

# DIREITO SUBJETIVO E DIREITO DE AÇÃO

Uma proposta a respeito da origem, lesão e reparação de direitos.

---

Jonatas Luiz Moreira de Paula

---

Docente da Unipar

## Resumo

O ensaio discorre sobre dois aspectos básicos do Direito: A origem dos Direitos e o Direito de Ação. No primeiro faz uma rápida passagem pela evolução histórica do Direito e no segundo, atem-se ao Direito de Ação como instrumento próprio da Democracia contemporânea.

## Abstract

The assay discourses about two basic aspects of the LAW: The origin of the Rights and the Right of the Action. The first one passes quickly by the historical evolution of the Right and the second, restricts to the Right of the Action as instrument itself of the contemporary Democracy.

## Introdução

### 1. - A ORIGEM DOS DIREITOS

#### 1.1 - Teoria Contratualista

Há muito tempo o homem agia com o intuito de dominar a natureza, tal como ocorreu na Pré-História. Também há muito tempo o homem busca meios de dominar o próximo, em nome da organização social e do bem comum. Na Idade Antiga, temos a confusão da religião com a chefia do governo; na Idade Média, o surgimento dos feudos e, após, o absolutismo das monarquias, como formas de dominação estatal.

Entretanto, como reflexo do Renascimento, começaram a surgir na Europa, doutrinas que forneciam modelos de organização social, que apresentavam em comum, a lei como o único instrumento capaz de organizar e regulamentar a vida em sociedade. Estas doutrinas podem ser agrupadas sob a denominação de *Teorias Contratualistas*.

Destacam-se no grupo das *Teses Contratualistas* autores como Spinoza, Montesquieu, Voltaire e Jean-Jacques Rousseau. Este, na obra *Do Contrato Social* <sup>(1)</sup>, por nós adotado, bem sintetiza a fórmula contratualista.

De fato, salienta o pensador francês que a sociedade daquela época encontra-se num estado natural. O indivíduo detém infinitos "direitos", em razão da sua soberania individual. Entretanto, com vistas à solidariedade e à promoção social, deve o mesmo indivíduo ceder parte da sua soberania, para que, somada às outras cessões de soberanias individuais, resultasse num agrupamento de poderes. Nesse momento, estar-se-ia criando a sociedade, como resultado das aspirações individuais de uma determinada coletividade. Destaca-se, neste ponto, a transposição da sociedade natural para a sociedade politicamente organizada, com finalidade própria e distinta da primeira.

Em seguida, seriam escolhidos representantes da sociedade organizada, e por ela legitimados, para realizar as aspirações sociais, através de um único instrumento de comando, a lei.

A influência das teorias contratualistas foi notória na Revolução Francesa, quando, em 1791, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estipulou no artigo 16, o repúdio de qualquer monarquia européia desprovida de uma constituição escrita, tripartição dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais do homem.

## 1.2 - Direito Subjetivo e Dever Jurídico

A partir da Carta dos Direitos Fundamentais de 1791, as nações ocidentais começaram a outorgar direitos a seus cidadãos através de leis escritas. Tal fenômeno concentrou-se na centúria passada, sendo denominado de Século da Codificação.

A idéia de direito, entretanto, precisava ser delineada com os postulados políticos e científicos da época. Políticos, porque prescindia da autoafirmação pelo Estado de Direito. Científicos, porque se rejeitavam os modelos antigos para aderir à emergente Filosofia Positivista.

A origem do direito, através de uma lei, leva-nos a uma polêmica de extrema importância: o que realmente vem a ser Direito previsto em Lei?

Para responder a essa questão, é preciso recorrer a algumas considerações.

A primeira visa atestar a existência de uma linha de pensamento adotada por parte da doutrina que sustenta ser o Direito Subjetivo a aspiração de um Dever-Ser, a ser recepcionada pela lei escrita, o Direito Objetivo, o Ser. Assim, por exemplo, no artigo 524 do CC., encontramos previsto o direito de propriedade, o que é uma realidade legal, um ser existente no ordenamento jurídico, o próprio Direito Objetivo. O Direito Subjetivo seria a aspiração de que terceiros não ofendam a propriedade alheia.

Neste aspecto, aduzimos, data vênua, nossa discordância, ao afirmar que o Direito Subjetivo se diferencia do Direito Objetivo e do Direito Natural. Com efeito, as aspirações sociais encontram-se agrupadas e não modeladas em regra alguma. Este ponto vem a ser o verdadeiro conteúdo do Direito

Natural, pois lá encontramos a moral, os costumes, os princípios éticos, a justiça popular, etc., enfim, lá encontramos o Direito Não-escrito. Quando estas aspirações são recepcionadas por lei escrita, hipotética, impessoal, genérica e abstrata, estamos diante do chamado Direito Subjetivo, que mantém o dever-ser de uma aspiração de respeito a um bem outorgado pelo Estado. Entretanto, quando o direito dever-ser é desrespeitado e, conseqüentemente, transposto a uma situação concreta, inter-pessoal e regulando uma situação específica, percebemos os efeitos do Direito Subjetivo. Assim, quando o direito subjetivo deixa o seu dever-ser, transformando-se em ser, é porque estamos diante do Direito Objetivo. Ilustramos com a seguinte passagem: a propriedade é uma aspiração social para promoção do bem-estar (Direito natural); a contemplação em lei, seja pela Constituição Federal seja pelo Código Civil (art. 5.º, inciso XXII e 524, respectivamente) é a transformação desta aspiração em Direito Subjetivo, em algo que deveria ser respeitado; e, quando ameaçado ou lesado o Direito Subjetivo à Propriedade, o ordenamento jurídico confere meios para garantir a inviolabilidade ou a restauração do Direito de Propriedade (Direito Objetivo à Propriedade). O melhor exemplo de Direito Objetivo é a jurisprudência.

Ao lado do Direito Subjetivo, encontramos o Dever Jurídico, que não vem a ser a negação do Direito, como querem alguns, mas o pressuposto da existência e dos efeitos deste (Kelsen) <sup>(2)</sup>.

O Direito e o Dever estão em relação direta num enunciado tipificado em lei. A norma contempla direitos a quem se encontra numa determinada situação; conseqüentemente, para a garantia da efetivação do direito consagrado, é previsto o dever para a execução da norma. Assim, por exemplo, se a norma constitucional brasileira consagra o direito de liberdade (art. 5.º, caput) contempla-se o nacional ou o estrangeiro que aqui se encontra e impõe o dever do Estado em respeitar o direito de locomoção.

O Dever jurídico tem como sinônimo a obrigação de cumprir um direito, e, assim como o direito, é previsto em lei. Logo, reafirma-se que o dever jurídico é pressuposto do direito, e não a sua negação.

No tópico a seguir faremos o exame da consequência do descumprimento do dever jurídico.

## **2. - DIREITO DE AÇÃO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO**

### **2.1 - Ameaça e lesão do Direito Subjetivo**

O Direito Subjetivo, enquanto norma hipotética, impessoal, abstrata e genérica, por mais que outorgue direitos aos indivíduos ou à coletividade, não garante a sua inviolabilidade em razão da conduta humana.

Violando o Direito Subjetivo, seja na modalidade ameaça, seja na lesão, ambas representando o descumprimento do dever jurídico, surge em favor do ofendido - titular do direito subjetivo - o poder de restaurar a normalidade e a tranqüilidade do direito.

### **2.2 - Modos de reparar a lesão dos Direitos**

Em poucos casos, admite-se o esforço pessoal e limitado para a defesa do direito, como ocorre, por exemplo, na legítima defesa no Direito Penal (art. 25, CP) ou no desforço da posse no Direito Civil (art. 502. CC).

Entretanto, na grande maioria dos casos, a defesa dos direitos ofendidos se faz através da provocação do Estado-juiz, desinteressado na sorte do conflito e interessado em pacificar o litígio. Este sistema, mormente denominado controle jurisdicional dos litígios, representa, em última análise, a soberania do Estado cumprindo com uma das suas finalidades: distribuir a justiça.

A provocação do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional se faz através da Ação, uma vez que é vedada a iniciativa espontânea do Poder

Judiciário (art. 2.º CPC).

Desta forma, a ação torna-se instrumento de acesso à Justiça que o ordenamento jurídico confere ao cidadão. A repulsa da prática de justiça com as próprias mãos e a opção pelo Poder jurisdicional do Estado refletem a índole democrática do direito de ação.

Muito se debate a respeito da natureza jurídica do Direito de Ação. No início, argumentava-se que a ação não passava de um mero aspecto do direito material (teoria civilista ou privatística). Posteriormente, com os postulados de Windscheid e Müther, identificou-se o caráter autônomo da ação, transpondo-a do direito privado para o direito público. Ainda assim a polêmica não encerrou. Surgiram teses de que o direito de ação é autônomo, mas está em órbita do direito material que a fundamenta (Adolpho Wach e Chiovenda - teorias concretistas) e para Degenkolb e Plosz, o direito de ação independe de qualquer relação jurídica de direito material, bastando apenas uma afirmação, de boa-fé, do fato constitutivo do direito do autor (teoria abstrata) <sup>(3)</sup>.

No Brasil, adota-se a teoria eclética de Liebman, cujos postulados abraçam aspectos da teoria abstrata, ao afirmar a pré-existência do direito de ação a qualquer lesão ou ofensa do direito (art. 5.º, inciso XXXV, CF) e aspectos da teoria concreta, ao elencar condições genéricas da ação (interesse em agir, legitimidade para agir e possibilidade jurídica do pedido) que deverão ser examinados diante da situação posta em juízo. <sup>(4)</sup>.

Entretanto, a melhor contribuição que se deu à polêmica acerca do direito de ação, neste século, coube a Pekelis. Ele ensina que o direito de ação não é direito de agir, mas o direito de fazer agir, concluindo, por isso, que o direito de ação é o único direito subjetivo do indivíduo, buscando na sanção a reparação pela lesão sofrida. <sup>(5)</sup>.

Se nos é permitido fazer alguma reparação ao pensamento de Pekelis, preferimos discordar da redução dos direitos subjetivos a apenas um - direito de ação. É verdade que somente pela ação

poderemos garantir o respeito pelos demais direitos subjetivos, mas o direito de ação é instrumento de soberania que o Estado outorga aos cidadãos, para defesa dos seus direitos e para ter o Estado garantias de obediência às suas leis.

O inverso do desrespeito dos direitos encontramos nas formas alternativas de comportamento, tais como os chamados submundo da máfia, drogras, favelas, etc.

Também é possível afirmar que existem direitos que fazem agir, mas que não constituem direito de ação. Tem-se, por exemplo, o poder de contratar, onde se estipulam direitos e obrigações recíprocas, que, adimplidos, revelam o poder de deliberação dos contratantes.

Adotando em parte a linha de pensamento de Pekelis, aproxima-nos da teoria dos direitos potestativos de Chiovenda.<sup>(6)</sup> Entretanto, de forma alguma, revoga-se o pensamento de Liebman. Ao contrário, neste ensaio apenas discorreremos sobre a gênese do direito de ação.

Desta forma, concordamos com Pekelis ao anunciar que o direito de ação é direito subjetivo, e discordamos ao afirmar que a ação é o único direito subjetivo.

### 2.3 - Sanção pelo descumprimento do dever jurídico

Ofendido o direito subjetivo, seja lesando ou ameaçando, surge em favor do titular do direito ofendido, o poder de reparar o descumprimento do dever jurídico. O poder de reparação será exercido através da ação, e, em poucos casos, pessoalmente, pelo titular.

A ação provocará o desenvolvimento do processo. O processo terá como conteúdo material o direito subjetivo controvertido, que envolve a afirmação de um desrespeito e a contestação da ofensa. Desta maneira, estamos nos aproximando do conceito de lide fornecido por Carnelutti, que vem a ser o conflito de interesses - direito e dever - regulado pelo ordenamento jurídico<sup>(7)</sup>.

Já o conteúdo formal do processo são as condições da ação - genéricas e específicas - e os pressupostos processuais.

A finalidade do processo é o pronunciamento jurisdicional que poderá restringir-se ao conteúdo formal ou alcançar o conteúdo material da relação jurídica processual.

Caso acolhida a pretensão do autor, seu direito subjetivo será reparado sob a forma do Estado. Neste ponto, associamos ao pensamento de Kelsen, de que o Direito é um ordenamento coativo.<sup>(8)</sup>

De fato, uma vez pronunciado o Direito Objetivo - concreto, pessoal e regulando uma situação específica - cabe ao Estado dar efetividade ao seu comando normativo<sup>(9)</sup>. A efetividade do seu comando se dá através da força coercitiva do estado, que imporá ao réu "estado de sujeição jurídica", na qual substituirá a sua atividade primária, com vistas à reparação e satisfação do direito subjetivo ofendido. Tem-se como exemplo a execução forçada com a penhora e venda judicial dos bens do devedor para a satisfação do crédito. A sanção, vista como pena pelo descumprimento de um dever jurídico, revela-se como a outra face do direito. Sem a sanção, não haverá respeito a direitos subjetivos, inimaginável que é, uma coletividade que não transgrida leis.

### 2.4 - Alguns aspectos da ação e da sanção

Vimos que o direito de ação pré-existe em qualquer situação e a qualquer cidadão. Entretanto, persistem algumas considerações a serem feitas.

A primeira visa estabelecer o nosso pensamento acerca das diferenças entre legitimidade extraordinária e substituição processual, que não são nítidas para a maioria das doutrinas.

De fato, como visto, com a ofensa ao direito subjetivo, surge em favor do titular do direito ofendido o direito de ação em relação a este caso. A pertinência subjetiva entre o autor da ação e do titular do direito é idêntica. A essa denominamos de legitimidade ordinária.

Todavia, existem casos em que o titular do direito ofendido não se confunde com o autor da ação. Para estes casos, estamos diante da legitimidade extraordinária, que vem a ser extensão do direito de agir em nome próprio em defesa do direito alheio. Tem-se como exemplo, o direito do Ministério Público ou da Associação de Defesa de Consumidores de ajuizarem ações na defesa dos direitos coletivos dos consumidores. Em tais casos, não há supressão do direito do consumidor em ajuizar sua própria ação (art. 81, CDC).

E também existem casos em que, em decorrência de fato/ato jurídicos no curso da lide, altera-se a presença de pessoas em determinado pólo processual. São os casos de substituição processual, definidos como a troca de pessoas de determinado pólo processual, em razão de fato/ato jurídico no decorrer do processo, para, em nome próprio, defender o próprio direito. Ilustramos com duas passagens: a primeira, com a morte do réu; o espólio irá sucedê-lo no pólo passivo da demanda, defendendo bens e interesses próprios (art. 43, CPC); a segunda se dá numa ação possessória, quando o autor aliena o bem e o comprador sucede em nome próprio, com a anuência da outra parte, para o prosseguimento da demanda e defesa da posse adquirida (art. 42, CPC).

Desta forma, identificamos duas diferenças básicas entre a legitimidade extraordinária e a substituição processual:

- a) a legitimidade extraordinária sempre ocorrerá antes da ofensa ao direito subjetivo do indivíduo, via de consequência, anterior à propositura da ação; ao passo que a substituição processual surgirá após o ajuizamento da ação; e,
- b) na legitimidade extraordinária, temos a defesa de direito alheio em nome do legitimado, ao passo que, na substituição processual, temos a defesa de direito próprio em nome do substituto.

A segunda consideração a ser feita refere-se a um dos temas mais polêmicos do Direito Civil e do Direito Processual: é possível o nascituro exigir

alimentos do suposto pai ?

Em que pesem as opiniões em contrário, somos pela afirmativa, pelas seguintes razões:

a) todo o indivíduo tem direito à vida. Pelo ordenamento jurídico brasileiro, a proteção à vida se dá a partir da concepção do feto, quando o Código Penal, nos artigos 124 e 127, incrimina o aborto;

b) da mesma maneira, o nascituro, que ainda não possui capacidade jurídica, tem a seu favor, contudo, a antecipação dos direitos hereditários, na compreensão do artigo 4.º CC.;

c) sendo assim, como o direito à vida é um dos postulados máximos dos direitos subjetivos fundamentais do homem, somando-se à sistemática jurídica por admitir a proteção ao nascituro, somos favoráveis à afirmação da possibilidade de concessão de alimentos (em sede de medida cautelar de alimentos provisionais). O nascituro pleiteará em nome próprio e representado por sua mãe, com a advertência do § único do artigo 462 do CC. A concessão de alimentos visa dar guarida à proteção jurídica que o Código Penal e o Código Civil determinam em favor do nascituro, bem como satisfazer o direito subjetivo à vida.

Finalmente, a terceira consideração a ser feita é em relação à proporcionalidade da execução judicial. Lançamos o problema: o credor de 100 executa o devedor, pleiteando 500. O excesso da pretensão resulta na improcedência total ou parcial da execução ou simplesmente na falta de interesse de agir do credor ?

Temos que a resposta à questão formulada cinge-se na falta de interesse de agir do credor, em razão da violação do critério de proporcionalidade, tornando inútil o instrumento utilizado.

De fato, Cândido Rangel Dinamarco aponta os dois elementos do interesse em agir: a) necessidade concreta do exercício da jurisdição; e b) adequação do provimento pedido e do procedimento escolhido. O primeiro elemento está satisfeito, o que não ocorre, porém, com o segundo. Pois, para que haja adequação, é preciso que o

provimento da execução seja ao do direito a ser satisfeito, nunca mais, nunca menos. Pede-se 100 para satisfazer 100.

Como conseqüência da posição firmada, o incidente do excesso da penhora, em razão do pedido-excesso, deverá ser resolvido no juízo em que se efetivou a constrição judicial, pois, afinal, se trata de questão de condição da ação, por desrespeito ao interesse de agir.

### 3. - CONCLUSÕES

- a) A lei estipula uma relação direito-dever, outorgando bens da vida aos seus titulares e o dever de respeito a terceiros;
- b) o direito subjetivo vem a ser a norma hipotética, abstrata e impessoal que, ao regular uma situação específica, pessoal e concreta, passa a ser denominada direito objetivo. Exemplifica-se o direito subjetivo como a previsão do direito de propriedade pelo artigo 524 do CC., já o direito objetivo é ilustrado como a jurisprudência a respeito da ofensa ao direito de propriedade;
- c) o direito de ação é instrumento democrático que permite ao cidadão ter acesso ao serviço público de distribuição da justiça;
- d) o direito de ação pré-existe a todos os indivíduos; entretanto, para ser exercido, é preciso que surja ofensa ao direito subjetivo;
- e) a sanção é pressuposto do direito e é meio coercitivo para a sua integralidade;
- f) a legitimidade extraordinária distingue-se da substituição processual pelo fato de que a primeira ocorre antes da ofensa a direito subjetivo e favorece ao legitimado pleitear em nome próprio a defesa de direito alheio, ao passo que, a substituição processual poderá surgir no decorrer do processo, após o acontecimento de superveniente ato/fato jurídico e o substituto pleiteia direito próprio em seu nome;
- g) o nascituro tem direito de pleitear alimentos, em sede cautelar, uma vez que o ordenamento confere proteção jurídica; e
- h) o excesso de pedido no processo de execução gera carência de ação por falta de interesse de agir,

que não é senão falta de adequação proporcional à pretensão. Conseqüentemente confere ao juízo que realizou a constrição dos bens do devedor competência para discutir o excesso da penhora em razão do pedido abusivo.

### Bibliografia

01. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Rio de Janeiro. Teconoprint Gráfica e Editora: 1971. Trad. do original francês Du Contrat Social por Antonio P. Machado.
02. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra. Armênio Amado Editor: 1974. 3ª ed. Trad. do original alemão Reine Rechtslehre por Dr. João Baptista Machado. Em especial Capítulo IV, tópico "b".
03. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva: 1994. 17ª ed. 1ºv., p. 143-151.
04. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. Forense: 1984. v.I, p. 153-161. Trad. do original italiano Manuale di Diritto Processuale Civile por Cândido Rangel Dinamarco.
05. SANTOS, op. cit., p. 151.
06. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva: 1965 v. I, p. 54. Trad. do original Istituzioni di Diritto Processuale Civile por J. Guimarães Menegale.
07. LIEBMAN, op. cit., p. 6.
08. Em especial ao Capítulo IV, p. 163 e segtos.
09. Sobre a efetividade do processo, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. São Paulo. Malheiros: 1994.