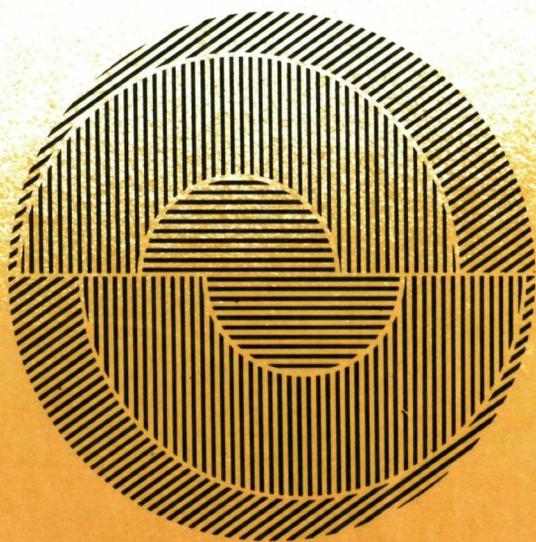


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 100

A teoria das ações em Pontes de Miranda (*)

CLÓVIS DO COUTO E SILVA
Catedrático de Direito Civil da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Ninguém ignora que a teoria da ação é um dos temas mais complexos do processo civil. Esta complexidade cresce extraordinariamente de ponto, quando se cuida de estudá-la em PONTES DE MIRANDA, em razão de seu método original de analisá-la. Acresce, ainda, a circunstância de não serem muitos os que compreendem a originalidade de sua teoria e o valor de sua contribuição para a teoria geral do processo. Para isso, seria necessário ter um conhecimento aprofundado da ciência processual da primeira metade deste século na Alemanha e na Itália. Não é necessário acrescentar que são raros os que possuem este conhecimento. Em sua maioria, os processualistas analisam apenas os aspectos dogmáticos atuais do direito processual, livres de toda e qualquer preocupação de aplicar elementos da teoria geral do direito ou de fazer uma história dos conceitos.

A presente exposição terá, assim, duas partes: na primeira, procurar-se-á descrever a ciência processual de seu tempo; numa segunda parte, a sua contribuição a esta mesma ciência processual, no pertinente à teoria da ação.

I. *A Teoria das Ações antes da segunda metade do século XX*

Esta divisão se impõe porquanto são os *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, publicados a partir de 1949, a sua obra acabada a este respeito. Ainda quando se tome como marco fundamental para o início do tratamento científico do direito processual — isto é, do exame do processo à luz de doutrinas dos mestres do pensamento processual moderno — o *Tratado da Ação Rescisória*, parece certo que o desenvolvimento de sua *Teoria das Ações* somente surge com a publicação dos mencionados *Comentários ao Código de Processo Civil*.

(*) Conferência proferida na Semana Pontes de Miranda (7 a 9 de setembro de 1987) em Belém do Pará, a convite do TRT — 8ª Região.

Vejam, pois, qual seria o universo de conceitos dentro do qual PONTES DE MIRANDA desenvolveu a sua teoria das cinco cargas ou dos cinco efeitos das ações.

O direito processual é um direito recente. Ele se desenvolveu na mesma época em que o direito administrativo e manteve com ele relações profundas. Ambos esses direitos, o processual e o administrativo, devem muito ao direito civil. Começa a desenvolver-se o direito processual moderno, como ninguém ignora, através da concepção de o processo se constituir numa relação jurídica. Pode-se afirmar que esta concepção nasce no ano de 1868, com a obra de OSKAR BÜLOW a respeito dos pressupostos do processo em que ele combate a noção de serem as exceções processuais exceções impeditivas do processo (1). Foi ele quem criou a expressão "presupostos processuais". Ele passou a aplicar no processo civil a noção de "Tatbestand" que PONTES DE MIRANDA tanto enfatiza em suas obras e que ele traduziu por "suporte fático". Foi a necessidade de aplicar essa noção que levou OSKAR BÜLOW a formular a pergunta: quais seriam os pressupostos constitutivos, ou na linguagem de PONTES DE MIRANDA, quais os pressupostos da existência da relação processual? Com isso, invertia-se o modo de tratar o processo e adotava-se, pela primeira vez, o conceito de relação jurídica processual e a noção de pressupostos processuais.

"Tatbestand" é uma noção de teoria geral do direito ainda quando à época não se tivesse dessa disciplina uma idéia definida. Procuravam-se, no direito civil, princípios e modelos jurídicos mais abrangentes ainda quando não se tivesse uma noção clara da existência de uma Parte Geral do direito civil. Essa busca incessante de conceitos mais amplos vai dar origem, mais tarde, à teoria geral do direito, e a técnica legislativa vai introduzir, em alguns códigos civis, uma Parte Geral. É tudo isto uma decorrência da ciência do direito da primeira metade do século XIX, que resulta, sobretudo, das obras de SAVIGNY, especialmente do *Sistema do "Direito Romano Atual"*.

Os autores que então se dedicavam ao processo civil eram, em geral, grandes romanistas, e, em consequência, consumados civilistas. Não havia a noção estreita de especialização, como sucede na atualidade. OSKAR BÜLOW, por exemplo, era não só uma grande romanista, pois havia sido professor de direito romano, como também um grande civilista, com uma contribuição das mais importantes, talvez tão importante quanto a que realizaria no processo — para a teoria do negócio jurídico (2). Eram juris-

(1) *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, pp. 5 e segs. A respeito, ver nosso ensaio "Contribution à une Histoire des Concepts dans le Droit Civil et dans la Procédure Civile", in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 14 (1985), pp. 291 e segs.

(2) *Das Geständnisrecht, ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg, 1899.

tas, portanto, que, ao escreverem sobre o processo civil, tinham em vista os conceitos utilizados no direito civil.

Essa situação se modificou no início do século XX por força da especialização: são raros os autores que dominam, com igual rigor, o direito material e o processual. Uma grande exceção neste tipo de formação especializada é PONTES DE MIRANDA, porque foi, ao mesmo tempo, o maior de nossos civilistas e o maior de nossos processualistas. Com uma visão global do fenômeno jurídico, ele pôde observar o mesmo conceito repercutindo em vários setores do direito.

O que teria ocorrido no século passado no pertinente à *Teoria das Ações*? Cumpre referir-se, especialmente, ao direito alemão, porque o diálogo de PONTES DE MIRANDA se relacionava, sobretudo, com as ciências alemã e italiana do processo civil. Mas foi com o direito alemão que o diálogo se estabeleceu com maior intensidade.

Como ninguém ignora, foi ele, desde cedo, impregnado pelo espírito da Escola de Recife. Mais tarde, aprofundou-se nos estudos do direito alemão e esteve várias vezes na Alemanha, proferindo conferências no Kaiser Wilhelm Institut, atualmente Max Planck Institut, e mesmo na Universidade de Berlim. Ele foi professor visitante nessa fundação e lá conheceu, ao redor de 1920, aqueles que eram talvez os maiores juristas da época. Percebe-se o resultado desse contato frutuoso em muitas de suas obras.

No pertinente à *Teoria das Ações*, é comum a observação que ela se constitui no núcleo central da mudança do tratamento dado ao processo com a superação do método adotado pelos praxistas — que não se interessavam por esse aspecto —, pelos processualistas, que procuravam estabelecer os conceitos fundamentais da teoria do processo.

Em boa parte do século passado eram conhecidas apenas as ações declarativas e condenatórias⁽³⁾. Essas ações eram puras: não se pensava, ainda, na cumulação de efeitos. Depois vieram as constitutivas; não foi fácil adotar o termo constitutivo para essa nova classe de ações. KONRAD HELIWIG, um dos grandes processualistas do início deste século, tinha a concepção de que essas duas classes de ações não esgotavam todas as espécies. Mas parece certo que se deve a SCHRUTKA VON RECHTENS-TAMM⁽⁴⁾ a afirmação de as ações constitutivas formarem uma terceira categoria, ao lado das ações declaratórias e condenatórias.

(3) Ver Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozesrechts*, t. 1, Leipzig, 1885; a respeito das ações constitutivas, ver Paul Ramer, *Die prozessuale Gestaltungs-klage des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht*, Zürich, 1973, pp. 3 e segs.

(4) *Grünhut Zeitschrift*, t. 16, 1889, pp. 17 e segs.

Mais tarde, o tratamento das ações, e especialmente das constitutivas, foi objeto de um amplo estudo de PAUL LANGHEINEKEN, considerado, ainda hoje, como um clássico (5). E, por fim, a autonomia das ações constitutivas recebeu um vigoroso impulso de EMIL SECKEL, em sua conferência, no ano de 1903, "Os Direitos formativos do Direito Civil" (6). Nela, aborda as idéias de KONRAD HELLWIG e afirma, também, a existência das ações constitutivas e salienta que as sentenças proferidas nesta ação, as sentenças constitutivas, podem resultar do exercício de um direito peculiar, até então não perfeitamente definido, do "direito formativo".

Apesar disso, a questão não se resolveu com facilidade. Observe-se que o modo de raciocinar profundamente arraigado pela tradição é o da classificação segundo o gênero e a espécie e, por isso, durante todo o século passado, era comum distinguirem-se as ações em declaratórias e condenatórias; e elas esgotariam todas as espécies possíveis de ações. Em conseqüência, muitos juristas consideraram as ações constitutivas como simples modalidade das ações condenatórias. Com o tempo, um número sempre maior de processualistas começou a reconhecer a autonomia das ações constitutivas em face das condenatórias. A doutrina passou, a partir de então, a admitir apenas três espécies de ações: as declarativas, condenatórias e constitutivas.

Quando GEORG KUTTNER, em 1914, mencionou a existência das ações mandamentais, como categoria autônoma, reacendeu-se a discussão.

Como ação mandamental, ou sentença mandamental, entende GEORG KUTTNER (7) aquela em que "o juiz, sem proferir uma decisão suscetível de gerar coisa julgada a respeito da relação jurídica de direito privado, determina, imediatamente, que um outro órgão do Estado, uma autoridade pública ou um funcionário público, venha a tomar ou deixar de tomar uma medida especificada na sentença, dentro dos limites da competência da aludida autoridade, mediante novo pedido da parte vitoriosa no processo".

Pensava GEORG KUTTNER haver criado uma quarta espécie de ação ou sentença: as ações ou sentenças mandamentais. O método não era o da classificação pelo gênero e espécie, e, sim, pelo exame da eficácia das ações ou, mais especialmente, da eficácia das sentenças.

A grande dificuldade no reconhecimento das ações mandamentais resultou da *vis atractiva* das ações condenatórias. Como se verifica do estudo da história dos conceitos das ações e sentenças, a ação condenatória

(5) Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zum Löhre von Klagrecht, Leipzig, 1899, pp. 200 e segs.

(6) Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Darmstadt, 1954, p. 12.

(7) Die Urteilwirkungen ausserhalb des Zivilprozesses, München, 1914, p. 22 e segs.

foi, para a maioria dos autores, o gênero de todas as ações que não fossem simplesmente declaratórias (8).

Já vimos que a autonomia das ações constitutivas que se inicia com SCHRUTKA VON RECHTENSTAMM encontrou enormes obstáculos. O destino das ações mandamentais não foi muito diverso. Descobertas por GEORG KUTTNER, o conceito pareceu restrito. Primeiro, porque as sentenças mandamentais não geravam coisa julgada; depois, porque se dirigiam, apenas, a outros órgãos do Estado; e, finalmente, porque dependiam de um novo pedido das partes.

Observe-se que GEORG KUTTNER pretendia descrever a autonomia das ações e sentenças mandamentais com rigorosa precisão, de molde a evitar, com toda a certeza, a afirmação de que as ações ou sentenças mandamentais outra coisa não seriam senão mera espécie das ações condenatórias. A afirmação de as ações ou sentenças mandamentais não se constituírem em categoria autônoma veio a prevalecer entre os juristas europeus, com a exceção, designadamente, de JAMES GOLDSCHMIDT (9).

Contudo, JAMES GOLDSCHMIDT chegou à surpreendente conclusão de as ações mandamentais serem o gênero e as condenatórias simples espécie. Em conseqüência, manteve a divisão tradicional em três espécies, mas estas agora seriam formadas pelas declaratórias, constitutivas e mandamentais. E a razão, para isto, está em que ele não via "na essência das ações condenatórias uma ordem para prestar, mas um título executivo, isto é, uma ordem de execução endereçada aos órgãos que a devem realizar".

II. *A hierarquia dos efeitos das ações e das sentenças*

Era essa a teoria das ações e das sentenças ao tempo em que PONTES DE MIRANDA escreveu o *Tratado da Ação Rescisória*, os *Comentários ao Código de Processo Civil* e o *Tratado das Ações*.

Um dos raros juristas a preocupar-se com o assunto foi PONTES DE MIRANDA, e o seu pensamento nessa matéria se estratifica nos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, e especialmente na mais importante monografia sobre processo que se publicou entre nós, o monumental *Tratado das Ações* (10). A particularidade da teoria de PONTES DE MIRANDA está em classificar segundo a sua eficácia as ações ou sentenças, tomando em consideração, sobretudo, o efeito principal. É este o

(8) A teoria da lide, como pretensão resistida, provém, de certo, da época em que as ações condenatórias eram o gênero por excelência de todas as ações que não fossem declaratórias. Admitindo-se que muitas ações constitutivas, não todas, resultam do exercício de direitos formativos, isto é, de direitos que não são dotados de pretensão, tornou-se difícil definir a lide como pretensão resistida.

(9) *Der Prozess als Rechtslage*, p. 496, nota 2.615, Berlim, 1925.

(10) *Tratado das Ações*, São Paulo, tomos 1 a 7 (o 1º tomo é de 1970).

efeito que define a ação como declaratória, condenatória, constitutiva, executiva ou mandamental. Se a simples “descoberta” da autonomia das ações constitutivas por SCHRUTKA VON RECHTENSTAMM já se constituiu num episódio marcante para a ciência processual, sucedendo o mesmo com as ações mandamentais por GEORG KUTTNER, o que se dirá da transformação de todas essas idéias ao contato de uma mente extremamente poderosa como a de PONTES DE MIRANDA? A transformação opera-se pela aplicação do conceito de quantificação à *Teoria das Ações*. Ainda hoje há enorme resistência à aplicação desse tipo de raciocínio ao direito, em virtude, especialmente, da distinção entre ciência do espírito (moral sciences) e ciências da natureza.

Como elemento explicativo, especialmente para aferir diferenças entre eficácias, pode ser da mais alta relevância. A percepção fica muito mais clara e as diferenças, que nem sempre aparecem na simples classificação por gênero e espécie, tornam-se mais evidentes. Poucos autores tiveram uma noção da existência de efeitos preponderantes em matéria de teoria das ações. No geral, essa visão se relaciona, apenas, com os efeitos das ações condenatórias. Nesse sentido, PAUL LANGHEINEKEN foi, talvez, o primeiro a ter essa intuição, ao afirmar que nas ações condenatórias “a ordem contida na sentença constitui a parte principal de seu conteúdo e a declaração do direito somente um seu elemento secundário”⁽¹¹⁾. Verifica-se, contudo, que PAUL LANGHEINEKEN não distinguia ainda das ações condenatórias as ações executivas e mandamentais, pois o conteúdo das ações condenatórias era a ordem de prestar compreendida em seu sentido mais amplo.

Entretanto, o modo de classificar as ações em PAUL LANGHEINEKEN não era o comum em seu tempo, pelo gênero e espécie — ainda quando aluda ao conteúdo das sentenças —, mas pela eficácia; e daí se compreende o tratamento minucioso, e até hoje atual, por ele realizado, dos diversos tipos de ação, e, especialmente, das ações constitutivas.

A contribuição de PONTES DE MIRANDA consistiu em inter-relacionar as diversas eficácias das ações segundo um critério de preponderância ou de hierarquia de efeitos que não é comum nas ciências do espírito especialmente no direito. Para isso, impunha-se uma tarefa preliminar. A análise de todos os tipos possíveis de efeitos das ações ou das sentenças, segundo um critério de preponderância. Nesse ponto reside a sua grande contribuição à teoria das ações, desenvolvida no seu magistral *Tratado das Ações*.

Os autores alemães e italianos até a atualidade não foram muito além das afirmações de PAUL LANGHEINEKEN. Até mesmo alguns, que racio-

(11) “Dieser Urteilsbehl representiert den Hauptbestandteil der Urteilsinhalt, jene Rechtsfeststellung dagegen nur ein sekundäres Urteilelement” in: *Der Urteilsanspruch* cit., p. 203.

cinam pelos critérios tradicionais de gênero e espécie, chegam mesmo a reduzir a duas as categorias de ações, como sucede, por exemplo, com PETER SCHLOSSER, ao afirmar que as ações seriam declaratórias ou constitutivas. As ações condenatórias e as mandamentais não se constituiriam em categoria autônoma, pois seriam apenas espécies das ações constitutivas. As ações condenatórias seriam constitutivas no plano processual em razão de seu efeito executivo, o que os diferencia das simplesmente declaratórias (12).

Para os que procuravam examinar os diferentes efeitos das ações e sentenças a dificuldade maior situava-se na autonomia das ações executivas e das mandamentais em face das ações condenatórias. Essa autonomia, como se sabe, é negada pelos autores que adotam a divisão tradicional das ações em declaratórias, condenatórias e constitutivas.

Não só isso. Outras questões importantes para a teoria da ação foram objeto de acirrada discussão, como, por exemplo, a de saber se as ações constitutivas e as mandamentais faziam coisa julgada. A respeito de ambas, pronunciou-se JAMES GODSCHMIDT, tendo as respectivas sentenças como suscetíveis de fazer coisa julgada (13). Mas essa opinião não foi prevalente durante largo espaço de tempo. E a respeito do *quantum* de declaratividade necessário para gerar coisa julgada a posição de PONTES DE MIRANDA foi pioneira, pois não basta dizer que há elemento declaratório na sentença para concluir que ela produz coisa julgada. É necessário que a declaração atinja uma certa intensidade.

Por fim, havia as ações executivas. Essas ações eram conhecidas desde o direito romano, mas delas não se tinha uma noção exata. A executividade era o efeito peculiar das ações divisórias, e se consubstanciava na *adjudicatio*. A particularidade das ações executivas é a de que elas não necessitam de propositura de uma nova ação, da *actio iudicati*, para que se realize a expropriação.

Pensava-se, por igual que as ações não possuíam, em geral, mais do que dois efeitos: o efeito preponderante, que poderia ser condenatório ou constitutivo; e o efeito secundário, declaratório. Se a ação fosse declaratória, não se cogitaria de nenhum outro efeito.

PONTES DE MIRANDA utiliza-se do que ele denomina de “análise espectral”, ou seja, da análise interna das ações e não da análise externa, que via apenas três espécies. A classificação das ações e sentenças em apenas três espécies não levava, como não levou, ao exame rigoroso dos efeitos executivos e mandamentais contidos nas ações e nas sentenças. E o que é pior; deu o mesmo tratamento a efeitos absolutamente diversos. Por esse motivo, classifica PONTES DE MIRANDA as ações ou sentenças por seu

(12) *Gestaltungsklage und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, pp. 102 e segs.

(13) *Der Prozess des Rechtslage*, cit., p. 496, nota 2516.

efeito preponderante, sem excluir a existência simultânea dos demais efeitos. Os efeitos secundários se relacionariam uns em face dos outros segundo uma hierarquia, ou seja, na conformidade dos graus de eficácia próprios de cada ação ou sentença. Essa idéia de mútua inter-relação necessária de efeitos é peculiar a uma relação de preponderância ou de hierarquia, no sentido de que todas as ações devem possuir, em graus diversos, a totalidade dos efeitos. Ainda que seja possível discutir esse aspecto, é fora de dúvida que nenhum autor examinou, com rigor semelhante, os diferentes efeitos das ações e das sentenças. Um exemplo tirado ao acaso poderá ilustrar esse aspecto. Qual a distinção entre as ações de manutenção e de reintegração de posse?

Na ação de manutenção, afirma PONTES DE MIRANDA, “há forte elemento declarativo; mas o elemento executivo é ínfimo: “mantém-se” apenas; não se procede a qualquer expropriação, em *lato sensu* não se invade a esfera jurídica do terceiro. Na ação de reintegração, o elemento condenatório cresce, o de execução passa à frente do declaratório e do próprio elemento mandamental. A sentença que reintegra executa. O mandado é, aí, mero instrumento de execução. De modo que, classificadas as ações pela preponderância da eficácia, como devem ser, as ações de manutenção são mandamentais; e as ações de reintegração executivas (14)”.

Difícil, senão impossível, seria a tentativa de classificar as ações de manutenção ou reintegração de posse como declaratórias, condenatórias e constitutivas. É que muitos autores não percebem que é necessário analisar a hierarquia dos efeitos, sem o que a classificação perde em certeza e se reduz a uma simples opinião. Esse critério de hierarquia, de prevalência, foi adotado por PONTES DE MIRANDA no exame das ações declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, estabelecendo com clareza exemplar conceitos que permanecem confusos ainda entre os melhores autores. Uma das razões para esta confusão poderá estar numa inexacta compreensão da teoria da “jurisprudência de interesses”, formulada por PHILIP HECK, de que resultou no abandono lamentável dos estudos a respeito da história dos conceitos. Ainda quando seja condenável o excessivo conceitualismo, especialmente na aplicação do direito (15), é fora de dúvida que uma das tarefas mais importantes dos juristas é a de aperfeiçoar os instrumentos de compreensão do direito, tanto vale dizer, a de submeter a uma crítica permanente os seus conceitos. Como quer que seja, são poucas as obras realmente importantes sobre a teoria das ações. E é fora de dúvida que ninguém contribuiu tanto nesse campo como PONTES DE MIRANDA.

(14) Tratado das ações, cit., t. VI, § 13, pp. 112 e segs.

(15) PONTES DE MIRANDA condena, por igual, a “jurisprudência dos conceitos”, o que não significa dizer que o aprimoramento dos conceitos jurídicos não seja uma tarefa importante (in *Manual do Código Civil*, vol. XVI, 1, Rio, 1927, pp. 389 e segs.).