

CARÊNCIA DE AÇÃO

LUIZ PEREIRA DE MELO
Desembargador do Tribunal de Justiça
e Professor Fundador da Faculdade de
Direito de Sergipe

O direito, que é a ciência do raciocínio, condensa um conjunto de princípios que estabelecem o "modus vivendi" das pessoas na sociedade.

É o veículo propulsor, que prescreve o equilíbrio das relações, evitando os dissídios de interesses individuais existentes na coletividade.

São normas que asseguram o exercício dos direitos.

Assiste ao Estado, sem dúvida, a tutela dos direitos individuais.

Recorda Manfredini, em seu vulgarizado livro — "Programa Del Corso di Diritto Giudiziario Civile" (n.º 779), que — a lei e o juiz são duas forças estáticas de sua própria natureza.

A sua atividade é preventiva, antes de tudo, pois basta às vezes a só existência da lei e a presença do juiz para serem contidos os indivíduos, evitando-se as demandas.

A lei e o juiz não têm iniciativa repressora.

O vocábulo ação, na seara jurídica, consoante o ensinamento de Chiovenda, estratificado no seu famoso — "Dizionario Pratico Del Diritto Privato", editado sob a orientação do eminente jurista italiano Scialoja, tem a seguinte acepção:

- 1) — defesa do direito mediante à lide;
- 2) — complexo dos atos constitutivos do juízo;
- 3) — "jus quod sibi debeat judicio persquendi";
- 4) — "Anspruch", termo empregado pelo art. 194 do Código Civil Alemão, para significar o direito de exigir de outrem que pratique ou deixe de praticar certo ato;
- 5) — demanda, "petitum", uso concreto da ação;
- 6) — pretensão produzida em juízo.

Planiol sempre contemplou na ação um "direito potencial", dependente do direito subjetivo.

Mattirolo conceituou a ação como o direito elevado à segunda potência.

Savigny disse que a ação é a metamorfose do direito, é o direito novo emergindo da violação do direito subjetivo.

E o nosso sempre invocado Teixeira de Freitas define a ação como o direito de fazer valer em juízo um direito subjetivo; é a faculdade complementar, sem a qual seria êle illusório.

O saudoso civilista pátrio Clóvis Beviláqua disse que a ação é o elemento constitutivo do direito.

Em sua preciosa obra — “Exegese do Código do Processo Civil” (vol. 2.º, págs. 85 e 99), Antônio Pereira Braga afirma e com muito senso que — “não há um direito à ação diverso daquele mesmo direito que ela tem por fim efetuar.

A ação é o próprio direito, porque a um direito não corresponde outro direito”.

E conclui admiravelmente — “o sol ilumina o corpo e produz a sombra; a lei vivifica o direito subjetivo e lhe dá a ação. Nem a sombra é coisa diversa do corpo, porque sem êste não existe, nem a ação é coisa diferente do direito pois sem êle igualmente não existe”.

A ação é um direito autônomo.

Da essência processual, está contudo condicionado à existência do direito subjetivo.

Os juristas alemães costumam proclamar que a ação é o direito de uma sentença justa.

Deve-se a Adolfo Wach, como um dos precursores do processo moderno, ter elevado a ação na seara do direito público, justamente como expressão de “uma relação entre o indivíduo e o Estado”.

A ação, recordou Chiovenda, “é o poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei”.

Prescreve o art. 2.º do Código de Processo Civil:

— “Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse econômico ou moral”.

O código no preceito acima estabelece que é necessário para propor ou contestar ação, que exista legítimo interesse, econômico ou moral.

Na carência de ação é imprescindível, acima de tudo, que realmente exista o direito, uma vez que a “ação pressupõe o direito”.

Sendo a ação o direito em movimento, necessita, diz o Código de Processo Civil, que exista aquêle conjunto: interesse econômico ou moral.

Tratando do interesse do agir, Eduardo Espínola teve o ensejo de lembrar:

— “o interesse de agir é o proveito ou utilidade que presumivelmente se colherá do fato de propor ou contestar uma ação, no sentido de assegurar ou restabelecer uma relação jurídica.”

Seria, sem dúvida, um despautério jurídico alguém suscitar litígios que não lhe sejam úteis.

Ficariam os juizes passíveis de perda de tempo inútil, em processar e decidir causas supérfluas.

Recorda Garsonnet, em seu — “Traité”, (n.º 359, nota 15) que um certo Tribunal da França julgara que — um interesse mínimo é insuficiente para justificar o exercício de uma ação e por essa razão deixou de acolher a ação de perdas e danos intentada pelo tradutor de uma obra estrangeira, sob o fundamento de que a edição não trazia, na capa, seu título de nobreza e continha, além disso, erros de ortografia”.

O fato ocorreu no decurso do ano de 1883...

Carvalho Santos combateu aquela tese francesa por isso que, não se referindo a lei à extensão do interesse que se faz necessário existir, aos tribunais não é lícito cogitar de sua medida, nem do seu valor”.

Na verdade o interesse ou existe, ou não existe.

O interesse, que tem que ser atual, deve promanar de violação do direito.

Pontes de Miranda, estudando o assunto, doutrina com o vigor de sua cultura que:

— “nada obsta, todavia que se lhe admita que o interesse, a que alude a lei, tenha um significado mais liberal, referindo-se a todo interesse humano, que está vinculado a tudo de que se necessita para subsistir e para viver bem: e, neste sentido, interesse é o valor que possui uma coisa ou uma relação”.

Sempre entendi que o interesse será sempre legítimo quando está em consonância com o direito que se aprecia na demanda.

Daí Mattiolo elucidar o assunto, achando que — o interesse é coisa essencialmente distinta do direito, como o útil é distinto do justo: a ação diz respeito apenas à tutela do direito, enquanto que o interesse é a mola que a põe em exercício. (“Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano”, vol. I, n.º 56).

Carvalho Santos, opina que essa é a realidade, que melhor se acentua se se tiver em vista que o interesse, quando desacompanhado do direito, não dá lugar a nenhuma ação, nem faculta a ninguém o ingresso em juízo.

Lembremo-nos de que o exercício da ação pressupõe um elemento vital, qual seja a capacidade.

Capacidade, é evidente, de exercício.

É o caso por exemplo dos menores que, embora sendo parte, não possuem capacidade para “estar por si mesmo em juízo”.

O preceito do art. 2.º do Código de Processo Civil é inegavelmente uma norma de caráter universalmente adotada pelos povos civilizados.

O Excelso Pretório da República decidiu mui juridicamente:

“O herdeiro de sócio é parte legítima para pedir a dissolução de sociedade que atingiu o termo de sua duração”, em acórdão unânime na oportunidade do recurso extraordinário n.º 14.897, em que fôra relator o ministro Hahnemann Guimarães.

Certa feita o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, hoje Estado da Guanabara, em brilhante acórdão que — a expectativa de prejuízo não autoriza o pedido em apêço.

O código admite é bem verdade uma presunção de dano, oriundo do inadimplemento da obrigação (art. 1056 do Código Civil).

O ônus da prova do dano cabe, porém, ao credor.

A jurisprudência pátria já decidira em um dos Tribunais do Norte do país que — “o noivo é parte legítima para pedir o suprimimento do consentimento do pai da noiva para o casamento”.

Efetivamente o interesse de agir, “necessário para propor ação, se concretiza mediante simples prejuízo potencial.

Só para a ação de indenização se exige o dano efetivo”.

Apura-se o interesse no decurso da demanda; enquanto que a qualidade colhe-se em relação ao título “na verificação dos documentos sem os quais a lei não admite a ação, ou em relação à pessoa, na verificação da indentidade entre a pessoa do autor, a do réu e aquela a quem a lei concede a ação”.

A carência de ação é um reflexo da violação de um direito.

Por sua vez, estabelece o parágrafo único do art. 2.º:

“O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento”.

Nos termos do parágrafo único do art. 2.º do Código de Processo Civil, a doutrina vem acentuando que o interesse do autor poderá “limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica”.

Costa Manso, ao ensejo da elaboração do Projeto do Código de Processo Civil do Estado de São Paulo, antes portanto, da unificação do direito processual, doutrinou: “Assegurar é garantir. Garantir não é apenas restaurar.

Também se garante pela prevenção do dano”.

Segundo a lição do publicista Alfredo Buzaid, consignada em sua obra — “Ação declaratória”, (2.ª ed. n.º 25), — a ação declaratória negativa tem por escopo típico eliminar dúvida, que se possa levantar acerca de relação jurídica”.

Determina, por sua vez o art. 3.º do Código de Processo Civil que:

“Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro”.

O Código Civil pátrio já regulava o assunto previsto no texto do artigo acima enumerado.

Doutrina e jurisprudência sempre estiveram em harmonia de pensamento.

Invocando-se, assim, o pensamento do professor San Tiago Dantas, em sua obra — “O Conflito de Vizinhança e sua Composição” — depreende-se que a teoria de emulação, em verdade, funda-se no princípio geral, que estabelece serem proibidos todos os atos praticados com a exclusiva intenção de prejudicar a alguém, mesmo que tais atos quando praticados sem essa intenção, sejam permitidos”.

É norma estabelecida pelo art. 76 do Código de Processo Civil, que para propor ação é preciso ter legítimo interesse econômico ou moral.

Sem dúvida que as portas do pretório “nunca devem conservar-se cerradas aos que necessitam a êle recorrer.

Quem o faz, poderá ver decaída a sua pretensão, poderá ver frustradas as suas esperanças, pela vitória da sua causa.

Mister, porém, que essa pretensão e essas esperanças sejam animadas, pelo sópro do direito, embora aparente”.

Não é a parte quem vai proclamar o seu direito, mas a Justiça.

Não possui necessidade de ação aquêle que sem base alguma, sem fomento de direito, sem patentear legítimo interesse de agir, demanda por mero capricho, vaidade ou ódio pessoal ou cousa semelhante...

É bem verdade que aquêle que exerce um direito não será passível de censura.

Há, porém, o abuso do direito de demandar.

Verificar-se-á no próprio exercício dos meios de defesa.

Nada mais racional do que responder o autor pelo dano proporcionado ao réu, como consequência de erro grosseiro na proposição de demanda.

Evidentemente o erro grosseiro revela a temeridade “com que procedeu o agente e, assim, deve ser êste condenado a pagar à parte vencedora as custas do processo e os honorários de advogado, que constituem dano infligido ao réu”, norma que o legislador estabeleceu no art. 63 do Código de Processo Civil.

Certa feita, no seio do Tribunal de Justiça, proclamamos que a prova da intenção tendenciosa é decisiva para evidenciar o sentido de emulação.

Positivamente a intenção de prejudicar patenteia inconcusamente o dolo.