

A ACÇÃO

(Tradução controlada pelo autor)

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

(Continuação)

14. — Já as considerações que precedem e que, no estudo do nosso problema, fazem referência constante à existência, à vontade e à actividade do Estado, podem constituir, julgamo-lo, uma confirmação implícita da afirmação, por nós feita inicialmente, da estreita dependência entre a solução encontrada para o problema da acção, da que se dá ao problema do Estado. E embora se possam criticar ou, mais ainda, reprovar, as soluções por nós propostas e declarar largamente preferíveis as teorias elaboradas pelos mestres de oitocentos, não acreditamos ser provável que, no estado actual da ciência, aconteça vermos contestada a legitimidade do nosso ponto de partida, que consiste, como dissemos, na constante referência ao Estado e à sua vontade e actividade.

Mas esta, hoje quasi geral, convicção acêrca da estadualidade do direito (do direito em geral ou, ao menos — respeitando a teoria da pluralidade das organizações jurídicas — do direito objecto do nosso estudo) é um fenómeno tão posterior à elaboração das doutrinas da concepção das relações entre direito formal e direito substancial ainda hoje dominantes, que já por esta circunstância tal domínio justifica a idéia de que se trata de uma

simples sobrevivência mental da consequência de uma premissa há muito caduca. E fixemos que o exame das principais doutrinas sobre a acção, feito à luz das idéias sobre Estado e direito características da época em que as mesmas doutrinas nasceram, é um estudo que, embora não muito usual, pode levar não só a uma melhor compreensão das próprias doutrinas, mas ainda à demonstração da sua irremediável incompatibilidade com a visão que hoje temos do mundo jurídico em geral.

Ao passo que a promulgação do Código Civil, a criação do Império em França, as guerras napoleónicas, o Congresso de Viena, marcam, ainda que através de alternativas várias, o crescente fortalecimento dos poderes estaduais na vida política da sociedade europeia do começo do século XIX, as manifestações mais características da vida espiritual dessa época, desenrolam-se, pelo contrário, sob o signo de uma reacção contra um tal fortalecimento. E este movimento que, não obstante a diversidade e as contradições nêle compreendidas, é designado pelo nome comum de «romantismo», e que representa uma rial e verdadeira religião da espontaneidade, da *immediatezza* e da individualidade, exteriorizou-se no campo jurídico pela chamada «escola histórica do direito».

Se, seguindo a habitual exposição da história das doutrinas sobre a acção, começamos a nossa breve revista pelo nome glorioso de SAVIGNY, expoente máximo daquela escola histórica, constatamos que para êle a acção é «o aspecto particular que todo o direito assume quando se verifica a sua lesão»; é o direito «no estado de defeza» que é considerado como «um momento no processo da vida do direito, não como direito em si mesmo». SAVIGNY opõe-se decididamente à tendência, que já no seu tempo vinha aparecendo e estava destinada a tornar-se mais tarde dominante, de conceptuar «os únicos momentos da vida orgânica das relações jurídicas», consistentes na «sua possível passagem a nova forma, sobretudo na sua tutela em caso de violação», como «novos verdadeiros e próprios direitos, colocados numa mesma linha com as relações originárias». Perante esta sua opposição à idéia, que se diria moderada, da simples autonomia do direito da acção, é evidente que a SAVIGNY nunca ocorreu a idéia mais radical, por nós aqui defendida, segundo a

qual a própria existência do direito substancial depende da actividade jurisdiccional do Estado e da possibilidade de provocar tal actividade. E tal não lhe ocorreu pela razão simples, fundamental para todo o pensamento da escola histórica, de que o direito subjectivo e o próprio direito objectivo privado são conceitos inteiramente independentes não só da actividade jurisdiccional do Estado, mas da sua própria actividade legislativa; mais: da sua existência mesmo. Basta meditar a passagem de SAVIGNY contida na sua célebre *Vocação do nosso tempo para a legislação e para a ciência do direito*. Aí admite, depois de haver pormenorizadamente ilustrado a origem expontânea, imediata, popular e consuetudinária do direito positivo, «ser todavia possível que se verifique uma influência parcial da legislação sôbre o direito civil, de modo umas vezes louvável outras reprovável». Basta ler essa frase para ver surgir em tôda a sua evidência a total diferença entre o mundo em que operava o pensamento de SAVIGNY e aquele em que opera o pensamento dos nossos contemporâneos. Ainda em SAVIGNY reaparece («a sùmula desta concepção»), que é a sua, na afirmação de que «todo o direito surge pelo modo que na linguagem dominante, ainda que não a mais adequada, se designa como direito consuetudinário; ou seja: que o direito se cria primeiro pelo costume e pela fé popular, depois através da jurisprudência, sempre, portanto, mediante uma fôrça íntima, agindo em silêncio, e não pelo arbítrio de um legislador». Quando THIBAUT propõe que a Alemanha, tal como a França, promulgue um código civil unitário, SAVIGNY reage e opõe-se a esta tentativa de fortalecimento da autoridade estadual no campo do direito. Ao Estado e ao seu Código opõe êle o direito popular e o chamado direito científico ou dos sábios; e ensina que «a séde própria do direito é a consciência comum do povo» e que ainda quando o progresso da civilização torne impossível a criação do direito mediante a intervenção de todos os cidadãos, êle progredirá pelos trabalhos dos representantes do povo. Mas esta representação não pertence, segundo SAVIGNY, nem ao soberano, nem a uma assembléia legislativa; o receio de que a rude intervenção do legislador possa violentar a expontânea formação do direito popular leva SAVIGNY a preferir, a todos os órgãos do Estado, a classe dos juristas sábios: como antes o direito, diz êle, «vivia na consciência de todo

o povo, assim êle pertence hoje à *consciência dos juristas, pelos quais o povo é agora representado naquela função*». E SAVIGNY conclue a sua defesa contra a codificação apontando a «ciência jurídica orgânicamente progressiva» como o melhor (e talvez único) meio para a criação de «um direito seguro, seguro contra golpes do arbítrio e da mentalidade iníqua».

Só à luz destas novas idéias acêrca da existência, no mundo social, de um direito extra-estadual e super-estadual, pode ser entendida a plena legitimidade lógica e orgânica da supremacia que os juristas da escola histórica atribuem ao direito privado, objectivo e subjectivo, com referênciã a tôdas as formas do direito público objectivo e subjectivo. O carácter meramente acessório e subordinado do direito de acção, não é mais, pois do que um corolário episódico daquela visão ampla, na qual ao próprio poder legislativo estadual é reservada a mesma função acessória e subordinada em relação ao direito positivo, obra do povo.

15. — No entanto a luta frente-a-frente assim travada entre ciência e legislação, juristas e Estado, direito-sábio e direito-legislativo, estava antecipadamente decidida. Já o próprio SAVIGNY, escrevendo em 1914 a sua *Vocação*, sente que defende uma posição que, no mundo real, pertence ao passado. E se não o confessa claramente, trai-se todavia quando reforça a sua argumentação com a entristecida invocação do tempo em que «teríamos tido muita dificuldade em explicar, aos nossos antepassados, a diferença entre um livro de direito, como obra privada, e um verdadeiro código» e quando deplora a opinião crescente dos juristas segundo a qual todo o direito consistiria nas leis, que estão à mercê da leviana vontade do legislador. E, na verdade, em todos os ramos da vida social a influência do Estado legislador, juiz e administrador, tem tido um fatal incremento. A fé na supremacia do direito popular desapareceu ainda antes da lenda, análoga a ela, da invencibilidade de uma milícia popular ardente e patriótica; lenda à qual o exército prussiano — tão pouco espontâneo, tão pouco impetuoso, tão pouco romântico em suma, mas em compensação, tão disciplinado e estadualizado — infligiu, derrotando em 1870 a apaixonada *défense nationale*, um golpe verdadeiramente mortal.

De facto, no interior da Alemanha, os juristas sofreram antes que o estrangeiro, o poderio do Estado prussiano. E o próprio SAVIGNY já aponta, no primeiro volume do seu *Sistema* aparecido em 1840, a influência estadual de uma maneira totalmente diversa da apontada, mais de um quarto de século antes, na citada *Vocação do nosso tempo*. Naquele, defende-se da acusação de ter assinalado «ao legislador um posto secundário»; chega até, numa passagem, a reconhecer que a influência do Estado na formação do direito privado possa ser «decisiva»; afirma, por fim, que o direito privado recebe sòmente no Estado «vida e realidade por fôrça da constituição do poder judicial»; e, embora declarando ainda considerar perigosa a codificação e reivindicando para o livre direito científico a função reguladora e renovadora do direito, interrompe êle mesmo — dir-se-ia ironia do destino — por mais de sete anos a publicação do seu *Sistema*, depois retomado, mas nunca mais completado, para aceitar e exercer o mais alto lugar estadual legislativo; o de ministro para a revisão das leis.

Mas isto não significa de nenhum modo que a atitude de contrapor o direito ao Estado, tão explícito nos primeiros ensinamentos de SAVIGNY, tenha desaparecido, na segunda metade do século passado, dos trabalhos jurídicos alemães europeus. O pensamento jurídico — cuja evolução é necessàriamente rica de *nuanças*, de retrocessos, de contradições e da qual não pretendemos em verdade indicar senão alguns aspectos, não de todo irrelevantes — não podia decerto abdicar levemente da posição històricamente justificada, do esplêndido predomínio do direito douto sòbre o legislativo, e reconhecer sem mais nem menos ao Estado o monopólio da criação do direito positivo. Nem pode surpreender que os juristas, no grande contraste entre uma gloriosa tradição e uma realidade grandiosa, ora caíam em abertas contradições, ora cogitem sistemas dualistas, típicos em todos os períodos de transição e cheios, como sempre, de contradições mais ou menos bem mascaradas. Assim, de facto, o próprio SAVIGNY, embora fazendo no primeiro volume do seu *Sistema* as afirmações atrás transcritas, volta a ensinar que o «direito popular», e o «direito legislativo» têm «uma autoridade igual e independente», de modo que «a fôrça natural e progressiva do direito popular não pode ser destruída pela circunstância *acidental* de uma norma

precedente ter assumido a forma de lei». E se, na teoria da acção, SAVIGNY ficou substancialmente monista, negando à acção a qualidade de direito autonomo, os processualistas posteriores, ao criar o dualismo dos direitos subjectivos independentes, o material e o processual, seguiram, essencialmente, aquela dualística ordem de idéias que inspirou a passagem atrás transcrita de SAVIGNY, acêrca da coexistência equivalente do direito popular e do direito legislativo.

16. — Num nosso trabalho publicado há bastantes anos, notavamos como o alcance cada vez mais vasto das conclusões a que chegam os processualistas, faz que a sua ciência se tenha tornado a disciplina mais a-fim da teoria geral do direito, e ocupe, pelo menos em parte, o lugar que antes pertencia ao direito civil. Dizíamos, então, que teria sido interessante descobrir as causas históricas desta atenção assim extraordinariamente viva e ver se, por acaso, elas não se encontram na cada vez mais absorvente estadualização da administração do direito devida à criação e à definitiva organização, que teve lugar depois de 1870, dos três maiores Estados do Continente europeu, ou não seja antes de procurar na consciência, que cada vez mais se difunde na cultura ocidental, do predomínio dos meios sôbre os fins, ou seja da importância real e ideal dos actos, tal como são realizados, e da irrelevância das intenções que os animam, e enfim na recordação cada vez mais viva, e cada vez mais depreciante, da sorte dos profetas desarmados.

Hoje, voltando a pensar neste fenómeno, preguntamo-nos, sobretudo, como foi possível que nenhum dos grandes processualistas alemães — os quais, a-pesar-de terem completado, no último têtço do século passado e sob a directa influência dos acontecimentos da época, a obra de separação do conceito de acção da dependência do direito privado — tenha formulado a hipótese, que hoje aparece difundida no ar, do primado do direito público de acção sôbre o privado de crédito e não tenha simplesmente invertido a fórmula savignyana para examinar, ao menos a título de hipótese, se o direito subjectivo privado não seria um reflexo, «um aspecto», do direito de acção.

E no entanto ao moleiro de Sansouci teria possivelmente apa-

recido evidente a constatação de que o direito da propriedade ou de crédito se possui realmente só na medida em que existam «juízes em Berlim» aos quais se possa recorrer, isto é, na medida em que se tenha um direito de acção. E, no entanto, já em 1821 um filósofo da celebridade de HEGEL, não só tinha afirmado, em poucas linhas, tãda a autonomia e importância teórica do direito processual — e 50 anos foram necessários antes que os processualistas tivessem ousado apreender a idéia — mas tinha antes explicitamente insistido na circunstância de que só a possibilidade de fazer a prova de um direito subjectivo pode fazê-lo passar do estado de «existência em si» para a sua posição no mundo real. E, no entanto, o jurista HASS em 1833 escrevia que «todos os outros direitos recebem a vida, como direito positivo, da acção» e KIERULF, em 1839 repetia que «o direito é direito, através do reconhecimento e mediante protecção do Estado que está presente no órgão judicial». E, no entanto, em 1853, no mesmo trabalho, que pode considerar-se como a origem de tôdas as polémicas sôbre o nosso problema, um romanista da influência de WINDSCHEID, tinha implicitamente demonstrado, com a sua indagação objectivamente histórica, que a concepção do primado da acção sôbre a obrigação tão pouco era um mero sofisma, para servir de brinquito aos lógicos e aos filósofos, que êle era o fundamento de uma organização jurídica, tão distante das abstracções estêreis como o eram as da organização romana. E no entanto e não obstante, nenhum dos grandes processualistas alemães — nem BÜLOW, nem PLOSZ, nem DEGENKOLB, nem WACH, nem KOHLER, nem HELLWIG — acolheu ou recolheu tais alusões e ensinamentos, e é certo que a grande linha da evolução da doutrina processual lhes passou simplesmente *ao lado*, isto é, não só sem lhes aderir, mas sem nunca lhes merecer um sério exame, ainda que puramente polémico, a hipótese do primado da acção e do processo.

A razão desta atitude dos processualistas deve ser procurada, segundo julgamos, no ambiente espiritual daquela classe dos juristas alemães aos quais o Estado tinha retirado a «representação do povo na sua função criadora do direito», que SAVIGNY queria lhes fôsse atribuída; e não inércia ou possibilidade mental devida à sobrevivência dos conceitos ou dos hábitos mentais ultrapassados. Uma inércia semelhante podia ter provocado uma certa ten-

dência do pensamento dominante ao unisono com os conceitos tradicionais, não já o domínio de tais conceitos durante longos decênios, nem a relutância a tôda a contrária indicação filosófica, romanística e jurídica. É que se trata de uma atitude activa, de não pouca importância e eficiência e eficácia jurídica, da classe dos juristas doutos. Se esta, na verdade, já não tem a função de criadora do direito, nem pretende tê-la, tem, todavia, ainda um papel a desempenhar, uma missão histórica a realizar perante o Estado, uma influência a exercer sôbre a sua própria estrutura.

De facto, enquanto o fortalecimento do Estado decerto provocou, por um lado, o interêsse crescente pelos estudos do direito processual e do direito público em geral, êle suscitou também, por outro lado, um receio da sua prepotência e uma forte reacção que, algumas vezes, aparece como uma verdadeira luta dos juristas contra o Estado. Tal como um dia a Igreja tentou travar os excessos do poder laico, ensinando *omnis potestas a Deo* e procurando impôr ao próprio Príncipe os limites da lei divina, superior a êle porque fonte do seu próprio poder, assim os juristas do século XIX lançaram os seus, por assim dizer, *omnis potestas ab jure*, procurando e conseguindo impôr, por seu turno, ao gigante, crescido em frente dos seus olhos, os liames do direito. Eles afirmaram, propugnaram, e divulgaram as teorias da jurisdição do Estado, do Estado de direito, da limitação do Estado pelo direito; tinha apenas terminado o domínio do *Juristenrecht*, do direito dos juristas, tinha apenas penetrado na consciência comum o conceito de que todo o direito *quo utimur* é um direito *estadual*, e já os juristas tomavam a revindicta, ensinando, como LABAND, que todo o direito estadual, e, especialmente, o direito público, é e deve ser, antes de tudo, formado, estudado e aplicado como *direito*. Numa palavra: à estadualização do direito os juristas responderam com a jurisdicização do Estado.

Na concepção *more jurídico* da total organização pública, na configuração do Estado como pessoa *jurídica*, na defesa do conceito da liberdade *pelo* direito, os juristas da época viam justamente o seu novo e máximo papel. A exaltação, pelos juristas doutos, da ciência do direito e do direito científico, obra da escola histórica, sucedeu uma desconfiança geral na missão não só dos advogados, mas dos próprios juizes doutos, dos cientistas e dos

juristas em geral. As cortantes palavras do discurso *Em volta do nenhum valor científico da ciência do direito*, proferido em 1848 pelo procurador do Estado KIRCHMANN, tiveram repercussões polémicas incalculáveis e o seu eco não se calou durante muitos decénios. Tanto maior era a necessidade que experimentaram os juristas — no cumprimento da sua fecunda e verdadeiramente jurídica missão histórica, a qual evitou a degeneração do Estado forte num Estado tirânico — de ter uma base segura, um ponto de partida verdadeiramente seu. Ora, êste ponto de partida não podia ser, naquele momento, senão o direito privado, o menos exposto de todos os ramos de direito à influência dos acontecimentos políticos e ao arbítrio legislativo, fruto de uma elaboração milenária dos *prudentes*, dos jurisconsultos, dos glosadores, feudo hereditário do jurista científico. Eis porque SOHM, o grande defensor do chamado «conceito jurídico do direito», diz, nas suas *Instituições*, que tiveram dezassete edições, que o direito privado é o fundamento do nosso moderno direito público» e ensina também que «do direito privado dependem todos os outros direitos» e que «o direito privado cria o fundamento para o Estado». Proposições estas que o jurista médio de hoje não pode entender senão invertendo-as.

LABAND, que pode dizer-se o criador da moderna ciência do direito público, declara indispensável para o progresso desta a aplicação do método privatista e põe o dedo na chaga quando adverte como «sob a condenação do método civilista se esconde muitas vezes a aversão contra o tratamento jurídico do direito público» e que «querendo evitar conceitos de direito privado, se ferem os conceitos jurídicos em geral para substituí-los por considerações filosóficas e políticas». Quem toca no direito privado é, portanto, o inimigo de todos os juristas, mina a sua fortaleza, tenta impedir o sucesso da sua missão geral. E, de facto, o jurista reaccionário da época, KLOEPEL — que sonha «o reinado aberto e resplandecente dos Bourbons» e que se opõe a tôdas as idéias mais queridas do século XIX, desde o carácter abstracto das leis até à da auto-limitação do Estado — classifica com escárneo as escolas jurídicas adversárias, como «escolas de direito *privado*».

A integridade e a autonomia dogmática do direito privado, é porisso, para os processualistas que trabalhavam num tal ambiente, uma imprescindível, embora mais ou menos inconsciente,

exigência política e social. Era política e historicamente impossível que juristas apenas saídos de sob a poderosa influência do historicismo savignyano pudessem, sem abdicar da própria função de juristas, admitir, na época da ascensão de um Estado como o prussiano, que o direito privado, o seu direito por antonomasia — longe de ser subtraído ao arbítrio do legislador, longe de constituir o fundamento do direito público e do próprio Estado, longe de representar o modelo segundo o qual deve ser construído e conceptualizado o direito público interno e externo — era construído, ao contrário, à base do direito público, dependia essencialmente da vontade do Estado e vivia apenas enquanto tinha lugar a actuação da justiça estadual. O novo estado de coisas tinha, na verdade, estimulado os estudos processuais, tinha, na verdade, compelido os processualistas a reivindicar a dignidade dos conceitos da sua ciência e a autonomia do conceito de acção; mas, qualquer que fôsse a consequência lógica que das novas premissas, já aceites, pudesse brotar em prejuízo do direito privado, êles não estavam em estado de formulá-la, pelo fundamental respeito para com êste último, que constituía o sinal típico e digníssimo do pensamento jurídico daquela época. A idéia da autonomia e do primado do direito privado estava-se substituindo à idéia do direito natural e estava realizando a sua função. E uma vez mais uma exigência política foi tomada, mercê do freqüente e já notado fenómeno da origem prática dos erros teoréticos, por uma verdade científica filosófica.

E também aqueles, e talvez o maior número, que ainda não crêm na legitimidade da ilacção que tiramos da moderna concepção do Estado e do processo deveriam, ao menos, convencer-se da legitimidade da suspeita com que devem ser olhados os nossos grandes mestres processualistas, pela sua impossibilidade, originada numa exigência política da qual êles próprios talvez nunca se apercebessem, de percorrer até ao fim o caminho hoje por nós indicado, ainda que êle estivesse já implícito no ponto de partida do seu próprio pensamento.

17. — No entanto, a circunstância de enquanto a segunda metade do século XIX deu lugar na Alemanha ao desenvolvimento excepcional dos estudos processuais, os juristas italianos terem

ficado completamente estranhos a tal movimento até aos últimos anos do século passado, pode constituir, à primeira vista, um desmentido da explicação histórico-política que tentamos dar do florescimento germânico dos estudos sobre a acção e sobre o processo e da sua particular direcção. De facto, na época referida, também o Piemonte, tal como a Prússia, tomou o encargo da unificação nacional, que teve no mesmo ano de 1870 o seu final em ambos os países. Por outro lado, olhando melhor, revela-se aquela substancial e íntima diferença entre os dois fenómenos históricos, que constitui uma confirmação nítida da nossa opinião, segundo a qual a sorte das teorias sobre a acção depende essencialmente das reacções que o crescente poder estadual provoca numa dada sociedade em geral e na classe dos intelectuais cientistas e juristas em particular. Ora, mesmo sem atingir a opinião, recentemente reafirmada por um historiador italiano, segundo o qual a ascensão prussiana foi um fenómeno de mera força e sem querer negar a existência dos movimentos espirituais que, pelo contrário, a secundaram, o certo é que em todos os estados alemães, e especialmente nos estados meridionais, houve uma certa categoria de pessoas hostis à «prussificação» da Alemanha; de pessoas que pertenciam à flor da juventude alemã e que contrapunham, de mil maneiras, à Alemanha de Potsdam uma Alemanha de Weimar. E é evidente que a classe dos juristas doutos não podia subtrair-se à influência destas idéias.

Mas é certo também que um fenómeno semelhante ficou ignorado pela juventude intelectual do nosso país. A diferença entre a atitude espiritual do Piemonte e a da Prússia compreende-se, apenas com o pensar que nunca mais existiu entre nós o perigo duma «piemontização» espiritual da Itália, estando ao contrário sempre presente no ânimo de todos a idéia da «italianização» do Piemonte. E se a Itália não adoptou a forma de Estado federal (ao qual, ao contrário, a Alemanha devia recorrer), isso não é por certo devido a um maior predomínio do Piemonte em comparação com o que a Prússia podia exercer sobre os estados ou estadosinhos alemães, mas antes àquela integral união patriótica de todos os melhores italianos, que não deixava, no momento, resíduos nem oposições. Na Itália, não já a de Turim, mas *ab origino* de Roma, nenhum dos que levavam e representavam o espírito da nação

tinha a opôr alguma coisa, e assim nem Nápoles, nem Florença, nem o próprio Milão assumiram nunca um significado «weimariano».

É verdade que em todo o ressurgimento domina, e agudíssima, a idéia do contraste entre povo e Estado. Mas êste Estado, que se contrapõe ao povo, não é por certo o Estado em geral: é um Estado, precisamente um Estado estrangeiro — é uma dominação dos bárbaros. E o contraste não se resolve, no pensamento da *élite* italiana, numa antítese ideal que pode resolver-se pela idéia do Estado ético, ou pelo do Estado direito ou pela dos direitos públicos subjectivos; é considerado simplesmente como conflito político, a derimir numa luta prática, a resolver com a criação do Estado popular, italiano, livre e uno. O ano de 1870 marca assim na Itália, como na Alemanha, o atingir da estatização e o fecho definitivo do período romântico, mas êste fecho significa, na Alemanha, a derrota, e na Itália, o triunfo do romantismo. Em 1870, na Itália, não foi um exército semelhante ao prussiano o vencedor. Foi a paixão dos intelectuais da época, das milícias populares, de tódta a nação que se estava realizando na Itália una e independente. O parto da criação do Estado, do desejado Reino de Itália, embora suscitando as inevitáveis reservas e oposições, não provocou em nenhum lado, e menos que em qualquer parte na classe dos intelectuais, aquela reacção que — pela idéia do contraste entre direito popular e direito legislativo, entre as *Kulturnormen* e as *Rechtsnormen* — pelo contrário, excitou o interêsse vigilante e desconfiado dos juristas alemães, para tódas as actividades estaduais e os levou em primeiro lugar ao exame dos direitos públicos em geral e imediatamente depois ao da acção em particular.

É verdade que, completada a unidade nacional, começada a «tradução em prosa» da poesia do ressurgimento, uma amargura encheu os ânimos e pareceu que, embora atingida a meta, a sua melhor parte tinha, no entanto, falhado; e que o pessimismo social, moral e político, extravasado ainda para além da medida do verdadeiro e do justo, teria podido favorecer aquele mesmo contraste entre sociedade e Estado, que representa, segundo nós, o ambiente ao qual era devido, na Alemanha, o surgir dos problemas do processo e da acção. Mas tal possibilidade

era, na Itália, meramente abstracta. Em primeiro lugar, o natural cansaço e desconfiança que é própria de quem vê realizada uma meta bastante diferente da sonhada, é pouco favorável ao fermentar de novas idéias e conduz mais a uma pausa do que a um novo esforço, ainda que só do pensamento. Depois, e isto é o mais importante, o desencorajamento, o pessimismo, o contraste que os intellectuais sentiam, tinha a sua ponta dirigida não contra o Estado, mas antes contra o povo. Uma vez feita a Itália, aos melhores parecia que faltava fazer os italianos; e as ironias eram dirigidas não, como na Alemanha, contra aquele que as merecia, (e por incomensurável fortuna nossa não foi o BISMARCK italiano) contra CAVOUR, mas antes contra GARIBALDI, que aparece, na vida prosaica, inferior ao seu halo romântico; não contra o exército, objecto de tantas ironias na Alemanha como na França, mas sagrado ainda para os mais libertários dos italianos, mas antes contra as milícias populares e contra as tropas camisas-vermelhas, contra os demagogos, contra os patrioteiros suspeitos, contra o próprio abuso da palavra «pátria», que pessoas de bom gosto aconselhavam substituir, ao menos na Câmara pela de «País».

A linha do desenvolvimento da vida pública italiana pode pois explicar, julgamos, por que o gosto pelo problema da acção, que é problema das relações entre Estado e direito privado, se desenvolveu na Itália com tal atraso; por que enquanto as melhores inteligências entre os juristas alemães se apaixonavam no debate sobre os problemas da sociedade, do Estado, do direito e do processo, os processualistas italianos repudiavam as «nebuloses metafísicas dos escritores alemães» e, sob o pretexto, nem sempre atingido, de querer ensinar «a fazer profissionais», ficavam surdos a todos os problemas por pouco que saíssem dos da pura exegese e da repetição da definição de CELSO ou de SAVIGNY. Ainda em 1887, ou seja 30 anos justos depois que a vigorosa polémica WINDSCHEID-MUTHER teve a sua conclusão na *Defesa* do primeiro e depois de já estarem publicados, havia mais ou menos tempo, os estudos de BETHMANN, BÜLOW, BEKKER, DEGENKOLB, THON, PLOSZ, BRINZ, e do próprio WACH, nascia em Itália o *Manual* de MORTARA, no qual se repetia ainda, sem reservas e sem dúvidas, uma teoria assaz pouco diferente da savignyana e se ensinava simplesmente que «a acção é, pois, uma qualidade inerente ao direito

que lhe assegura a protecção do magistrado contra tôdas as turbações»).

18. — Mas os turbulentos e trágicos anos do último decénio do século XIX deviam esfriar o interêsse, mesmo o dos juristas, por todos os problemas referentes às relações dos cidadãos e dos seus direitos com a actividade do Estado. É o decénio que começa com o escandalo do Banco Romano, que culmina na derrota de Adua e que fecha com o regicídio; decénio no qual pela primeira vez no novo reino se verificaram rebeliões, como a dos fascios dos lavradores sicilianos em 1893, a dos bandos anarquicos da Lunigiana em 1894, a de Milão em 1898; e sobretudo, no sentido que aqui nos interessa, é o decénio no qual, pela primeira vez, foram atribuídas ao exército funções de repressão, funcionaram os tribunais especiais, proclamou-se o estado de sítio em regiões inteiras. E, de facto, em 1895 na 3.ª edição dos seus *Princípios*, e em 1897 na 2.ª edição do seu *Manual*, MORTARA, seguido um ano depois por MANFREDINI, abandona a pacífica e calma repetição do pensamento savignyano e, sentindo cada vez mais o carácter publicístico do direito da acção, esquissa as primeiras linhas da sua teoria de acção civil, que teve plena realização e mais amplo alcance no *Comentário*, cujo volume aparece em 1899. Segundo MORTARA — o qual, embora inspirando-se em BÜLOW, em BEKKER e em DEGENKOLB, convida no entanto ainda a desconfiar das elocubrações dos «filósofos do processo civil» — a acção judiciária civil é uma relação de direito público, que, tendo a sua origem no contraste entre sujeitos privados no que se refere a matéria de direito subjectivo, se desenrola no processo pela aplicação da norma jurídica por obra e autoridade do magistrado e que consiste: para o autor, na pretensão à tutela dum direito apenas afirmado e na obrigação que nasce do exercício das suas faculdades processuais; para o réu, na obrigação que nasce do acto provocador do autor e na razão de defeza do próprio réu; e, para o Estado, no dever de prestar a tutela e no poder de efectuar os actos destinados a restabelecer a observância do direito objectivo. É uma relação de direito público, que deriva do direito privado e que, pelo desenvolvimento da própria relação, volta à sua origem.

Se não temessemos levar demasiado longe o confronto entre

acontecimentos históricos e elaboração de teorias processuais e se não temessemos que o próprio confronto possa ser erradamente interpretado como uma desvalorização daquele que, ao menos, teve o mérito de afirmar decididamente que o exercício de poder jurisdicional tem por fim fundamental a actuação do direito *objectivo*, seríamos tentados a dizer que estes primeiros passos para uma mais profunda compreensão do problema da função da actividade jurisdicional no campo do direito privado, e as primeiras teorias atrás mencionadas, têm aquele mesmo carácter incerto, turvo e perplexo que se encontra, naquele decénio, nas rebeliões, nas suas repressões, e nas reacções da opinião pública quanto a estas e aquelas. Diríamos que se sente nestas primeiras tentativas italianas a falta daquele *élan* espiritual que devia, ao contrário, caracterizar tôda a vida cultural do país no decénio seguinte, e que permitiu ainda à ciência processualista italiana intervir, com a prelecção inaugural de CHIOVENDA, em 1903, duma forma digna dela, no debate acêrca dos problemas máximos do processo. Nem pode surpreender que esta nova era dos estudos processualistas italianos, tivesse início — como, cêrca de cinqüenta anos antes, a dos estudos processualistas alemães aberta com o trabalho windscheidiano — com uma indagação acêrca do conceito de acção.

19. — Não duvidamos que o interêsse que levou CHIOVENDA à sua busca haja sido um interêsse puramente científico; e no entanto, segundo a nossa modesta opinião, deve antes dever-se a qualquer coisa maior do que uma simples, ainda que singular coincidência, o facto de o interêsse dos juristas pelo significado íntimo e geral do processo e pelas relações que inter-correm entre esta actividade estadual típica e o mundo do direito privado, se ter despertado ao mesmo tempo que uma série de vários movimentos surgidos nos primeiros anos dêste século. Estes movimentos — inspirados nas mais variadas e muitas vezes contrastantes exigências filosóficas, artísticas e políticas, colocaram-se tôdas fora do velho Reino, tal como os homens do ressurgimento o tinham feito — fizeram sentir, mesmo em Itália, o contraste entre o seu mundo espiritual e o Estado e configuraram não só o seu estetismo e o seu socialismo, mas ainda o seu próprio patriotismo e nacionalismo, como movimento decisivo e essencialmente con-

trário ao velho Estado. E é característico que CHIOVENDA, que ainda em 1900 afirmava que «na realidade a acção ou direito de fazer valer o direito não é senão o próprio direito que se fez valer», foi levado a pronunciar a sua memorável prelecção de Bolonha justamente no mesmo ano em que tiveram início tantas emprêsas destinadas a deixar um profundíssimo sulco na vida cultural e política do país. A acção de CHIOVENDA aparece, de facto, no inverno 1902-1903 em que vieram a lume o primeiro número da *Crítica* de CROCE, o primeiro número de *Leonardo*, revista de idéias, de PAPINI, e o primeiro número do *Reino* de CORRADINI, no mesmo ano, enfim, em que se publicaram a *Estética* de CROCE e a *Vida Intima* de PREZZOLINI.

É evidente que com isto não se quer dizer que o pensamento de CHIOVENDA tenha, em qualquer sentido, uma atitude anti-estadual ou seja de qualquer maneira análogo aos vários movimentos a que vem de se fazer referência. Mas julgamos que o facto de apontar como a atenção dos juristas para o problema das relações entre direito e acção foi despertada, tanto na Itália como, antes, na Alemanha, no mesmo momento em que, nas outras classes intellectuais, o povo, a nação, a arte, a filosofia, tinham sido contrapostos ao Estado, pode constituir uma confirmação da exactidão da ligação por nós aqui tentada.

20. — Mas se a, cada vez mais, percebida presença do Estado provocou também entre nós os estudos sôbre direito de acção, a solução, que o problema recebe em CHIOVENDA, prescinde ou procura prescindir completamente da mencionada existência do Estado.

CHIOVENDA acolhe plenamente a idéia da autonomia do processo e do direito de acção, já fixada na Alemanha, mas configura a acção, pelo menos a civil, decididamente como um direito privado, não contra o Estado, mas perante o adversário privado. As afirmações fundamentais de CHIOVENDA, que constituem a originalidade da sua teoria com respeito à dominante de WACH e seus sequazes, são em substância : a acção não é um direito contra o Estado, mas perante o adversário ; a acção não é um direito a uma prestação, mas é um direito meramente potestativo, um poder jurídico de produzir efeitos jurídicos. O primeiro dêstes ensina-

mentos, que implica o carácter privado da acção, parece ser o mais querido a CHIOVENDA, o qual insiste longamente sôbre êle antes de discutir o carácter potestativo da acção, carácter que parece, e veremos dentro em pouco porquê, derivar como um corolário da primeira tese.

Não é que CHIOVENDA não tenha fixado a sua atenção na relação com o Estado, que está implícito na relação da acção. Pode dizer-se que não há página das suas exposições sôbre o tema em que êle não mencione o Estado. «Pensamos nós verdadeiramente num direito contra o Estado quando falamos de acção? Pensa o profano, começando uma lide, exercer um direito contra o Estado?» — começa por perguntar-se CHIOVENDA, apelando para o sentimento popular. Admite, depois, que a tolerância à qual é obrigado o adversário *perante* o qual se exerce a acção, é consequência necessária da sua sujeição *ao Estado*; mas enquanto os sequazes de WACH «deduzem dêste facto que o direito à tutela jurídica possui-se exclusivamente contra o Estado», êle afirma que as mesmas razões o levam a uma «conclusão oposta» e o induzem a conceber «a acção justamente com um direito contra um adversário». É verdade que o cidadão que possui a acção usa, para produzir determinados efeitos, de órgãos do Estado; mas quando isto acontece, declara CHIOVENDA não sem solenidade, «*nós vemos uma relação de poder entre cidadão e cidadão*». É verdade ainda que esta mesma relação «certamente existe só em tanto quanto pode confiar na lei ou na actividade dos órgãos públicos», que não se podem negar «relações jurídicas públicas entre Estado e cidadão» e que *não haveria acção se não houvesse o Estado ao qual recorrer*; mas, não obstante, não só estas relações, embora de tal importância, não são mais, segundo CHIOVENDA, do que um meio para obter certos efeitos contra o adversário, mas a relação privada com o próprio adversário *exaure* todo o conceito de acção.

CHIOVENDA admite ainda que a actuação da lei se verifica pela actividade dos órgãos públicos e que, portanto, «a acção poderia ainda conceber-se como o direito de constituir o dever dos órgãos públicos de agirem»; mas quer paralisar os efeitos lógicos e sistemáticos desta grave admissão com a simples afirmação de que «*assim fazendo, se introduziria no conceito um elemento, que, por inútil, julgamos dever evitar-se*».

Embora convencidos, como estamos, que nesta privatista concepção de CHIOVENDA há um elemento irracional, não demonstrado, pressuposto e neste sentido arbitrário, não nos arriscaríamos a afirmá-lo e nem mesmo a salientá-lo com a simples escôlha das citações, se a isso não fôssemos encorajados pelas próprias palavras do Autor que, em 1923, numa nota da 3.^a edição dos seus *Princípios*, explicitamente declara que a questão sôbre o conceito de acção «não pode resolver-se em abstracto porque se reduz a um diverso modo de sentir» (itálico no texto citado). «Em todos os tempos o litigante para vencer o adversário confiou nos poderes públicos : mas houve onde foi mais, ou menos, sentida a importância dêste meio, o que por seu turno depende da índole dum povo e das condições político-sociais» (itálico nosso). Estas palavras, que poderiam ser colocadas como epígrafe dêste nosso estudo, apoiam profundamente a nossa convicção acêrca da importância, na história do pensamento processualista, dos elementos sociais e políticos que tínhamos procurado fazer aqui realçar.

Mas se a natureza (privatista) do direito de acção, os seus sujeitos (activos e passivos), o seu carácter (concreto), coincidem com os do direito subjectivo material, a autonomia do direito de acção não pode ser salva senão pela descoberta de uma divergência mais profunda do que a da sua índole. E assim surge, segundo nós, a parte mais viva, mais original e mais justa do ensinamento chiovendiano : aquela que aprofunda e clarifica o conceito de direito *potestativo*, que lhe confere limites exactos e que afirma nitidamente que o direito de acção é um direito potestativo «mais : o direito potestativo por excelência». Para nós, um dos grandes méritos de CHIOVENDA é o de haver baseado a sua teoria de acção, como direito subjectivo, sôbre o conceito do poder jurídico e sobretudo de haver distinguido êste poder da simples licitude.

Se a *actio*, no sentido arcaico, consiste num *licere* do exercício de um poder natural do agente e num *non licere* do *manum sibi depellere*, ou seja de uma outra actividade natural do adversário, todo o modernismo do conceito do direito de acção consiste justamente na circunstância de que êste não representa já a mera liceidade de exercer o poder *natural*, de realizar certa actividade,

mas antes o poder *jurídico* de provocar efeitos jurídicos, ou melhor, uma actividade estadual. (Cfr. acima n.ºs 4 a 6).

O conceito de liceidade é, em geral, aplicável somente à actividade que em si tenha *naturalmente* uma utilidade para aquele que a realiza — assim, por exemplo, o falar, o trocar, o apoderar-se, o perseguir, o defender-se — não há actividade que possa interessar aquele que a realiza só em tanto quanto tenha um carácter simbólico ou, digamos, jurídico, isto é, enquanto o Estado lhe atribue uma eficácia e uma utilidade, que ela *em si*, não teria, no mundo natural — assim, por exemplo, o escrever em papel selado uma petição e levá-la ao Tribunal. Com respeito a esta actividade e aos seus efeitos, é preciso operar não com o conceito da mera faculdade ou *licitude* mas, ao contrário, com a do poder *jurídico*.

Um mérito de CHIOVENDA é, pois, o de ter entendido a acção como um poder *jurídico*. Um mérito que fica como tal ainda que, pelas razões aduzidas no n.º 11, não pode dizer-se satisfatório o enquadramento dêste direito potestativo no sistema geral dos direitos.

21. — Tínhamos tentado reconstruir, através uma visão histórica geral, a linha de discussão acerca do conceito de acção. Este nosso método não pode encontrar, porém, uma directa aplicação na exposição das doutrinas que nos últimos 30 anos têm sido ensinadas na Itália :seria verdadeiramente uma presunção demasiado grande querer tentar uma síntese histórica de uma história tão recente.

Podemos no entanto notar que à grande influência, exercida por CHIOVENDA no campo dos estudos processuais em geral, não corresponde uma igualmente ampla adesão dos processualistas ao seu conceito de acção. Se exceptuarmos BETTI, nenhum dos estudiosos do processo mais em evidência configura a acção como um direito contra ou perante o *adversário*. É verdade que o faz ainda REDENTI, mas considera a acção como «uma posição particular do direito *substantivo*» e nega assim a sua autonomia. MORTARA, ZANZUCCHI, ROCCO, CARNELUTTI, CALAMANDREI, LIEBMANN, BIONDI, e, parece, também SATTÀ e ALLORIO, atribuem à acção um carác-

ter publicístico ou, ao menos, consideram-na um direito contra o, relativo ao, ou perante o Estado, a organização jurídica ou o juiz.

Também o carácter concreto da acção civil, afirmada por CHIOVENDA é redondamente negada, além de por MORTARA, também por ZANZUCCHI, ROCCO, CARNELUTTI, BETTI e LIEBMANN.

Aquele carácter concreto apenas é aceite por CALAMANDREI e, por razões profundamente diversas, atrás indicadas, por REDENTI.

A configuração da acção como direito potestativo encontrou uma adesão mais extensa particularmente entre os não processualistas. De facto, se tal conceito é negado por MORTARA, êle é acolhido explicitamente por CALAMANDREI e LIEBMANN e implicitamente por BETTI e talvez por SATTÀ; teve portanto a adesão de autorizados e numerosos estudiosos do direito administrativo (CAMMEO, VITA), civil (BRUGI), internacional (FEDOZZI), e penal (LANZA). Suscitou, todavia, dissensões não menos numerosas nem talvez menos autorizadas (A. ROCCO, SIMONCELLI, N. COVIELLO, F. FERARA, A. SCIALOJA).

Já êste sumário evidencia que se a contemporaneidade desta doutrina torna impossível a sua síntese histórica, os limites de uma rubrica do *Digesto* (1) tornam impossível, também, a análise crítica do pensamento de cada autor. É forçoso, pois, concluir êste estudo com uma árida e esquemática exposição das idéias dos mais importantes processualistas italianos. Esperamos, todavia, que as precedentes considerações possam, de qualquer modo, facilitar o entendimento da significação, muitas vezes profunda, que têm tais idéias no campo filosófico e científico e da posição, muitas vezes complexa, que a ela deve ser reservada na história do pensamento jurídico e político.

22. — REDENTI começa por distinguir, como já fazia SAVIGNY, entre acção-direito processual e acção-actividade processual e precisa que a segunda serve de instrumento para o exercício da primeira. A acção-direito, isto é, a acção no sentido substantivo, não é um direito abstracto: se o Estado concede a todos os cidadãos a

(1) O presente estudo é extraído do *Nuovo Digesto Italiano*, II, (1937), onde se encontra publicado de págs. 91 a 108, constituindo a rúbrica «Azione».

possibilidade de iniciar a instância, isso é devido à necessidade de sofrer a acção infundada para poder acolher a fundada, necessidade que não pode dar lugar a um direito subjectivo. Perante um semelhante direito abstracto faltaria, de resto, um correspondente dever, seja do Estado, seja dos juizes, nenhum dos quais se encontram em estado de sujeição com referência ao autor na acção. O pretenseo direito geral e abstracto de agir, não teria em cada caso maior significado do que o direito geral e abstracto de pôr uma carta no correio. Se o Estado providencia quanto a cada petição, isso representa não já um dever seu, mas simplesmente uma situação necessária, uma consequência reflexa da nossa organização jurídica. A acção em sentido substantivo, o direito da acção, respeita, pois, só aquele que «tem razão». E respeita perante ou com referência ao obrigado à prestação substantiva. A acção é assim um direito subjectivo, concebido esta porém como uma categoria geral ou geralíssima; ela não é, todavia, um direito subjectivo pleno, originário, autonomo; mais: é antes uma particular posição que o direito subjectivo substantivo, primário, fundamental, pré-existente pode assumir em seqüência de certos acontecimentos, tais como a transgressão. O direito que se faz valer no processo é fundamentalmente o mesmo direito subjectivo substantivo, mas numa posição diversa derivada do seu não cumprimento.

Para ZANZZUQUE, ao contrário, a acção é um direito abstracto e autonomo respeitante a todos os cidadãos, não como titulares dos direitos privados materiais, mas *uti civis*, não perante o adversário, mas perante o Estado. Não é um direito potestativo, mas antes um direito público de obrigação, isto é, um direito tendo por objecto uma prestação de direito público, e precisamente a prestação por parte do Estado da sua actividade jurisdicional. É porém, ao mesmo tempo, um *direito-meio*, secundário, constitutivo, enquanto tem, pelo seu conteúdo substancial, a actividade que pertence a quem quer que seja o titular de interesses juridicamente protegidos e insatisfeitos, de obter a intervenção do Estado para a sua realização.

Segundo UGO ROCCO, o direito de acção é o direito subjectivo público e individual contra o Estado de pretender a intervenção do Estado e a prestação da actividade jurisdicional para a declaração dos interesses tutelados em abstracto pelo direito objectivo.

23. — Também para CARNELUTTI a acção é um direito público e abstracto, tendo por objecto uma prestação. É um direito autonomo, enquanto o interêsse que protege não é o interêsse substancial objecto da lide, mas um interêsse à própria composição da lide. O facto de que tal interêsse respeita à parte, não *uti singulus*, mas *uti civis*, torna a acção um direito subjectivo público. Enquanto o interêsse tutelado pela acção é um interêsse essencialmente público, a acção deve conceber-se nada menos que como um exercício privado de uma função pública. A acção não é no entanto um direito potestativo, um mero poder de produzir um efeito jurídico, mas é um direito a uma prestação, precisamente a uma prestação de actividade jurisdicional por parte da pessoa, investida do ofício de juiz ou de outra função processual. Deve sublinhar-se, para o entendimento de um ponto essencial da teoria carnelutiana, que, segundo ela, a acção, sendo embora o exercício de uma função pública, é dirigida não já contra o órgão do Estado investido do poder processual (o que, vista a dominante teoria orgânica do Estado equivaleria a dizer que é um direito perante o Estado), mas exactamente contra as pessoas físicas que devem fornecer ao processo coisas e energia. Por isso na teoria de CARNELUTTI, e talvez nela apenas, o termo direito subjectivo é usado sem aquela heterogeneidade que criticámos no início d'êste estudo: embora sendo dois direitos *diversos*, o direito de acção e o direito subjectivo substancial são, no ensinamento de CARNELUTTI, *direito no mesmo sentido*. Um e outro são, precisamente, *direito a uma prestação* daquele que, seja juiz ou devedor, é obrigado pessoalmente e sempre no mesmo sentido e do mesmo modo a uma prestação. E é obrigado tanto um como outro, porque está sujeito à soberania e ao poder coercivo do Estado e não porque seja sujeito *da* mesma soberania e órgão do Estado. No entanto — enquanto neste ensinamento é eliminado assim o vício por assim dizer formal, das outras doutrinas que afirmam a recíproca autonomia e tendentes a uma sistematização unitária dos dois direitos, na realidade heterogénios — êle descobre justamente por isso a sua fraqueza substancial e a das outras doutrinas afins. Se o direito de acção é dirigido por assim dizer contra o juiz em seu próprio nome, como é que êste direito seria capaz de garantir e de tutelar o direito substancial? A probabilidade de que o

obrigado pague espontâneamente o seu débito não é de forma nenhuma menor, e sobretudo não é de forma nenhuma diversa no seu carácter substancial, da probabilidade que o juiz, considerado como *pessoa privada*, como sujeito ao poder estadual, faça o seu dever para com o autor, quer êste dever consista na formação duma sentença quer numa prestação patrimonial. E não se compreende por que pelo facto de ser uma obrigação reforçada por outra obrigação idêntica, possa dizer-se tutelada pelo Estado mais do que essa outra. Se o juiz, como qualquer outro official do processo, cumpre a sua função processual de um modo profundamente diverso daquele, por exemplo, pelo qual outorga, interpreta e realiza os seus contratos privados, isto depende justamente de que êle, no exercício das suas funções, não é sujeito à soberania do Estado, mas é, como REDENTI notou e lembrou num memorável escrito, um *purus minister, a viva vox juris*, um *être inanimé* (1); é, diremos nós, portador duma vontade colectiva, um modo de ser do próprio Estado. E é contra êle, *nesta sua qualidade*, é para com a soberania, que é dirigida a acção; e é do facto de encontrar-se em relação com a própria soberania que deriva o singular modo de funcionar da acção, que procuramos explicar acima (n.ºs 7 a 9). Pelo contrário, o conceber a acção como dirigida contra a pessoa do juiz, significa, não resolver, mas deslocar, o problema da acção; de facto, donde, se não de uma relação com o Estado, de uma espécie de «acção da acção», veríamos garantida e tutelada esta relação com a pessoa do juiz? E se é assim, parece mais simples e mais justo dizer que é naquela relação com o Estado que têm directamente a sua fonte tanto o chamado direito subjectivo substancial contra o privado, como, por outro lado e por exemplo, o direito a reparação dos danos contra a pessoa do juiz, um e outro fenómenos genêticamente secundários com referência àquela mesma relação, quere dizer, ao verdadeiro direito de acção.

24.— CALAMANDREI aceita plenamente a parte mais significativa da definição de CHIOVENDA e conceptua o direito de acção

(1) Em francês no original.

como um direito potestativo, como um poder de realizar a condição pela actuação da lei; precisa no entanto, ao mesmo tempo, que a acção não é um poder que o titular tem perante o adversário, mas antes perante o Estado. Portanto, segundo CALAMANDREI, a acção tem sempre um carácter publicístico, embora constituindo o ponto de passagem entre o direito substantivo e o direito processual. O direito de acção é todavia um direito concreto e pertence em substância apenas a quem «tem razão» e concretiza em definitivo o poder de criar, com a sua propositura, as condições necessárias e suficientes para que o órgão judiciário emane, a favor do requerente, uma medida *justa*.

Embora admitindo que exista apenas na fase de conhecimento, ainda para aquele a quem não pertence o direito substantivo correspondente, para aquele que não tem a possibilidade de obter uma medida favorável, o poder de provocar uma medida qualquer, CALAMANDREI defende que tal poder não possa dizer-se um direito, nem possa confundir-se com o significado que nas leis e na linguagem comum tem a palavra «acção», usada no sentido próprio.

BETTI conceptua a acção como um direito que consiste no poder jurídico de provocar a actuação jurisdicional da lei no sentido de uma determinada razão que se faz valer. Esta razão, que é o perfil sob o qual, na espécie individual, é representada pela parte que inicia o processo uma concreta situação de direito, pode ser uma razão apenas afirmada, não sendo necessário que tal razão seja depois reconhecida pelo juiz como tendo fundamento de facto. Neste sentido o direito de acção deve dizer-se independente da efectiva existência da situação jurídica concreta concebida portanto abstractamente. É um direito pré-existente ao processo, que tem a sua fonte apenas na lei processual e que não é direito contra o Estado, mas antes um direito contra o adversário para com a parte, contra a qual a demanda judicial deve ser proposta.

Também LIEBMANN aceita a parte mais fecunda do ensinamento chiovendiano quando exclui que a acção seja um direito a uma prestação, quer do Estado, quer do indivíduo. No seu conceito, por isso, a acção não é um direito concreto, mas antes um poder abstracto, não ligado à existência real do direito subjectivo; e coloca-o não perante o obrigado, mas perante a organização

jurídica. Tenta assim uma distinção entre Estado e organização jurídica que não é, segundo o nosso parecer, nem exacta nem suficientemente aprofundada, mas que põe todavia em relêvo, e assaz oportunamente segundo julgamos, que a acção é um poder perante o Estado, enquanto sujeito de vontade em forma jurídica (cfr. supra n.º 8.º). LIEBMANN diz, pois, que êste poder não é um direito subjectivo em sentido próprio ; e, à parte uma terminologia diversa, devemos dizer-nos concordantes com o cuidado que LIEBMANN põe em evitar o uso do mesmo têrmo para as duas situações heterogénias.

Segundo POMPEO BIONDI, o sujeito titular da acção civil exerce uma função pública, pelo que podemos configurá-lo como um órgão da sociedade.

Também SATTÀ sublinha que a acção não pode construir-se sôbre o terreno da concepção tradicional do direito subjectivo ; êle tenta, pois, enquadrá-la na organização jurídica como um simples poder de carácter abstracto, como um meio de tutela que acompanha e assiste o direito subjectivo no seu caminho e que está vinculado unicamente à condição do interêsse a agir, isto é, a invocar e obter a tutela jurídica.

25. — É evidente que o nosso conceito do direito de acção se encontra em estreita relação com a concepção geral, por nós há muito exposta e definida, que centraliza a essência da organização jurídica não no imperativo, mas tão só na sanção e na coacção. Merece talvez, portanto, notar-se que a alusão mais recente à teoria da acção, embora partindo da aceitação daquela concepção geral, não chega às conseqüências por nós propugnadas. De facto ALLORIO, ao qual aquela noção é devida, embora reconhecendo que a concepção anti-imperativista fazia «obscurer as linhas de distinção entre direito subjectivo e acção» identificadas na fórmula do «poder de promover a sanção ou a coacção», declara que a uma diferenciação entre acção e direito subjectivo substancial («não poderia jãmais renunciar-se, dado que o princípio da autonomia conceitual do direito de acção é uma das mais preciosas conquistas do pensamento processual moderno»). Isto não o impede, de resto, de admitir, duas linhas depois que, «a separação conceitual entre acção e direito substantivo não é na realidade qualquer

coisa de lógicamente necessária» e que ela é «inteiramente do direito positivo».

Ora, estas aceitações que, quasi de mau grado, se fazem de tempos a tempos dos conceitos fundamentais por nós defendidos, são para nós bem mais preciosas do que o seriam adesões abertas. Elas demonstram quanta fôrça, històricamente indesviável, há na concepção do direito, não como imperativo ou como avaliação, mas como *actividade*. É a própria tentativa de querer salvar através interpretações do direito positivo, uma concepção cujo fundamento não pode ser, decerto, senão de ordem puramente lógica, filosófica e talvez também política, demonstra, segundo o nosso modesto parecer, como a moderna doutrina de acção deve, num futuro não longínquo, sentir sempre mais distintamente as contradições lógicas do desdobramento da ordem jurídica estadual, da qual a pretensa recíproca autonomia do processo e do direito é a manifestação decerto mais evidente.

26. — É talvez apenas necessário advertir como fecho que as nossas digressões de carácter històrico, não podem significar nem uma crítica irreverente do que gosa admiração universal, nem uma ilegítima introdução do elemento político na investigação científica. De facto, collocando o pensamento dum cientista no quadro da sua época, acentuam-se os seus méritos e explicam-se os seus inevitáveis defeitos; por outro lado, o facto de trazer à superfície iluminada da consciência as preocupações políticas que podem ter inconscientemente influenciado a elaboração de uma teoria, não introduz, antes pelo contrário elimina, o elemento perturbador da pureza lógica.

Por outro lado, o ter considerado, sob o aspecto político e històrico, as doutrinas sôbre a acção ainda dominantes pode talvez permitir o entendimento dos limites històricos e filosóficos da verdade e do valor da nossa concepção da primazia da acção sôbre o direito substancial. De facto, a nossa concepção é estrictamente condicionada ao seu pressuposto metodológico, isto é, à afirmação de que o Estado é a única fonte do direito objectivo, do qual é nosso papel occuparmo-nos aqui. O campo de applicação da nossa concepção é pois sòmente o direito estadual considerado em si próprio; a teoria da primazia da acção representa não já uma

teoria sociológica, filosófica ou histórica, mas antes uma teoria rigorosa e meramente *jurídica* no moderno sentido técnico desta palavra. A sua evidência salta aos olhos, ousamos julgá-lo, só com o afastar-se da consideração formalmente jurídica das relações jurídicas estaduais tôda a preocupação política, histórica ou filosófica; mas ela appareceria insufficiente por definição se se quisesse fazer dela uma applicação mais ampla, pô-la ou impô-la num campo no qual o direito estadual e o próprio Estado, longe de representarem o mundo em si, são considerados como simples partes de uma complexa vida social e internacional, ou examinados como elementos de relações governadas por leis naturais e económicas precisas ou consideradas à luz dos princípios filosóficos, teológicos e morais, ou avaliados segundo as variáveis exigências políticas.

Os que admitem a existência de um direito natural, de um direito social, de um direito popular ou de um direito científico, ou os que, dando a esta mesma velha exigência uma forma mais moderna, crêm na pluralidade das ordens jurídicas, não poderão, no momento em que consideram o fenómeno como direito em tôda a sua multiplicidade e complexidade, deixar de duvidar do carácter absoluto da primazia do direito público estadual em geral e do primado do chamado direito de acção, em particular.

Aqueles que, ao contrário, pensam que o Estado seja a única fonte do direito ou aqueles que, embora aceitando a teoria da pluralidade das ordens jurídicas, defendem que o campo de pesquisas dos juristas deve ser limitado ao exame da estrutura do direito estadual, não poderão, se conseguem afastar-se das preocupações políticas ou filosóficas, deixar de aceitar, mais cedo ou mais tarde, a concepção que aqui se defende e que se resolve, em substância, numa tese bem simples: na afirmação de que na ordem jurídica *estadual* a actividade do Estado e o correspondente poder de provocá-la (*direito de acção*), são a fonte primária e o fundamento essencial de todo o outro direito, de todo o dever e de tôda a relação jurídica substantiva.

27. — Mas tínhamos já advertido (supra n.º 13) que estas relações jurídicas relativas ao chamado direito substantivo, embora sendo meros reflexos de primária relação com o Estado, chama-

ram a maior atenção dos estudiosos ao ponto de serem designados como relações, direitos ou deveres *primários*. Procurámos dar desta inversão uma explicação histórica. Mas não podíamos deixar de indicar, ao menos fugazmente, um ulterior e não menos profundo significado daquela inversão.

Esta inversão representa de facto, segundo nós, um fenómeno que tem as suas raízes nas características mais essenciais da civilização humana. Na vida do homem e da humanidade, os fenómenos reflexos ou secundários importam, com uma frequência extraordinária, mais que as suas causas, as sensações psíquicas mais do que as reacções físicas, as aparências mais do que a substância, as complicações sentimentais mais do que o instinto sexual que pode ser a sua causa, o sistema da filosofia pessimista mais do que os males físicos que possam tê-la sugerido, a sombra mais do que o corpo que a produziu.

É por isso, segundo nós, natural, ou melhor : humano, que se fale, na vida social e no mundo jurídico, nos termos do direito chamado substantivo. Quem se obstinasse a querer traduzir nos seus termos reais, isto é, processuais, tôdas as situações que na linguagem e nos termos do direito material se exprimem com poucas e precisas frases elaboradas por séculos de civilização jurídica tornar-se-ia pelo menos ridículo, tal como se em lugar de se exclamar por exemplo «Que verde rútilo!» enunciasse os termos físicos da intensidade e da qualidade da irritação, produzida por certos reflexos da luz solar sôbre a retina, que provocou por seu turno a sensação do verde rútilo, e que é talvez a sua própria essência. E quem quisesse reduzir tôda a relação jurídica, ainda que de conteúdo não patrimonial, ao sistema da execução forçada directa e indirecta, que no entanto é a única fonte de existência, no direito Estadual, daquelas relações, appareceria animalmente materialista tal como aquele que quisesse reduzir os sonetos de PETRARCA a uma simples manifestação do instinto fisiológico do amor, que no entanto é uma sua condição necessária. Por outras palavras : corresponde à mais íntima exigência da própria civilização humana o pensar e o dizer : «êlé *deve-me* 100» em lugar de «tenho um meio, se êlé não me dá 100, de enviar-lhe a casa o ofical de diligências».

Mas isto não impede que a função da pesquisa rigorosamente

científica e da reflexão puramente teórica, consiste no facto de reconduzir as coisas ao seu lugar e no facto de distinguir reflexos e sombras de centros de luz e de corpos sólidos ; no reafirmar que, por exemplo : a sensação do verde é a expressão duma irritação da retina e que a sua intensificação está em relação proporcional com aquela irritação, matematicamente determinável pela fórmula de WEBER ; de constatar que o chamado direito subjectivo substantivo não é senão o reflexo secundário do primário funcionamento do direito de acção e de promover, (mediante êste, periòdicamente necessário, retôrno às origens) uma revisão dos conceitos do chamado direito material que muitas vezes sobrevivem à extinção da sua causa processual, como a sensação da luz pode sobreviver, por alguns instantes, à extinção da sua causa física.

A reflexão teorética deve reconhecer a legitimidade histórica do uso e da própria supremacia dos conceitos do direito material ; deve, porém, excluir a legitimidade de qualquer tentativa de sistematização, no mesmo plano, dos conceitos de direito subjectivo substantivo e de direito de acção, tentativa que seria assim tão pouco legítima como a da classificação unitária, por exemplo, das sensações psíquicas e das reacções físicas ou a da integração dos corpos físicos num sistema de estados de alma ; deve finalmente depurar a luta sôbre o conceito de acção e, o que é mais importante, a tormentada doutrina das relações entre direito material e direito processual, daqueles equívocos e daquelas impurezas que a falta de classificação do ponto de partida necessariamente provocou.

Alessandro Peçelis