclama «ter direito», mas que não é realizada por êle e que se torna «direito» justamente na medida em que cessa de ser actividade. Nem pode dizer-se absurda a idéia pela qual, à nossa necessidade de procurar, por uma actividade para tal dirigida, o pão quotidiano, se substitua, definitivamente, o ónus da realização de certos actos que nos dão, perante o Estado, um «direito a alimentos», actos que tenham assim tão fraca ligação, segundo o ponto de vista da causalidade natural, com o facto da própria alimentação, como pouco nexo físico existe entre a apresentação duma demanda em papel selado e a consequente execução sobre os bens ou sobre a pessoa do adversário.

7. — Ora, é de notar que algumas das actividades estaduais, embora sendo dirigidas à satisfação das necessidades do indivíduo e embora tendo-se substituído a análogas actividades individuais são realizadas sem depender de nenhum modo da vontade do indivíduo interessado. De facto, provê-se à protecção de uma quantidade de interesses vitais do indivíduo, como se pune o maior número de delitos: *ex-officio*.

Esta actividade estadual cria ainda, evidentemente situações de vantagem de um indivíduo em relação a outro.

Poder-se-ia, talvez, designar esta situação, que é a geralmente indicada pela expressão: *titularidade de um interesse juridicamente protegido* com est'outra: *titularidade de um direito subjectivo*; no entanto, uma outra e muito notável situação, a que dá lugar a actividade do Estado, chamou a atenção dos estudiosos e leva à aplicação do termo *direito*.

Essa notabilíssima situação é aquela em que os comandos da

actividade estadual são postos (veremos melhor dentro em pouco o sentido desta metáfora) nas mãos do interessado, isto é, em que a efectivação ou não duma determinada acção estadual, vantajosa para o indivíduo, depende da vontade dêsse mesmo indivíduo. Sòmente dêle e não daquele que é protegido pelo Estado *independentemente* da sua vontade, se pode dizer, ainda que apenas por metáfora, que é *êle* que age, que a acção do Estado é a *sua* acção, que o direito objectivo se torna por um momento o *seu* direito, *subjectivo*; tal como, para usar pela terceira vez do mesmo exemplo, não de quem viaja, talvez dormindo, numa carruagem-cama, mas sòmente dum automobilista, se pode dizer que *êle* caminha atribuindo-lhe dêste modo a *êle* o estado em que se encontra a máquina que conduz. Esta particular situação do indivíduo pode dizer-se faculdade de provocar a actividade estadual ou poder de fazer nascer as condições às quais essa actividade é subordinada, ou direito à própria actividade; é certo, no entanto, que tal situação concretiza em si própria aquela posição de vantagem do indivíduo com respeito à actividade do Estado a que nos referimos quando falámos do direito de acção.

8. — Ver como surge esta situação especial e quais são as suas conseqüências directas ou reflexas deve necessàriamente levar-nos ao ponto central dêste estudo. O que é que põe os comandos da acção estadual nas mãos de um indivíduo? Devíamos responder que só a norma jurídica o pode fazer, emanada da vontade do Estado, ou, por outras palavras, o Estado, quando a sua vontade adquire a forma de norma jurídica. De facto, para que a acção do Estado possa depender, de alguém determinado, *in genere* ou da vontade dum indivíduo *in specie* é necessário que tal acção seja capaz de depender, isto é que seja querida como conseqüência derivada da sua causa, como acção independente do arbítrio do Estado-agente, como acção organizada, ordenada; que a vontade do Estado se torne, diremos nós, vontade *constante*. Ora, esta *ordo voluntatis* não é mais do que a norma jurídica, a qual é, justamente, a disciplina da acção, a sua essência condicionada por determinados pressupostos.

Apenas quando a acção do Estado se torna o conteúdo de uma norma, é que essa acção se torna capaz de pressupostos e torna

possível incluir entre êles a vontade de um indivíduo, que vem a ser, até certo ponto, o *dominus* daquela acção.

9. — No determinar qual é o sentido em que o indivíduo pode ser chamado *dominus* da actividade estadual, consiste precisamente, segundo nós, o verdadeiro sentido do nosso problema.

Vimos já que a posição de vantagem na qual — com respeito a actividade estadual — pode achar-se o indivíduo, não pode ser-lhe conferida senão pelo Estado. Ora, basta dizê-lo para suscitar o aspecto da velha interrogação : como é que — se o domínio sôbre a actividade do dominado depende, em última análise, da vontade, do arbítrio dêste último — como é que pode falar-se de domínio, de uma posição de vantagem *antes* que a actividade do domínio haja realmente tido lugar? Como é que se pode falar de um *poder* — de uma *faculdade* — de um *direito*? — Poderá falar-se, dizer-se, de uma *facto* vantajoso para o indivíduo, *depois* de o Estado ter efectuado a sua acção, não de um *direito* a esta acção, *antes* que ela tenha tido lugar.

No entanto, e já o pusemos em relêvo, a vontade do Estado da qual depende a posição de vantagem que o indivíduo adquire relativamente ao mesmo Estado, não é uma vontade qualquer, não é um arbítrio, mas é antes uma vontade ordenada, uma vontade que cria uma relação constante entre uma determinada acção do individuo-agente e determinados pressupostos de *facto*, isto é, uma vontade tendo a forma lógica de uma lei. E as leis vinculam sobretudo aqueles que as criam : êsses exercem uma influência tão singular como poderosa, cuja fôrça geradora ficará para sempre, talvez, desconhecida, mas cuja existência real é tão certa que pode encontrar-se em todos os campos. Trata-se na verdade daquele mesmo complexo de fôrças, que imprime aos precipitados de sais formas de regularidade geométrica, simetria às manifestações da vida orgânica, ritmo aos cantos dos primitivos, ordem aos jogos das crianças, uma lógica ao pensar do homem, harmonia à sua arte, uma lei à sua vontade.

E sempre a mesma tendência para uma conformidade a uma lei, para a ordem, para a harmonia, que torna possível o surgir daquela *ordo voluntatis*, que é o direito, por seu turno condição de existência da sociedade humana. Nisto está a fôrça e a fraqueza

da ordem jurídica : no facto dela ser uma tendência eterna, sempre presente e nunca realizada plenamente. E nisto está ainda a força e a fraqueza do direito subjectivo a determinada attitude do Estado, por êle próprio querida e expressa numa norma jurídica ; a força e a fraqueza do direito de acção, que tudo protege e que é protegido apenas pela necessidade a um tempo frágil e potente, da existência da ordem jurídica.

Portanto, o funcionamento do direito da acção não é mais que funcionamento da ordem jurídica como tal, e consiste na própria consistência do direito (objectivo), considerado segundo o ângulo visual do possuidor do direito (subjectivo). Isto é : o possuidor do direito pode dizer-se o *dominus* da acção estadual não já no sentido de que tal domínio dependa de uma coercibilidade da acção estadual por parte do indivíduo ou por parte de um super-Estado, mas antes no sentido de que da norma jurídica, (que criou o laço entre o querer de um indivíduo e a actividade do Estado, e que criou assim aquela posição de vantagem que aqui estudámos) se destaca uma força orgânica e ideal que é a base do direito e da própria sociedade.

Violar êsse nexa entre aquela *vontade* do indivíduo e a *acção* do Estado, nexa que é a essência do direito de acção, significa dar um golpe na *justiça* que é *regnum fundamentum*, suspender o funcionamento primário da norma jurídica (isto é da norma relativa à conduta do sujeito que a cria), por outras palavras, destruir a jurisdicção da ordem social. O fundamento do direito de acção e a existência do direito objectivo coincidem. E ao direito de acção bem se aplica o termo de direito subjectivo, porque êste não é mais do que o direito objectivo subjectivado no momento em que depende da vontade dum determinado indivíduo.

10. — Depois de ter examinado a relação entre o Estado e o indivíduo, que é criada pela situação por nós traçada, precisamos ver, para resolver o ponto fundamental de tôdas as pesquisas sobre o conceito do direito da acção, quais são as repercussões ultteriores que a mesma situação cria no mundo social.

Já dissemos que a actividade estadual «comandada» pelo indivíduo é vantajosa para êste. A primeira vantagem consiste, realmente, no próprio facto de poder comandá-la, porque isso implica

que em todos os casos em que o seu efectivo exercício se lhe não afigure vantajoso, êle poderá evitar a referida acção.

Mas além desta vantagem, dum carácter que poderemos dizer formal, há uma outra, substancial, que consiste no facto de a referida actividade estadual poder dar ao indivíduo um bem de que êle tem necessidade, isto é de satisfazer-lhe um interêsse. E tal actividade pode implicar ou implica (não interessa aqui se obrigatoriamente) o sacrifício do interêsse dum outro indivíduo. Também entre os dois indivíduos se cria assim uma relação jurídica. Um dos dois sujeitos dessa relação é aquele de cuja vontade dependerá o exercício da actividade estadual, aquele para quem essa actividade redundará em vantagem, e quem atribuirá ou tenderá a atribuir um bem. O segundo dos dois sujeitos da relação é aquele para quem aquela actividade será desvantajosa, aquele para quem o mesmo bem, attribuído ao outro, será retirado ou subtraído. Este segundo sujeito é chamado *obrigado* e aos bens controvertidos chamam-se *objecto* da obrigação. O primeiro dos dois sujeitos daquela relação é chamado *titular dum direito subjectivo* para com o obrigado, possuidor do direito aos bens, *objecto* da obrigação.

11. — É pois duplo, segundo a terminologia usual, o direito subjectivo, ligado com a posição de domínio, que a norma jurídica atribui ao indivíduo com respeito à acção estadual. Um, — em relação ao Estado, perante êle, ou contra êle (o Estado ou os seus órgãos, como queira dizer-se) diz respeito à actividade processual ou judiciária, e é chamado *direito de acção*; o outro, perante ou contra o obrigado, é relativo aos bens a que a obrigação concerne e é chamado *direito subjectivo substancial ou material*.

O papel da doutrina da acção é, segundo uma opinião que pode dizer-se universal, o de estudar as relações recíprocas entre os dois direitos, determinar os seus limites, o conteúdo e a direcção de cada um, colocar em summa, «a acção no sistema dos direitos».

No entanto, isto é, segundo nós, um ponto de partida profundamente errado, fonte, segundo entendemos, daquela confusão de linguagem — confusão pelo menos aparente — à qual fizemos allusão no princípio dêste nosso estudo. A visão sistemática das teorias em luta que nos propuzemos tentar, não é portanto possível sem

a prévia eliminação do fundamental equívoco na posição do problema.

A profunda heterogeneidade dos dois conceitos, que se exprimem com os termos «direito subjectivo substancial» e «direito de acção» e a conseqüente impossibilidade conceitual de um seu enquadramento unitário, surge, da constatação que um indivíduo não pode dizer-se *dominus* de um bem ou da vontade, ou da actividade de um outro indivíduo senão num sentido profundamente diverso daquele em que, como vimos agora, êle se pode dizer *dominus* da actividade estadual vantajosa para êle.

O comando da vontade, o domínio, que é um elemento que se encontra em tôdas as definições do direito subjectivo, consiste, no que se refere ao Estado, no poder de obter dêle uma determinada acção contra o qual o mesmo poder é dirigido. O domínio, no que se refere ao chamado obrigado, consiste na possibilidade de lhe infligir, através de terceira entidade (o Estado) uma série de actos para êle mais ou menos gravemente desvantajosos, capazes de induzi-lo a não cometer certos actos e não se arrogar certas atitudes ou direitos, a retirar-lhe alguns bens, ou a infligir-lhe determinados sofrimentos ou humilhações. O poder do indivíduo perante o Estado baseia-se portanto, na vontade do próprio Estado e encontra a sua garantia apenas na jurisdição desta mesma vontade; tem, em suma, a sua fonte na *liberdade* dum querer ordenado; aquele poder perante o indivíduo baseia-se no receio que êste pode ter da sanção, encontra a sua garantia na coacção directa à qual em determinado momento o obrigado se encontra exposto, tem a sua fonte, enfim, na *necessidade* (ora física, ora económica) para o indivíduo, de submeter-se a uma força física superior. O direito de acção, é, por definição, incoercível; o direito subjectivo substancial é condicionado, na sua essência, à existência da coacção. O direito de acção tutela (não importa agora se um outro direito, se um simples interesse), mas não pode ser tutelado; o direito subjectivo substancial surge e vive na medida em que é tutelado pela actividade estadual. O direito de acção é direito, enquanto um querer (o do Estado) assumiu livremente a forma superior de lei, o direito subjectivo substancial é direito, enquanto um querer (o do indivíduo) é constrangido, com receio de pior, a seguir uma determinada linha de con-

duta. O primeiro torna-se e chama-se «direito» porque é a soberana liberdade de um querer que se eleva a uma forma moralmente mais alta, a jurídica, e que satisfaz, pela satisfação daquele direito, o mais elevado dos seus próprios interesses; o segundo deveria designar-se com o mesmo vocábulo por uma razão oposta, porque existe uma vontade que se dobra ou pode dobrar-se à ameaça de uma sanção ou à violência de uma coacção, e que é assim constringida a sacrificar, pela satisfação daquele direito, um seu interesse.

É evidente, portanto, que a diversidade de conceitos, que se exprimem com os termos «direito subjectivo substancial» e «direito processual de acção», respeitam não já a uma diversidade do seu conteúdo ou da sua direcção, mas sim a uma diversidade no modo de serem «direitos». Eles não são no entanto, dois direitos diversos, o que tornaria legítima a sua designação pelo mesmo termo, mas são ao contrário «direito» em dois sentidos diversos, têm uma razão diferente, mais, oposta, de serem direito, têm, enquanto «direito», um funcionamento diverso, mais, oposto, e a sua designação pelo mesmo termo é certamente índice duma grave incerteza conceitual.

Por isso, à parte as questões terminológicas, é importante insistir sobre a circunstância essencial de que o diverso significado atribuído à palavra «direito» torna logicamente impossível a colocação, num único sistema de direito, do direito de acção e do direito subjectivo substancial, a menos que não se considerem apenas na sua característica muito genérica de situações de vantagem dos indivíduos na sociedade, compreendendo, numa amplíssima categoria, juntamente com muitíssimas outras formas da mesma situação, tais como os interesses protegidos, simples, etc., etc.. Assim, também Homem, Pedra, Deus, Estado, podem ser considerados numa única categoria, a de objecto de pensamento; mas, já o querer reunir numa só teoria de organismo o Homem, e o Estado, não pode ser senão fonte de equívocos pelo significado nitidamente diverso que se atribui, nos dois casos, à mesma palavra «organismo». O mesmo sucederá, quando do «direito subjectivo» se quiser fazer uma categoria especial, compreendendo duas situações, que são, é certo, ambas de vantagem, mas que o são de uma maneira completamente oposta.

12. — Resumindo as considerações atrás expostas, poderemos dizer portanto, que as posições de vantagem nas quais o indivíduo se pode encontrar em relação à sociedade, devem distinguir-se, em primeiro lugar, em dois grandes grupos constituídos a *summa divisio* destas posições de vantagem. O primeiro compreende as situações que consistem na simples licitude do cumprimento de determinadas acções directas e que poderiam dizer-se facultades ou estados de liberdade. O segundo grupo, compreende as situações que gradualmente se substituem a alguma facultade directa e que consistem no poder jurídico de provocar determinadas acções por parte do Estado. A êste grupo, pertence, em primeiro lugar, o direito de acção, que pode dizer-se direito subjectivo em sentido próprio ou primário.

13. — Mas tanto a acção, que ao indivíduo é lícito realizar directamente, como aquela que êle tem o poder de fazer realizar pelo Estado, criam, no mundo em que se verificam, determinadas situações reflexas, que adquirem ou podem adquirir uma importância tal, que podem suscitar um interesse ainda maior que o dedicado aquelas acções originárias que as provocaram.

As considerações que vimos de expôr levam à verificação de que as chamadas relações do direito substancial pertencem a estas instituições de carácter secundário e reflexo. Na verdade, entre o credor e o devedor, só surge uma relação naquilo em que (e enquanto) os factos verificados (delito ou contrato, pouco importa) criaram num dêles o poder de mandar exercer em certas condições, uma actividade coactiva ou sancional contra o outro quanto ao primeiro aspecto, isto é um direito de acção. Se êste poder falta *ab origine* ou se vem a faltar *tractu temporis* por qualquer motivo, as mesmas qualidades de credor ou devedor não podem dizer-se subsistentes, pelo menos num sentido que tenha relevância para o ordenamento jurídico do Estado. Poderia dizer-se, servindo-se duma imagem, que no mundo jurídico, a chamada relação jurídica substancial, vinculando directamente, por exemplo, credor e devedor, outra coisa não é senão a sombra produzida pelas suas relações que o credor e o devedor têm com o Estado, e consistentes, a primeira, no direito da acção de um, isto é, no direito à acção por parte do Estado, e o segundo, o devedor, no estado de sujeição

efectiva em que se encontra no que se refere aquela mesma acção. É certo que os indivíduos, por uma espécie de êrro óptico, se consideram numa relação, não só social ou económica, mas também jurídica, *directa e imediata* com os próprios credores e devedores. Mas, tal facto deveria afirmar-se tão pouco estranho a um jurista, quanto appareceria natural a um físico a constatação de que as duas relações acima referidas, confluentes ambas num vertice único, o Estado, que é o centro do ângulo, por elas formado, lançam uma sombra em forma não de um impulso mas de uma linha recta que liga, ou melhor, parece ligar, directamente o credor ao devedor sem que da sombra resulte nem a existência do ângulo, nem a do seu vertice, o Estado.

Desta relação reflexa e secundária, não se deveria poder, em rigor, deduzir a existência de um verdadeiro e próprio direito subjectivo a favor do credor contra o devedor, mas antes e simplesmente a de um interesse protegido. Ao contrário, não só acontece que justamente esta situação reflexa de vantagem é designada com o termo «direito subjectivo», mas ela é ainda considerada como o direito subjectivo *primário*, com respeito ao qual a acção, que no entanto é a sua fonte, a sua condição e o seu pressuposto, é considerada direito subjectivo *secundário*.

Uma das razões desta verdadeira e real inversão teórica deve buscar-se, segundo nós, no ambiente histórico e político, do qual saíu e no qual se desenvolveu a moderna teoria de acção. O exame de tal ambiente deveria não só explicar aquela inversão, mas demonstrar também que ela era, com respeito àquele ambiente, absolutamente inevitável, e constituir assim uma confirmação, e de valor considerável, do êrro teórico que representa.

(*Continua*)

Alessandro Pekelis